9.

asoscongress

TAM METİN KİTABI
CONFERENCE PROCEEDINGS

ULUSLARARARASI HUKUK SEMPOZYUMU
INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON LAW

2023

asoscongress.com

9. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı

ISBN: 978-625-8190-98-4

Editörler

Prof. Dr. Hasan Tahsin Keçeligil

Kapak Tasarımı

Dr. Bülent Polat

Erişime Açıldığı Tarih

18.10.2023

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. Yavuz ÜNAL (Ondokuz Mayıs Üniversitesi Rektörü)

Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Hasan Tahsin KEÇELİGİL

(Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Dekan Vekili)

Sempozyum Düzenleme Kurulu

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

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL (Selçuk Üniversitesi)

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Zekiye Özen İNCİ (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Adem YELMEN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Gizem HALİS KASAP (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

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

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

Dr. Öğretim Üyesi Osman Serkan GÜLFİDAN (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Sezai ÇAĞLAYAN (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Taner ŞAHİN (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Yağmur TEMİZ GÜL (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Zeynep ÖZCAN (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Görevlisi Atilla KASAP (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Arş. Gör. Ahmet Can YAZGI (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Arş. Gör. Atıl Buğra KARADAŞ (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Arş. Gör. Demet BELVERENLİ (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Arş. Gör. Elif Almila PANCAROĞLU (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Arş. Gör. Elif YALÇIN SIRAKAYA (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Arş. Gör. Merve KOCABIÇAK (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Arş. Gör. Safa Murat TEKİN (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Arş. Gör. Yeşim ÖZTÜRKMEN İCAN (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Arş. Gör. Zekiye Özlem ERSOY YILMAZ (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Bilim Kurulu

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

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

Prof. Dr. Fabiana TUCILLO (Università degli Studi di Napoli Federico II/İtalya)

Prof. Dr. Giovanna PALERMO (Università degli Studi della Campania 'Luigi Vanvitelli' /İtalya)

Prof. Dr. Marzia ROSSI (Università degli Studi Guglielmo Marconi/İtalya)

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

Prof. Dr. Michel DEGOFFE (Paris Descartes Üniversitesi/Fransa)

Prof. Dr. Pasquale PELUSO (Università degli Studi Guglielmo Marconi/İtalya)

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

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

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

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

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

Doç. Dr. Valeria Dİ NİSİO (Università degli Studi di Napoli Federico II /İtalya)

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

Prof. Dr. A. Lale SİRMEN (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)

Prof. Dr. Adem SÖZÜER (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ (Başkent Üniversitesi)

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

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

Prof. Dr. Alpay HEKİMLER (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Prof. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (İstanbul Kültür Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Burak ÖZEN (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ (Yaşar Üniversitesi)

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

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

Prof. Dr. Cenker GÖKER (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ (İstanbul Medipol Üniversitesi)

Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Çetin ARSLAN (Hacettepe Üniversitesi)

Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Ebru CEYLAN (İstanbul Aydın Üniversitesi)

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE ÇELEBİ (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Emrehan İNAL (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Enver BOZKURT (Hasan Kalyoncu Üniversitesi)

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Erdal YERDELEN (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)

Prof. Dr. Faruk ACAR (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Faruk TURHAN (Süleyman Demirel Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Fikret EREN (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Fulya ERLÜLE (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU (Anadolu Üniversitesi)

Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi)

Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER (Selçuk Üniversitesi)

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

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

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

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Galata Üniversitesi)

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

Prof. Dr. İkbal Sibel SAFİ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. İlke GÖÇMEN (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Levent AKIN (Ankara Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet Bülent ULUDAĞ (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat BATI (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat DOĞAN (Erciyes Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat SEZGİNER (TOBB Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat TOPUZ (Marmara Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Mustafa TİFTİK (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

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

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

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)

Prof. Dr. Özge AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Sanem AKSOY DURSUN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Serap AMASYA (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (TED Üniversitesi)

Prof. Dr. Tahir İrfan BARLASS (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (İstanbul Aydın Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Yüksel METİN (Süleyman Demirel Üniversitesi)

Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI (Anadolu Üniversitesi)

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

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

Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Barış TORAMAN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Berk KAPANCI (MEF Üniversitesi)

Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA (Yaşar Üniversitesi)

Doç. Dr. Burcu SAVAŞ KUTSAL (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Burçak YILDIZ (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM (Galatasaray Üniversitesi)

Doç. Dr. Cüneyt SÜZEL (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Damla GÜRPINAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Doruk GÖNEN (İstanbul Üniversitesi)

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

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

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU (Ankara Medipol Üniversitesi)

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER (Ankara Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK (MEF Üniversitesi)

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Kadir BAŞ (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Muhammed Emre TULAY (Süleyman Demirel Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Soner Hamza ÇETİN (Girne Amerikan Üniversitesi)

Doç. Dr. Levent BÖRÜ (Hacettepe Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Mesut AYGÜN (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Murat AYDIN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Doç. Dr. Mustafa ÇAKIR (Akdeniz Üniversitesi)

Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU (Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi)

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA (Ankara Medipol Üniversitesi)

Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Orhan Ersun CİVAN (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)

Doç. Dr. Öz SEÇER (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Pelin KARAASLAN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ (Akdeniz Üniversitesi)

Doç. Dr. Selman ÖZDAN (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Doç. Dr. Serdar NART (Dokuz Eylül Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN (Akdeniz Üniversitesi)

Doç. Dr. Ünsal DÖNMEZ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Zekiye Özen İNCİ (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Adem YELMEN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ahmet Fatih ÖZKAN (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Akasya KANSU KARADAĞ (Ufuk Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ali Tanju SARIGÜL (Hasan Kalyoncu Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ali TURAN (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Beşir ACABEY (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Beyza ÖZTURANLI (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Bige AÇIMUZ (Koç Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Bilge AYTUĞAR (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Burcu ERTEM (Çankaya Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Burcu BAYTEMİR KONTACI (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Cemal BAŞAR (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Duygu MERKİ (Başkent Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Emre KÖROĞLU (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

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

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

Dr. Öğretim Üyesi Ezgi Başak DEMİRAYAK ÜNAL (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Figen TABANLI (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Fulya KORKMAZ (Ufuk Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Funda ÖZDİN (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Furkan KARARMAZ (Akdeniz Üniversitesi)

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

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

Dr. Öğretim Üyesi Hande HEPER (Kadir Has Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Hasan KAYIRGAN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi İlknur SERDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Kürşat AKÇA (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Murat ERDOĞAN (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Müge ÇETİN (Özyeğin Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Nazlı ELBİR (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Neslihan AKÇA (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Neva Övünç ÖZTÜRK (Ankara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Nurten İNCE AKMAN (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Semih YUMAK (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Seyhan SELÇUK (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ (Ankara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Şebnem KILIÇ (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Taner ŞAHİN (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ (Atılım Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ulaş KARADAĞ (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Volkan ASLAN (İstanbul Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Volkan MAVİŞ (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Yağmur TEMİZ GÜL (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Yasin AYDOĞDU (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Zafer Ertunç ŞİRİN (İstanbul Üniversitesi)

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

İçindekiler

MECELLE'NİN KÜLLİ KAİDELERİ VE ULUSLARARASI HUKUK GENEL PRENSİPLERİ 18

AKILLI SÖZLEŞMELERDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ KAVRAMI VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU 29

KİRAYA VERİLEN TAŞINMAZIN GÖRÜNTÜLERİNİN TAŞINMAZIN BAŞKASINA SATILMASI VEYA KİRALANMASI AMACIYLA İNTERNET ORTAMINDA YAYIMLANMASI 43

KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKA AYKIRI OLARAK İŞLENMESİ DURUMUNDA AÇILACAK TAZMİNAT DAVALARI 63

KİRALANANIN GÖRÜLMESİNE KATLANMA BORCU VE FOTOĞRAF İLE VİDEO YAYINLARININ BU KAPSAMDA DEĞERLENDİRİLMESİ 74

DEVLET DIŞI AKTÖRLER TARAFINDAN YÜRÜTÜLEN SİBER OPERASYONLARDA DEVLETLERİN SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ 93

ÇOĞULCULUĞU SAĞLAMANIN BİR ARACI OLARAK DİJİTAL KAMUOYU 117

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ MEMURLARIN DİSİPLİN SORUŞTURMA VE YAPTIRIMLARINA ETKİSİ 132

JANDARMA PERSONELİNE İLİŞKİN KONTROL ALTINA ALMA TEDBİRİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ 155

AVRUPA BİRLİĞİ CEZA HUKUKUNDA SUÇ MAĞDURLARININ BİLGİ EDİNME HAKKI 206

GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA LİMİTED ŞİRKETLERİN HAKLI SEBEPLE FESHİ DAVASINDA HAKLI SEBEP TEŞKİL EDEN DURUMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ 217

İDARENİN İŞLEMLERİYLE VERGİLENDİRMEYE MÜDAHALESİ: FONKSİYON GASPI 226

ANAYASA'NIN 59. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI 250

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA ETKİN PİŞMANLIK DÜZENLEMESİ VE UYARLAMA YARGILAMASI UYGULAMADAKİ SORUNLARLA 273

TÜKETİCİNİN KORUNMASI BAĞLAMINDA YAPAY ZEKÂ KULLANIMI 286

20. YÜZYILIN BAŞINDA ILGIN ŞERİYE SİCİLLERİNDE SÜT AKRABALIĞI İDDİASIYLA BİR BOŞANMA DAVASI 297

TÜRKİYE'DE İKLİM ADALETİ KAPSAMINDA TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİNİN GÖRÜNÜR KILINMASI 314

İNSAN HAKLARININ BÜTÜNSELLİĞİ BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN "*G.B. VE DİĞERLERİ v. TÜRKİYE"* KARARININ (Başvuru No. 4633/15) DEĞERLENDİRİLMESİ 336

İHBAR YOLUYLA OLAYI ÖĞRENEN KOLLUK TARAFINDAN YAPILAN ARAMANIN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN ÖNLEME ARAMASI, ADLİ ARAMA VE SUÇÜSTÜ HALİ HÜKÜMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 361

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN YATAY İLİŞKİLERE UYGULANMASI, POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK VE DOĞAL AFET 367

OSMANLILARDA UYGARLAŞMANIN GÖSTERGESİ OLARAK VERGİLERİN OLUŞUMU 381

KASTEN ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARININ CANAVARCA HİSLE İŞLENMESİ SUÇ TİPİNDE FAİLİN CEZALANDIRILMASI 394

ÖNLEME ARAMASI NETİCESİNDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA UYGUNLUĞU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME 406

CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ TANIMI BAĞLAMINDA KARŞILAŞTIRMALI BİR DEĞERLENDİRME 418

MALPRAKTİS DAVALARI BAKIMINDAN CEZA YARGILAMASININ HUKUK YARGILAMASINA ETKİSİ 430

VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇU VE VERGİ ZİYAI KABAHATİNDE NE BIS IN IDEM İLKESİ: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI VE TÜRK VERGİ HUKUKUNA ETKİSİ 447

İFLAS TASFİYESİNİN İFLASI 466

ÜLKEMİZDE MEYDANA GELEN DEPREMLERİN YOL AÇTIĞI HASARLAR NEDENİYLE MÜTEAHHİT VE MÜHENDİSLERİN CEZAİ SORUMLULUĞUNUN KAST VE TAKSİR BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ 477

BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK-AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ÖRNEĞİ 506

TIP HUKUKU AÇISINDAN: "YAŞAM SONU KARARLARINDA BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZA" 532

KADASTRO HATALARININ DÜZELTİLMESİ (KK M. 41) VE KADASTRONUN YENİLENMESİ (KK M. 22/II-A) HÂLİNDE BAŞVURULABİLECEK HUKUKÎ YOLLAR 558

TIP HUKUKU KAPSAMINDA VİCDANİ RET SEBEBİ İLE AYDINLATMA VE TEDAVİDEN KAÇINILMASI 580

BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ HAKKINDA 7343 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ 603

BELİRLİ SÜRELİ YAPILAN SÖZLEŞMENİN BELİRSİZ SÜRELİ SAYILMASININ CEZAİ ŞARTA ETKİSİ 623

(SÜREDEN ÖNCE HAKSIZ FESHE BAĞLI CEZAİ ŞART) 623

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DAVACININ TALEP SONUCUNA ISLAH İLE YENİ BİR TALEP EKLEMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLAMAYACAĞI MESELESİ 641

AD VE SOYAD DEĞİŞİKLİKLERİNDE GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ 655

TAŞINMAZIN DEVRİNE VEYA TAŞINMAZ ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK KURULMASINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK 668

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TUTUKLAMA ŞARTI OLARAK SUÇ ŞÜPHESİNİN VARLIĞINI GÖSTEREN SOMUT DELİLLER 686

2022 KAZAKİSTAN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ANAYASALCILIK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ. 705

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN KADRO KAVRAMINA BAKIŞININ DEĞERLENDİRİLMESİ 719

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU M. 309, M. 311 VE M. 312'DE YER ALAN DÜZENLEMELERDE BU SUÇLARIN ANCAK CEBİR VE ŞİDDET KULLANILARAK İŞLENEBİLECEĞİNİN ÖNGÖRÜLMESİNİN YERİNDELİĞİ VE BUNUN YOL AÇABİLECEĞİ TUTARSIZ UYGULAMALAR 731

ANONİM ŞİRKETLERDE PAY SAHİPLERİ İÇİN KARARLAŞTIRILAN REKABET YASAĞI KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ 744

HAK TEMELLİ KARAR KURMA TEKNİĞİ ve TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KARAR KURMA SORUNU: LAİKLİK ÖRNEĞİ 758

PROPAGANDANIN İFADE HÜRRİYETİNDEKİ YERİ 774

İDARE HUKUKUNDA YENİ BİR KAVRAM OLARAK E-İDARİ İŞLEM 796

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA ARABULUCULUK ANLAŞMASI İLE İKALE SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ 827

İNTİFA HAKKININ SONA ERMESİNİN MEVCUT KİRA SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ 849

ALKOL VEYA UYUŞTURUCU MADDE ETKİSİYLE ARAÇ KULLANMA DURUMUNDA KARŞILAŞILAN YAPTIRIMLAR 860

KÜRESELLEŞMENİN BİR SONUCU OLAN ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN VERGİLENDİRİLMESİ VE ASGARİ ORANLI KURUMLAR VERGİSİ UYGULAMASI 872

HABERLEŞME VE KONUŞMA İÇERİKLERİNİN DELİL OLARAK KULLANILABİLİRLİĞİ 895

BM GENEL KURULU'NCA VERİLEN "TEMİZ, SAĞLIKLI VE SÜRDÜRÜLEBİLİR BİR ÇEVRE HAKKI" KARARINA, "İKLİM ADALETİ" PERSPEKTİFİNDEN BİR BAKIŞ 905

İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇLARININ CEZA HUKUKU BOYUTLARI 917

GENETİĞİ DEĞİŞTİRİLMİŞ ORGANİZMALI ÜRÜNLERDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK 936

KAMU İŞYERLERİNDEKİ ALTİŞVEREN UYGULAMASINDA 94 SAYILI ILO SÖZLEŞMESİ'NİN ÖNEMİ 951

MOBBİNGİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE MOBBİNG DAVRANIŞLARININ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA OLUŞTURABİLECEĞİ SUÇ TİPLERİ 964

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN DIŞ SINIRLARININ KORUNMASI: FRONTEX OPERASYONLARININ MEŞRULAŞTIRILMASI 983

DİSİPLİNEL OLMAYAN KAMU GÖREVİNDEN ÇIKARMA İŞLEMİ VE ADİL YARGILANMA HAKKI 996

HÜKÜMLÜLERİN OY KULLANMA HAKKI 1016

YAPILAN SON DEĞİŞİKLERLE BİRLİKTE TCK M.82/1-D: KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN ÜSTSOY VE ALTSOYDAN BİRİNE VEYA EŞ, BOŞANDIĞI EŞ VEYA KARDEŞE KARŞI İŞLENMESİ 1038

MARKA BAŞVURULARINDA "YEŞİL" ve BENZERİ TERİMLERİN YANLIŞ KULLANIMLARININ HUKUKİ SONUÇLARI 1048

MECELLE'NİN KÜLLİ KAİDELERİ VE ULUSLARARASI HUKUK GENEL PRENSİPLERİ

Prof. Dr. Ali Cem Budak- Ar. Gör. Zeynep Uluer*

ÖZET

Bugün Mecelle ile ismi anılan külli kaidelerin (kavaid-i fıkhiye) İslam Hukuku'nda kavaid literatürü olarak bilinen bir dizi çalışmaya dayalı bir geçmişi bulunmaktadır. İslam hukukunu bir disiplin halini almasını takiben ortaya çıkan kavaid alt disiplini ile kazuistik olan İslam Hukuku'nda bütünleştirici, soyutlaştırıcı genel kaideler oluşturulmuştur. İslam Hukuku'nun teorikleştirilmesinin bir unsuru olan bu kaidelerin oluşturulmasında öncü rolü Hanefîler üstlenmiştir. Hanefî fıkhını esas kabul eden Mecelle'nin mukaddimesinde ise doksan dokuz ilke olarak bu kaidelerden en bilinenleri yer almaktadır. Ayrıca Mecelle ile, bu külli kaidelerden doksan dokuzu padişah iradesiyle kabul edilen kanun metnine dahil olarak resmen kanunlaştırılmıştır. Bu durum doksan dokuz külli kaidenin günümüze kadar aslını koruyarak pek çok çalışmaya kaynaklık etmesini sağlamıştır. İslam Hukuku'nun genel teorisinin inşasında önemi olan külli kaideler, İslam Hukuku'nun genel prensipleri olarak kabul ve ifade edilmiştir. İslam Hukukunun veciz cümleler şeklinde ifade edilen külli kaideleri, Milletlerarası Hukuk'un kaynakları arasında sayılan "hukukun genel ilkeleri"ni hatıra getirmektedir. Külli kaidelerin, genel hukuk ilkeleri ile benzerlik arz eden yönlerini ortaya koymak çalışmamızın konusunu teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Külli Kaideler, İslam Hukuku, Milletlerarası Hukuk, Hukukun Genel Prensipleri.

THE GENERAL RULES OF MAJALLA AND THE GENERAL PRINCIPLES OF LAW

ABSTRACT

The general rules (*kavaid-i fıkhiye*) which are known as the general provisions of Majalla today, have a history based on a series of research known as the literature of *kavaid* in Islamic Law. The general rules that have the characteristics of being reintegrative and abstractive, were established in the casuistic Islamic Law through the sub-discipline of *kavaid* which emerged following Islamic Law became a discipline. Hanafiyyah school took a leading role in establishing such rules which are an element of theorizing Islamic Law. The most-known ones of these rules, formed under ninety-nine principles, exist in the preamble of Majalla based on Hanafi legal doctrine. Moreover, by Majalla, ninety-nine of these general rules were included in the law text accepted by the will of the Sultan of the Ottoman Empire and were officially codified. This circumstance provided the opportunity to these ninety-nine general rules to be a reference source for a large number of legal research and works by preserving their originality until today. The general rules having the importance in creating the general theory of Islamic Law, are accepted and referred to as the general principles of Islamic Law. The general rules of Islamic Law formulated by laconic sentences bring "the general principles of law" which are counted among

* İstanbul Ticaret Üniversitesi, acbudak@ticaret.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3756-4964; Balıkesir Üniversitesi, zeynep.uluer@balikesir.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6124-7547.

the sources of International Law, to the mind. This study aims to present similarities between the general rules and the general principles of law.

Keywords: General Rules, Islamic Law, International Law, General Principles of Law.

GİRİŞ

Hukukun genel prensipleri kavramı çok genel nitelikli bir kavram olmakla birlikte bugün uluslararası hukukta varlığı kabul edilmiş evrensel birtakım ilkelere atıf yapmaktadır. Hukukun evrensel doğasından kaynaklanan bu ilkeler esasen bazı temel kuralların her hukuk sisteminde var olduğunu göstermektedir. İslam hukukunda külli kaide dediğimiz kavram ise kavaid literatürü olarak sistematikleşen bir bilim dalının ürünüdür. Türk Hukukunda İslam hukuku külli kaidelerini Mecelle'nin mukaddimesinde sayılan 99 ilkeden tanımaktayız. Bu ilkelerin Roma hukuku ilkeleriyle benzerliği bilinmektedir. Buradan hareketle evrensel genel hukuk prensipleri ile de benzerliği incelemeye değer olup bu çalışmanın konusunu oluşturmuştur.

I. HUKUK GENEL PRENSİPLERİ

Hukukun genel ilkeleri, bugün Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38.madde ile resmi anlamda kabul edilmiş uluslararası bir hukuk kaynağıdır. Bu ilkeler evrensel, birtakım prensiplerdir ki doğal hukukun yansıması ve pozitivist hukuka karşı zaferi olarak öğretinin bir kısmında kabul edilmiştir[1]. Bu ilkeler aslında pozitivist hukuk için de "non liquet"[2] riskini önleyen bir kurtarıcı olmuştur[3]. Dikkat etmek gerekir ki bir uluslararası anlaşmazlığı çözmekle yükümlü yargıcın uygulanacak hukuk kuralı bulamaması durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 1.maddesinde belirtilen şekilde hukuk yaratması söz konusu değildir; aksine yargıç burada devletlerin iç hukukunda ya da devletler hukukunda var olan birtakım temel ilkelerden hareketle somut uyuşmazlığı çözecektir[4].

İlkelerin niteliği, kapsamı, işlevi vs. noktasında doktrinde tam bir uzlaşım söz konusu değildir[5]. Örneğin bu ilkeleri uluslararası bir hukuk kaynağı olarak görmeyen, teamül kurallarından ya da hakkaniyet uygulamasından farkı olmadığını öne süren görüşler bulunmaktadır[6]. Ancak bu görüşler, Statü belgesini hazırlayan hukukçuların Statü'de ilkeleri hukuk kaynağı olarak saymakla abesle iştigal ettiklerini ileri sürmek anlamına gelerek baştan kendini çürütmektedir[7]. Ayrıca 2018 yılından bu yana hukuk genel

[1] Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler- Örnek Kararlar* (İstanbul: Beta, 2003), 30; Mehmet Emin Büyük, "Uluslararası Hukukta Hukuk Genel İlkeleri Uygulaması" (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2017), 75.

[2] Mevcut mesele hakkında karar verilebilmesini sağlayan herhangi bir kuralın olmadığını ifade eden Latince bir terimdir. https://educalingo.com/tr/dic-en/non-liquet. E.T. 19.05.2023. Bir genel prensip olarak "non liquet" yasağı için bkz. Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (OUP Oxford, 2011), 68-73, https://search.ebscohost.com/.

[3] Büyük, "Hukuk Genel İlkeleri", 75-76; Gündüz, 29; İlyas Doğan, *Devletler Hukuku* (Ankara: Astana Yayınları, 2020), 137.

[4] Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (İstanbul: Beta, 2020), 90.

[5] Büyük, "Hukuk Genel İlkeleri"; Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar)* (İstanbul: Beta, 2019), 49; Doğan, 137; Gündüz, 30.

[6] Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1980), 110. Scelle'den atıfla Doğan, 138.

[7] Toluner, 52; Gündüz, 31.

ilkeleri ile ilgili çalışmalar yürüten Birleşmiş Milletler'e bağlı Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun raportör olarak atadığı Marcelo Vazquez-Bermudez'in ilkelere dair hazırladığı ilk raporun ilkelerin bir hukuk kaynağı olduğu kesin kabulüyle yazıldığı görülmektedir[8]. Özel raportörün hazırladığı raporlar komisyon tarafından değerlendirilmiştir[9]. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslak raporunda da özel raporlarda benimsenen şekilde hukuk genel ilkelerinin kaynak niteliğine dair tartışmalara son verildiği görülmektedir[10]. Bu bakımdan gerek Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun bu yönde son çalışmaları gerek devletlerin kendileri arasındaki tahkim antlaşmaları gerek Divan uygulamaları ilkelerin bir hukuk kaynağı olmadığı ya da teamül kurallarından farkı olmadığı yönündeki görüşlerin bir doktrin tartışmasından ileri gidemediğini göstermektedir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki zaten zamanla önemli ilkeler teamül kurallarına dönmüş, çoğu zaman da antlaşmalarda yerini bulmuştur[11]. Ayrıca bir başka öğretisel tartışma olan devletlerin iç hukukundan doğan ilkelerle birlikte uluslararası hukuktan doğan ilkelerin de genel prensiplerin kapsamına girip girmediği yönündeki görüş ayrılıklarına[12] değinmek yerine bugün artık öğretide, uygulamada ve bahsedilen raporlarda ortaya konduğu üzere milletlerarası hukuk ilkeleri ve devletlerin iç hukukundan kaynaklanan ilkeler olmak üzere iki çeşit ilkenin de hukuk genel prensiplerinden sayıldığını söylemekle yetineceğiz[13].

Milletler Cemiyeti dönemindeki Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın doğrudan bu ilkelere dayanarak karar verdiğine pek rastlanmamakta ise de BM dönemi divanı olan Uluslararası Adalet Divanı'nın kararlarında bu ilkelerin bazen isim vermeden uygulandığı, bazen ise bu ilkeler uygulanmasa da kararlarda bahislerinin geçtiği görülmektedir[14]. Bununla birlikte karşı görüş bildiren mütalaalarda prensiplerin ifadesine daha sık rastlanmaktadır[15]. Ayrıca iki uluslararası divan öncesinde milletlerarası tahkim yargılamalarında ilkelerin uygulandığı bilinmektedir[16].

Hukukta ilkeler, soyut ve evrensel birtakım hukuk prensiplerinin varlığının ortaya konması ve pozitivist hukukun bunlardan beslenmeyi hiçbir zaman ihmal etmemesi gerekliliğini hatırlatması noktasında önemlidir[17]. Devletlerarası hukukta genel prensipler bir mecburiyet gibi uygulanmamıştır. Hakimler bunları uygularken bir kıyasta bulunmuştur. Bir genel prensibin kabul edilip uygulanması için

[8] Mehmet Emin Büyük, "Uluslararası Hukuk Komisyonunun 'Hukukun Genel İlkeleri' Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme", *Public and Private International Law Bulletin* 42, sy 1 (2022): 7; ILC, Seventy-first Session, 'First Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur' (5 April 2019) UN Doc A/CN.4/732 sf.5/75.

[9] ILC, Seventy-second session (second part), 'Provisional summary records of the 3536th-3547th meetings' UN Doc A/CN.4/ SR.3536-3547; ILC, Seventy-second session, 'General principles of law, Provisionally adopted draft conclusions' (28 July 2021) Un Doc A/CN.4/L.955; Addendum (29 July 2021) Un Doc A/CN.4/L.955/Add.1.

[10] ILC, Seventy-second session, Addendum (29 July 2021) Un Doc A/CN.4/L.955/Add.1. Draft conclusion 1,2,4.

[11] Sur, 90.

[12] Gündüz, 31.

[13] Büyük, "Uluslararası Hukuk Komisyonunun 'Hukukun Genel İlkeleri' Çalışması", 31. First Report sf 56-73; ILC, Seventy-second session, 'Second Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur' (9 April 2020) UN Doc A/CN.4/741.

[14] Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2015), 117-18; Doğan, 139; Büyük, "Uluslararası Hukuk Komisyonunun 'Hukukun Genel İlkeleri' Çalışması", 23.

[15] Toluner, 56.

[16] Gündüz, 29; First Report sf. 20-25.

[17] Mustafa Reşit Belgesay, "Hukukun Esası ve Mevzuat", *Adalet Dergisi* 54, sy 9-10 (1963): 880.

devletlerarası hukuka uygulanabilir nitelikte olması gerekir[18]. Bu ikisi arasındaki çatışma ise var olan hukukun gelişime açık noktalarına işaret etmektedir[19].

Uluslararası Adalet Divanı statüsünün kabulüne dair Resmî Gazete'de yayınlanan metinde:

"*Ödevi, kendisine havale edilen uyuşmazlıkları devletlerarası hukukuna uygun olarak çözmek olan Divan*:

"*a) Uyuşmazlık halindeki Devletlerce tahsisen kabul edilmiş kaideler koyan gerek genel, gerek özel milletlerarası anlaşmaları;*

b) Hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş olan umumi bir tatbikatın beyyinesi olarak milletlerarası teamülü

c) Medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerini;

d) 59'uncu madde hükmü mahfuz kalmak şartiyle, hukuk kaidelerinin tâyininde yardımcı vasıta olarak muhtelif milletlerin adli kararları ile en yetkili müelliflerinin doktrinlerini tatbik eder"[20] denilmiştir.

Metinde "medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensipleri" ifadesi yer almıştır. Statü'nün hazırlık çalışmalarında uluslararası hukuk kaynaklarının sayılan sırayla uygulanmasına yönelik ibare silinmiş olsa da prensiplerin uluslararası yargıcın ilk iki fıkrada uygulayacak bir hüküm bulamaması halinde uygulanacağı genel kabuldür[21]. Bu hukuk genel ilkelerinin tamamlayıcı bir hukuk kaynağı olduğu yönünde görüş bildirilmiştir[22].

İlkelerle ilgili öğretide farklı sınıflandırmalar yapılmıştır. Hukuk genel ilkeleri en temelde devletlerin iç hukukundan kaynaklanan ilkeler[23] ile doğrudan uluslararası hukuktan kaynaklanan ilkeler olarak ikiye ayrılır[24]. Milletlerarası hukuk ilkelerine resmi uluslararası metinlerde yer verilmiştir. BM Antlaşması 1.maddesinde *"…barışın bozulmasını intaç edebilecek milletlerarası mahiyette uyuşmazlıkların veya durumların düzeltilmesini veya çözülmesini, adalet ve devletlerarası hukuku prensiplerine uygun olarak barış yollariyle gerçekleştirmek"* denilmek suretiyle uluslararası hukuk ilkelerinin varlığı ifade edilmiş ve 2.maddede de *"milletlerin hak eşitliği prensipine ve kendi mukadderatlarını kendilerinin tâyin hakkına saygı üzerine kurulmuş dostane münasebetler geliştirmek"* denilerek bu ilkelerden bir kısmına atıfta bulunulmuştur[25]. BM Genel Kurulu'nun 24 Ekim 1970 tarihli toplantısında sunulan *"Birleşmiş Milletler Antlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirge ve Eki"*[26] bildirgesinde milletlerarası hukuka ilişkin pek çok uluslararası ilke yer almıştır.

[18] Sur, 91.
[19] Toluner, 54.
[20] "Sanfransisko'da 26 Haziran 1945 tarihinde yapılmış ve imzalanmış olan Birleşmiş Milletler Antlaşması ile Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün onanması hakkında kanun", Kanun No:4801, RG, 24.08.1945, Sayı 6092.
[21] Doğan, 138.
[22] Doğan, 140.
[23] Bunlar ulusal ve uluslararası hukukun ortak ilkeleri olarak da isimlendirilmiştir. Doğan, 139.
[24] Gündüz, 30.
[25] 4801 Sayılı Kanun Metni, Birleşmiş Milletler Antlaşması md.1,2.
[26] Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations [1970] UNGA 6; A/RES/2625 (XXV) (24 October 1970).

Bu temel ayrımdan sonra devletlerin kendi iç hukuk ilkelerini ise basit şekilde usule ilişkin ve esasa ilişkin ilkeler olarak ele alabiliriz[27]. Uluslararası hukuk ilkeleri de bu şekilde ayrılabilir. Yargılama hukukuna ilişkin ilkeler uluslararası hukukta geniş uygulama alanı bulanlar arasındadır. Daha sonra bu ilkelerin bir kısmının iç tüzük şeklinde uluslararası hukukun yargılama düzenine ilişkin kurallara çevrildiği görülmektedir. Çalışmamız açısından daha çok önem arz eden usule ilişkin ilkelere örnek olarak; kimsenin kendi mahkemesinin hâkimi olamaması, kesin hüküm ilkesi, iddia edenin ispat etmesi gerekliliği gibi en temel ilkeler verilebilir[28].

II. HUKUKUN GENEL PRENSİPLERİNDEN İSLAM HUKUKU GENEL PRENSİPLERİNE

Madde metninde dikkati çeken "medeni milletlerce kabul edilen" ibaresi daha statünün hazırlık aşamasında komisyon üyelerinden eleştiri almış ve daha sonra öğretide tartışılagelmiştir[29]. Batılı sanayi devrimini tamamlamış ülkelerin medeni milletler sayılacağı eski bir ön kabul iken karşıt görüş ise bugün artık bu ibarenin var olan uluslar arasında ayırt edici bir anlamının olmadığını savunmaktadır[30]. Yani bugün iktisadi gelişmişlik düzeyine bakılmaksızın BM üyesi olan her devlet için medeni millet tanımı kabul edilmelidir[31]. İslam Hukuku'nu halen uygulayan ya da geçmişinde uygulamış devletler de bu devletler arasında yer aldığından uluslararası adalet divanına sunulan bazı prensiplerin İslam Hukuku'nda bulunduğuna dair devletler ispat faaliyetinde bulunmuştur.

Osmanlı Devleti'nin batılılaşma ve kanunlaşma geçmişinde kendine önemli yer edinen Mecelle, Osmanlı devleti için en önemli ve ayrıca İslam Hukuku için ilk kodifikasyon çalışmasıdır. Mecelle'nin babları ve maddeleri arasında kendisine ayrı bir önem atfedilen, mukaddimesinde yer alan doksan dokuz genel kural, İslam Hukuku külli kaidelerinden gelmektedir. Bugün Mecelle'nin doksan dokuz külli kaidesi olarak anılan bu ilkeler tek cümlelik, belagatle ifade edilmiş, istisnaları bulunan, bazen birbirlerine istisna getirip bazen birbirini açıklayan genel kurallardır[32]. Bu kurallar Mecelle'ye İslam Hukuku'nun bugün bir dalı haline gelmiş "kavâid" literatüründen alınmıştır. Külli kaideler soyut ve genel bir nitelik taşıyarak kazuistik olan İslam Hukuku'nun anahtarları olmuşlardır[33]. Külli kaideler, vaktiyle Roma Hukuku'nda ve Roma Hukuku'ndan etkilenmiş olan Alman Hukuku'nda da etkisi görülen meseleci hukuktan genel prensiplere tabi hukuka geçiş çabalarının İslam Hukuku'ndaki tezahürüdür denilebilir[34]. Bu kaideler sayesinde tümdengelimle somut olaya ilişkin çözüm bulmanın ve mantık yürütmenin kolaylaştırılması hedeflenmiştir.

---

[27] Büyük, "Uluslararası Hukuk Komisyonunun 'Hukukun Genel İlkeleri' Çalışması", 29.

[28] Sur, 92.

[29] Büyük, "Hukuk Genel İlkeleri", 108; First Report sf.53-54.

[30] Gündüz, 30.

[31] Hohenveldern'den atıfla Doğan, 140.

[32] Ekrem Buğra Ekinci ve Ahmet Şimşirgil, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle* (İstanbul: KTB Yayınları, 2008), 74.

[33] Musa Carullah Bigiyef, *Kavâid-i Fıkhiyye İslam Hukukunun Genel İlkeleri* (Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2018), 133.

[34] Ahmet Aydın, "Mecelle'nin Soyut Hukuk Hedefini Etkileyen Fıkhî Unsurlar", *Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*, sy 3 (2017): 70; Murat Şimşek, "Hâdimî'den Mecellle'ye Küllî Kâideler ve Osmanlı'da Soyut Hukuka Geçiş Çabaları", içinde *Türkiye Adalet Akademisi Uluslararası Mecelle Sempozyumu Türkçe Tebliğleri Elektronik Kitabı* (Bursa: Star Matbaacılık, 2021), 236; Ali Cem Budak, *Kılı Kırk Yarma Makinası: Medeni Usul Hukukunda Kavram İçtihadı ve Menfaat İçtihadı* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 1-2; Andreas B. Schwarz, "Andreas Von Tuhr ve Zamanının Medeni Hukuku İlmi", çev. Bülent Davran, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 5 (2011): 81-84.

Külli kaidelerin doğrudan uygulanmak gibi bir işlevi bulunmamaktadır[35]. Bunlar İslam Hukuku'nun felsefesini ve ruhunu ortaya koyar. Bu ilkelerin İslam Hukuku'nun genel prensipleri olarak ifade edildiği görülmektedir[36]. İslam Hukuku'nun genel prensipleri düşüncesi bunların hukuk genel prensipleri ile ilişkisini hatıra getirmiş ve bu alaka bu çalışmanın konusunu teşkil etmiştir. İlginçtir ki bu prensiplerin evrensel genel hukuk ilkeleri ile paralel yönleri bulunmaktadır. Buna ilişkin söylemler İslam Hukukçuları tarafından dile getirilmiştir[37]. İslam hukukçularından Zerka külli kaidelerin modern hukukta "principle" olarak ifade edilen kavrama karşılık geldiğini belirtmiştir[38].

Gerçekten de kaideler geçmişte olduğu gibi bugün de doğrudan bir uygulama alanına sahip değildir. Prensiplere benzer şekilde ikincil nitelikli kaynaklardır[39]. Kaideler çoğunlukla verilen bir kararı destekleyici ve hikmetini açıklayıcı olarak kullanılmıştır. Kaidelerin de tıpkı hukuk prensipleri gibi ilk söyleyeni nasıl ortaya çıktığı belli değildir, ancak üzerlerinde genel bir kanı hakimdir[40]. Kaideler kaynağını prensiplerden farklı olarak nas dediğimiz Kur'an ve sünnet hükümlerinden almıştır. Prensipler ise devletler tarafından bir şekilde varlığı kabul edilegelmiş ortak aklın ürünü olan soyut ve genel ilkelerdir[41].

Genel prensipler ve küllî kâideler veciz şekilde söylenmeleri bakımından da benzerlik göstermektedir. Bu şekilde Avrupa'da 12.yy'dan itibaren özellikle Ortak Hukuk döneminde Latince ve Almanca özdeyiş şeklinde ilkeler oluşturulması hukuk alanında yaygınlaşmıştır. O dönemdeki ilkelerden bazıları konularına göre şöyledir:

"Teşkil-i tarafeyn: "Eines Mannes Red ist keine Red, der Richter soll die Deel verhören beed." (Tek kişinin sözü söz değildir, hâkim önünde ikisi de dinlenmeli.),

Davayı kabul: "Confesus in jure pro judicato habetur." (İtiraf eden mahkûm olan gibidir.),

Taraflarca getirilme ilkesi: "Nemo judex sine actore" (Tarafların olmadığı yerde hâkim olmaz.),

"Da mihi factum, dabo tibi jus!" (Bana vakıaları ver sana hakkını vereyim.),

"Judex judicet sacundum allegata et probata partium" (Hâkim tarafların iddiaları ve delillerine göre karar verir.),

"Ne eat judex ultra petita partium" (Hiçbir hâkim tarafların taleplerin ötesine geçmesin.),

"Ne procedat judex ex officio" (Hiçbir hâkim re'sen harekete geçmesin.),

---

[35] Mecelle Mazbata; Ekinci ve Şimşirgil, 73.

[36] Ahmet Yaman, "Bir Kavram Olarak" Fıkıh Kâideleri" ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri", *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 1, sy 1 (2001): 49-75; Mustafa Baktır, "İslâm Hukukunun Genel Prensipleri", *Ekev Akademi Dergisi* 0, sy 34 (2008).

[37] Abdullah Demir, "Külli Kaidelerin Hukuk Kaynağı Olarak Değeri", *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 1, sy Özel (2016): 1-6; Baktır, "İslam Hukukunun Genel Prensipleri"; N. Ahmet Özalp, *İslam Hukukunun Genel İlkeleri* (İstanbul : Büyüyenay Yayınları, 2017).

[38] Mustafa Ahmed Zerka, *İslam Hukuku: Çağdaş Yaklaşımla.*, çev. Servet Armağan, c. 2 (İstanbul: Timaş Yayınları, 1993), 657-58.

[39] Ekinci ve Şimşirgil, 74.

[40] Zerka, 2:659.

[41] Gündüz, 31.

"Quod non est in actis non est in mundo" (Dosyada olmayan şey dünyada da mevcut değildir.),

Tasarruf ilkesi: Nemo invitus agere cogatur. (Kimse istemediği davayı açmaya zorlanamaz.),

Delil teşkil etmek için yeminin iki kişi tarafından yapılması gerektiği şeklindeki kural: Testis unus, testis nullus!" [42]

III. İLKELERİN KARŞILAŞTIRILMASI VE ULUSLARARASI MAHKEME KARARALARINDAN ÖRNEKLER

Uluslararası Adalet Divanı'nda bir genel ilkenin varlığı savunulurken devletler ne kadar çok ortak hukuk sisteminde ve ülkede bu ilkenin var olduğunu kanıtlayıcı raporlar sunmuşlardır. Örneğin Portekiz bir geçiş hakkı davasında mevcut hukuk sistemlerinde bu hakkın varlığını savunurken bu hakkın uygulandığı sistemlere Roma, Germen hukuk sistemleri, sosyalist hukuk sistemleri, "common law" denilen Anglo-Sakson hukuk sistemi, İskandinav ve Asya hukuk sistemleri ile birlikte İslam hukuku sistemini örnek vermiştir[43]. Divan yargıçlarından Fouad Ammoun, hakkaniyet ilkesi ile ilgili bir yorumu esnasında Statü'nün 9.maddesinde belirtilen dünyanın başlıca hukuk sistemleri arasında *"…kaynakları arasında hakça yargılama yetkisi veren İstishan'ı içeren, Kur'an ve İslam'ın dört büyük hukukçusunun Şeriat adı altında somutlaşan, hakkaniyet (ve bilhassa bunun eşdeğeri olan eşitlik) üzerinde temellenmiş…"* olarak bahsettiği İslam Hukuku'nu saymıştır[44].

Bu iki hukuk kuralı türünün benzerliği yönünden örnek vermek gerekirse çalışmamızın da konusunu teşkil eden; Mc.md.4 "Şek ile yakîn zâil olmaz", Mc. Md.8 "Beraet-i zimmet asıldır", Mc.md.76 "Beyyine müddeî için ve yemin münkir üzerinedir", Mc.md. 77 "Beyyine hilaf-ı zahir-i ispat için ve yemin asl-ı ibka içindir" kaideleri verilebilir. Bu kaideler, uluslararası hukukta varlığı kabul edilmiş "İddia eden, iddiasını ispat eder." olarak ifade edebileceğimiz Roma hukuku kökenli "actori incumbit (onus) probandi" hukuk ilkesi ile paralel nitelik teşkil eder[45]. Bu ilkenin tüm hukuk sistemlerinde ortak olduğuna dair Statü'yü hazırlayan hukukçular arasında da bir uzlaşma olduğu söylenebilir[46].

Bu kaidelerden Mecelle'nin 4. ve 8.maddesi olan "Şek ile yakîn zâil olmaz", "Beraet-i zimmet asıldır" maddeleriyle bir şüphenin kesin bilgiyi hükümsüz bırakamayacağı, asıl olanın borçsuzluk ve masumiyet olduğu belirtilmiştir. Bir hadis metnine dayanan Mecelle'nin 76.maddesi "Beyyine müddeî için ve yemin münkir üzerinedir" kaidesinde ise iddiacının ispat yükü ile karşı karşıya olduğu dile getirilir[47]. Beyyine İslam hukukunda ispat etme, delil getirme özelde ise tanık gösterme anlamında

---

[42] Ali Cem Budak, Avrupa Medeni Usul Hukuku Tarihi, Latince Hukuki Deyişler Cetveli, İstanbul:2023.(Kitap basımda)

[43] Büyük, "Hukuk Genel İlkeleri", 120.

[44] Büyük, 120-21. Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports, 1969, 140.

[45] Bkz. "Affaire De Queen" tahkim kararı: Sentence du 26 mars 1872 (Affaire du Queen), Brésıl — Suède-Norvège. Albert Geouffre de Lapradelle, Nicolas Politis, Recueil des Arbitrages Internationaux, Tome 2, 1856-1872, Paris: A. Pedone, 1923, s. 708 vd. Aktaran Büyük, 59; Chittharajan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Leiden, The Netherlands: Brill Nijhoff, 2005), 61-62.

[46] League of Nations Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the proceedings of the Committee : June 16th-July 24th with Annexes* (The Hague: Van Langenhuysen, 1920), 316, https://archive.org.

[47] Abdulkerim Zeydan, *el-Veciz=İslam Hukukundaki Fıkhi Kaidelerin Şerhi*, (İstanbul: Asalet Yayınları, 2020), 187; Serkan Çelikan, *Mecellenin Külli Kaidelerinin Hadislerdeki Dayanakları*, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2021), 414; Hocaeminefendizade Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, c. 1 (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2020), 153.

kullanılmaktadır[48]. Müddei iddia eden ya da davacı anlamındadır[49]. Yine bu kaide ile bağlantılı olan Mecelle'nin 77.maddesi olan "Beyyine hilaf-ı zahir-i ispat için ve yemin asl-ı ibka içindir" kaidesinde yukarıdaki kaidelerle bağlantılı olarak asıl ve makul olanın ispat edilmesi gerekmediği bunun aksini iddia edenin ispat ortaya koyması gerekliliği belirtilmektedir[50]. Yani delil, zâhir (görünen, bilinen asıl durum) olanın karşıtı için kullanılır. Varlığı kabul edilen ilk durum ispatlanmaz, aksini iddia eden ispatlar. Örneğin borçsuzluk ve masumiyet asıl durum iken bir kişiden borcu olduğunu iddia etmek ya da onun suçlu olduğunu öne sürmek ikinci durumdur ve ispat gerektirir.

İddia edenin ispat etmesi gerekliliği şeklindeki ilkelerin etkisinin görüldüğü uluslararası yargı kararlarına Milletler Cemiyeti döneminden bir örnek Uluslararası Daimî Adalet Divanında görülen Doğu Grönland'ın Coğrafi Statüsü davasıdır. Bu davada Norveç, Danimarka'nın Grönland üzerindeki egemenliğine dair kanıt olarak sunduğu 17.yüzyıldaki idari eylemlerde Grönland kelimesinin coğrafi olarak kıtanın tamamı için kullanılmadığını adadaki kolonileri ifade etmek için kullanıldığını iddia etmiştir. Mahkeme bu durumun Norveç'in ispatlaması gerektiğini, Grönland kelimesinin haritalarda tüm adayı kapsar şekilde alışılageldik kullanımı olduğunu, kelimeye verilen olağandışı bir anlamın ayrıca ispat edilmesi gerekliliğini belirterek Danimarka'yı haklı görmüştür[51].

BM döneminden bir örnek ise Korfu Boğazı Davası'dır[52]. İngiltere ile Arnavutluk arasındaki bir dizi olay sonucu İngiltere'nin Arnavutluk'u taraf göstererek divana başvurduğu bu davada Arnavutluk karasularının mayınlı olması ve İngiltere'nin bunları karşı tarafa bildirmeden temizlemesi uyuşmazlık konularını teşkil etmiştir. Arnavutluk'un mayınları kendi döşediği ya da başkası tarafından döşenen mayınlardan haberdar olduğu doğrudan kanıtlarla ispat edilememiştir. Fakat mahkemece Arnavutluk aleyhine karar verilerek tazminata hükmedilmiştir. Bu bakımdan konumuzu ilgilendirir şekilde "Şek ile yakîn zail olmaz", "Beraet-i zimmet asıldır", "Beyyine müddeî için ve yemin münkir üzerinedir", "Beyyine hilaf-ı zahir-i ispat için ve yemin asl-ı ibka içindir" kaideleri ile ilişkili olarak prensiplerden bahsedilen bir karşıt görüş yazısı bulunmaktadır. Ayrı görüş yazısında söz konusu olayların Arnavutluk hükümeti ve Birleşik Krallık arasında siyasal bir kriz çıkarılmak maksadıyla bir terör eylemi olarak

[48] Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2022), 58; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkıh İlmi & İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü*, ed. Abdullah Kahraman (İstanbul: Nizamiye Akademi, 2017), 45.

[49] Bilmen, *İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü*, 149; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 412; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm*, 1:154.

[50] Ali Haydar Efendi, 1:155.

[51] *"Norway has argued that in the legislative and administrative acts of the XVIIIth century on which Denmark relies as proof of the exercise of her sovereignty, the word "Greenland" is not used in the geographical sense, but means only the colonies or the colonized area on the West coast. This is a point as to which the burden of proof lies on Norway. The geographical meaning of the word "Greenland", i.e. the name which is habitually used in the maps to denominate the whole island, must be regarded as the ordinary meaning of the word. If it is alleged by one of the Parties that some unusual or exceptional meaning is to be attributed to it, it lies on that Party to establish its contention. In the opinion of the Court, Norway has not succeeded in establishing her contention. It is not sufficient for her to show that in many of these legislative and administrative acts action was only to be taken in the colonies. Most of them dealt with things which only happened in the colonies and not in the rest of the country. The fact th$ most of these acts were concerned with what happened in the colonies and that the colonies were all situated on the West coast is not by itself sufficient ground for holding that the authority in virtue of which the act was taken-whether legislative or administrative-was also restricted to the colonized area. Unless it was so restricted, it affords no ground for interpreting the word "Greenland" in this restricted sense."* Permanent Court Of Internatıonal Justıce Serıes A/B. Judgments, Orders And Advısory Opınıons Fascıcule No. 53 Legal Status Of Eastern Greenland, XXVIth Sessıon Judgment Of Aprıl 5th, 1933, 49.

[52] Internatıonal Court of Justıce Reports Of Judgments, Advısory Opınıons. The Corfu Channel Case (Prelımınary Objectıon),Judgment of March 25th,1948. General List: No. 2.

yapıldığı görüşünde olan Ed Hoc yargıcı Dr. Ecer, taraflar arasında dolaylı kanıtlarla ileri sürülen iddiaların ispat kuvveti konusunda anlaşmazlık bulunduğunu belirtmiştir. Buna göre İngiltere dolaylı kanıtların suç konusunda makul şüphe oluşturmasının yeterli olduğunu ileri sürerken Arnavutluk göstergelerden çıkan sonucun ancak tek sonuç olabildiği takdirde olayın kanıtlanmış sayılabileceğini savunuyordu. Ecer'e göre ise göstergelerden iki veya daha fazla mantıklı sonuç çıkarımında bulunulabiliyorsa şüpheden sanık yararlanır genel ilkesinin devletler düzeyinde de uygulanmasında herhangi bir sakınca yoktu. Ayrıca Ecer devletlerin hukuk kurallarına uyduğunun varsayılmasının gerektiği aksinin öne sürülmesi halinde ispatlanmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir[53].

SONUÇ

Genel hukuk prensipleri iç hukukta ya da uluslararası hukukta bulunan genel ilkelerdir. Bu ilkelerin ifade biçimleri Mecelle'nin mukaddimesinde yer alan 99 külli kaide ile benzerlik göstermektedir. Zira bu kaideler de İslam Hukuku'nun genel prensipleri sayılan kavaid literatüründen gelmiş genel kurallardır. Mecelle genel ilkelerin bir kanun metninde yer alması bakımından İslam Hukuku'nda bir ilk teşkil ettiği gibi hukuk genel prensiplerinin yazılı halde sıralanması açısından başka kanun metinlerinde görülmemiş şekilde hepsini bir araya toplayarak sıralamış, katalog şekilnde düzenlemiştir[54]. Ancak burada sınırlayıcı şekilde değil örneklendirici şekilde bir sıralama bulunmaktadır[55]. Karşılaştırmalı hukuk açısından Mecelle, genel hukuk prensiplerini yazılı halde içinde barındırması ve toplu halde bulundurması bakımından bir ilk teşkil etmiştir.

Kaynakça

Akay, İhsan. “Klasik Fıkıh Literatüründeki Küllî Kâidelerle Mecelle’deki Küllî Kâidelerin Karşılaştırılması”. editör Mehmet Bilen, Fuat İstemi, Bayram Kanarya, ve Gürhan, 267-88. Diyarbakır: Şarkiyat Bilim ve Hikmet Vakfı, 2017.

Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizade. *Dürerü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam*. C. 1. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2020.

Amerasinghe, Chittharajan F. *Evidence in International Litigation*, 61-95. Leiden, The Netherlands: Brill Nijhoff, 2005.

Aydın, Ahmet. “Mecelle’nin Soyut Hukuk Hedefini Etkileyen Fıkhî Unsurlar”. *Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*, sy 3 (2017): 69-89.

Baktır, Mustafa. “İslâm Hukukunun Genel Prensipleri”. *Ekev Akademi Dergisi* 0, sy 34 (2008).

Belgesay, Mustafa Reşit. “Hukukun Esası ve Mevzuat”. *Adalet Dergisi* 54, sy 9-10 (1963): 879-84.

Bigiyef, Musa Carullah. *Kavâid-i Fıkhiyye İslam Hukukunun Genel İlkeleri*. Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2018.

Bilmen, Ömer Nasuhi. *Fıkıh İlmi & İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü*. Editör Abdullah Kahraman. İstanbul: Nizamiye Akademi, 2017.

[53] Dissenting Opinion by Dr. Ečer (translation), Corfu Channel Case, s. 115-116,119-120.

[54] İhsan Akay, “Klasik Fıkıh Literatüründeki Küllî Kâidelerle Mecelle’deki Küllî Kâidelerin Karşılaştırılması”, ed. Mehmet Bilen vd. (Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, Diyarbakır: Şarkiyat Bilim ve Hikmet Vakfı, 2017), 274.

[55] Ekinci ve Şimşirgil, 73.

Budak, Ali Cem. *Kılı Kırk Yarma Makinası: Medeni Usul Hukukunda Kavram İçtihadı ve Menfaat İçtihadı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

Budak, Ali Cem. Avrupa Medeni Usul Hukuku Tarihi, Latince Hukuki Deyişler Cetveli, İstanbul:2023.(Kitap basımda)

Büyük, Mehmet Emin. "Uluslararası Hukuk Komisyonunun 'Hukukun Genel İlkeleri' Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme". *Public and Private International Law Bulletin* 42, sy 1 (2022): 403-53.

Büyük, Mehmet Emin. "Uluslararası Hukukta Hukuk Genel İlkeleri Uygulaması". Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2017.

Çelik, Edip F. *Milletlerarası Hukuk*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1980.

Çelikan, Serkan. *Mecellenin Külli Kaidelerinin Hadislerdeki Dayanakları*. 1. bs. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2021.

Demir, Abdullah. "Külli Kaidelerin Hukuk Kaynağı Olarak Değeri". *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 1, sy Özel (2016): 1-6.

Doğan, İlyas. *Devletler Hukuku*. Ankara: Astana Yayınları, 2020.

Ekinci, Ekrem Buğra, ve Ahmet Şimşirgil. *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*. İstanbul: KTB Yayınları, 2008.

Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. ; İstanbul: Ensar Neşriyat, 2022.

Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler- Örnek Kararlar*. İstanbul: Beta, 2003.

Lauterpacht, Hersch. *The Function of Law in the International Community*. OUP Oxford, 2011. https://search.ebscohost.com/.

League of Nations Advisory Committee of Jurists. *Procès-verbaux of the proceedings of the Committee : June 16th-July 24th with Annexes*. The Hague: Van Langenhuysen, 1920. https://archive.org.

Özalp, N. Ahmet. *İslam Hukukunun Genel İlkeleri*. İstanbul : Büyüyenay Yayınları, 2017.

Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2015.

Schwarz, Andreas B. "Andreas Von Tuhr ve Zamanının Medeni Hukuku İlmi". Çeviren Bülent Davran. *Journal of Istanbul University Law Faculty* 5 (2011): 63-106.

Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. İstanbul: Beta, 2020.

Şimşek, Murat. "Hâdimî'den Mecellle'ye Küllî Kâideler ve Osmanlı'da Soyut Hukuka Geçiş Çabaları". İçinde *Türkiye Adalet Akademisi Uluslararası Mecelle Sempozyumu Türkçe Tebliğleri Elektronik Kitabı*, 235-54. Bursa: Star Matbaacılık, 2021.

Toluner, Sevin. *Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar)*. İstanbul: Beta, 2019.

Yaman, Ahmet. "Bir Kavram Olarak" Fıkıh Kâideleri" ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri". *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 1, sy 1 (2001): 49-75.

Zerka, Mustafa Ahmed. *İslam Hukuku: Çağdaş Yaklaşımla.* Çeviren Servet Armağan. C. 2. İstanbul: Timaş Yayınları, 1993.

Zeydan, Abdulkerim. *el-Veciz=İslam Hukukundaki Fıkhi Kaidelerin Şerhi*. 1. bs. İstanbul: Asalet Yayınları, 2020.

ILC, Seventy-first Session, 'First Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur' (5 April 2019) UN Doc A/CN.4/732.

ILC, Seventy-second session, 'Second Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur' (9 April 2020) UN Doc A/CN.4/741.

ILC, Seventy-second session (second part), 'Provisional summary records of the 3536th-3547th meetings' UN Doc A/CN.4/ SR.3536-3547.

ILC, Seventy-second session, 'General principles of law, Provisionally adopted draft conclusions' (28 July 2021) Un Doc A/CN.4/L.955; Addendum (29 July 2021) Un Doc A/CN.4/L.955/Add.1.

Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports, 1969.

Sentence du 26 mars 1872 (Affaire du Queen), Brésıl — Suède-Norvège. Albert Geouffre de Lapradelle, Nicolas Politis, Recueil des Arbitrages Internationaux, Tome 2, 1856-1872, Paris: A. Pedone, 1923.

Permanent Court Of Internatıonal Justıce Serıes A/B. Judgments, Orders And Advısory Opınıons Fascıcule No. 53 Legal Status Of Eastern Greenland, XXVIth Sessıon Judgment Of Aprıl 5th, 1933.

Internatıonal Court of Justıce Year 1948. The Corfu Channel Case (Prelımınary Objectıon), March 25th. General List : No. 2.

Dissenting Opinion by Dr. Ečer (translation), Corfu Channel Case.

https://educalingo.com/tr

AKILLI SÖZLEŞMELERDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ KAVRAMI VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Öğr. Gör. Dr. Alper AKSU*

ÖZET

Akıllı sözleşmeler insan müdahalesine ihtiyaç duymadan sözleşme koşullarının ifasının, uygulanmasının veya yürürlüğünün kendiliğinden gerçekleştiği dijital sözleşmelerdir. Akıllı sözleşmelerin en önemli özelliklerinden biri, sözleşme taraflarının aralarında üçüncü kişiye ihtiyaç duyulmaksızın işlem yapabilecekleri güvenli bir yapı olmasıdır. Akıllı sözleşmelerin yaygın bir şekilde kullanılmasıyla birlikte taraflar arasındaki işlemleri doğrulamak, resmiyet kazandırmak gibi fonksiyonlara sahip banka, noter gibi aracı üçüncü kişi kurumlara duyulan ihtiyaç azalacaktır. Akıllı sözleşmeler yapı itibariyle üçüncü kişilerin etkisinden ari bir görüntü sergilese de mevcut durum tam olarak bu şekilde değildir. Üçüncü kişi kavramı akıllı sözleşmeler bakımından farklı görünüş biçimleri sergilemektedir. Örneğin akıllı sözleşmelerin alt yapısını kuran programcı yeri geldiğinde üçüncü kişi kavramı altında değerlendirilebilmektedir. Diğer bir yönden bakıldığında, akıllı sözleşmelerin ifasını sağlayan kodun, ifanın muhteviyatını kontrol edebilmesi pek de mümkün değildir. Bu takdirde ise "oracle" adı verilen yine üçüncü kişi kavramı altında değerlendirebilecek bir kurum karşımıza çıkmaktadır. Bunların yanı sıra akıllı sözleşmelerin hazırlık aşamasında yer alan avukatlar veya geçerlilik koşulunun sağlanması için sözleşmenin kurulması safhasında rol alan noterler de üçüncü kişi olarak sayılabileceklerdir. Her ne kadar doktrinde üçüncü kişi olarak sayılmasa da kanımızca blokzincirde yer alan kullanıcıların da üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi gerekir. Nitekim blokzincir kullanıcılarının mutabakat mekanizması çerçevesinde düğümlerin doğruluğunu teyit fonksiyonu bulunmaktadır. Akıllı sözleşmelerde üçüncü kişi kavramına dâhil olan kişilerin belirlenmesi bu kimselerin akıllı sözleşmeler içindeki fonksiyonlarının ve sorumluluklarının tespiti bakımından da büyük önem arz etmektedir. Örneğin blokzinciri dışında kalan harici veri kaynaklarından bilgi edinen oracle'lar tarafından aktarılan durum veya bilgiler tamamen yanlış, hatalı veya yetersiz olabilir. Bu takdirde akıllı sözleşme, aslında şart gerçekleşmemesine rağmen şartı gerçekleşmiş olarak kabul ettiğinden o anda yapılmaması gereken bir işlemi daha erken yapabilir ya da şart aslında gerçekleşmiş olmasına rağmen işlemi yapmayabilir. Bu halde meydana gelecek zarardan kimin (oracle'ları programlayan programcı, oracle'ların bilgiyi aldığı harici veri kaynağı, akıllı sözleşmeyi programlayan programcı vb.) sorumlu olacağının ve zararın hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda akıllı sözleşmelerde üçüncü kişi kavramı irdelenerek sınırları çizilmeye çalışılacak ve bu çerçevede üçüncü kişinin hukuki sorumluluğu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Akıllı sözleşme, Blokzincir, Oracle, Programcı, Üçüncü kişi.

* İzmir Kavram Meslek Yüksekokulu Adalet Programı, alperaksu@outlook.com, ORCID ID: 0000-0003-2083-4208.

THIRD PARTY CONCEPT IN SMART CONTRACTS AND LEGAL LIABILITY OF THE THIRD PARTY

ABSTRACT

Smart contracts are digital contracts where the fulfillment, application, or enforcement of contract terms happens automatically without the need for human intervention. One of the major characteristics of smart contracts is that there is a secure structure enabling transactions between contractual parties without the need for a third party. With the widespread use of smart contracts, the need for intermediary third-party institutions such as banks and notaries, which have functions such as verifying and formalizing transactions between parties, will decrease. Although smart contracts appear to be free from effect of third parties by their structure, the current situation is not exactly like that. The concept of third party exhibits different forms in terms of smart contracts. For example, the programmer providing the infrastructure of smart contracts may be evaluated under the concept of third party when appropriate. In another aspect, the code that enables the execution of smart contracts is unlikely to control the content of this execution. In this case, we come across an institution called “oracle” that can be evaluated under the concept of third party again. In addition, lawyers involved in the preparation phase of smart contracts or notaries involved in the establishment phase of the contract for ensuring validity can also be considered as third parties. Although not considered as third parties in doctrine, we believe that users in the blockchain should also be considered as third parties. As a matter of fact, these blockchain users have the function of confirming the accuracy of the nodes within the scope of the reconciliation mechanism. Determining the individuals included in the concept of third party in smart contracts is also of great importance in terms of identifying their functions and responsibilities within smart contracts. For example, the status or information transmitted by Oracles that obtain information from external data sources other than the blockchain may be completely wrong, inaccurate or insufficient. In this case, the smart contract may perform an action that should not have been done at that time, since it accepts the condition as fulfilled even though the condition has not been fulfilled yet, or may not perform the transaction even though the condition has actually been fulfilled. Therefore, it is necessary to determine who will be responsible for the resulting damage (programmer who programmed the oracles, external data source from which oracles obtain information, programmer who programmed the smart contract, etc.) and to determine the legal nature of the damage. In our study, we will examine the concept of third party in smart contracts, we will try to draw its boundaries; and within this framework the legal liability of the third party will be evaluated.

Keywords: Smart Contract, Blockchain, Oracle, Programmer, Third Party.

GİRİŞ

Bilgi teknolojilerinde yaşanan gelişmeler her geçen gün toplumsal yaşamı daha derinden etkilemektedir. Bu gelişmeler mesleki, teknolojik ve endüstriyel alanlarda gittikçe artan bir şekilde kendisini göstermektedir. Daha fazla alanda uygulama alanı bulmaya başlayan blokzincir teknolojisi ve ondan türeyen akıllı sözleşmelere ilişkin hukuki düzenlemeler de bunlara paralel artış göstermektedir.

Her ne kadar bu alana ilişkin birçok ulusal ve uluslararası kodifikasyon çalışmaları ile doktrinsel çalışmalar yapılıyor olsa da hem teknolojinin hızlı gelişiminden hem de alanın karmaşıklığından kaynaklı olarak kavram kargaşaları yaşanabilmektedir. Nitekim bu kavram kargaşasından sorumluluk çerçevelerinin çizilmesine ilişkin belirsizlikler de ortaya çıkmaktadır.

Çalışmamızın temelini yukarıdaki paragrafta işaret edilen belirsizliklerin odağında yer alan kavramlardan "üçüncü kişi" oluşturmaktadır. Nitekim çalışmanın ilerideki aşamalarında da işaret edileceği üzere "üçüncü kişi" blokzincir ve akıllı sözleşmelerin yer aldığı literatürde çok farklı anlamlarda kullanılabilmektedir.

Bizim bu çalışma ile amacımız ise akıllı sözleşmelere ilişkin kapsamda yer alan "üçüncü kişi"lerin kimler olduğunu belirlemeye çalışmak ve buradan hareketle sorumluluklarının sınırlarını çizebilmektir.

Buna göre çalışmanın birinci bölümünde temel kavramlara yer verilmiş olup özellikle çalışma ile sınırlı olmak üzere blokzincir, akıllı sözleşme ve üçüncü kişi kavramları genel hatlarıyla tanıtılmıştır.

İkinci bölümde akıllı sözleşme kapsamında üçüncü kişinin varlığına ilişkin görüşlere yer verilmiş ve sorumluluğunun kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

Son olarak üçüncü bölümde ise konuya ilişkin hukuki değerlendirme yapılmıştır.

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Blokzincir

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisine göre blokzincir "*Dağıtık, şeffaf, değiştirilemez ve güvenli yapıları sağlayan teknolojiler bütünüdür. Üzerindeki işlem bilgileri; değişmez kayıtlar olarak ağdaki paydaşlar tarafından doğrulanır, kaydedilir ve paylaşılır.*"[1]

Blokzincirde verilerin birer kopyası bütün paydalar tarafından kaydedilmekte ve herkes bu verilere erişerek yapılan işlemleri görebilmektedir. Özellikle "doğrulamalar" sayesinde paydaşların birbirine güvenmesi sağlanır. Herkes hem kendi işleminin durumunu hem de blokzincirdeki bütün işlemlerin ayrıntılarını görebilmektedir. Bu sayede de şeffaflık sağlanmış olmaktadır. Bu hususlar blokzincirin incelememiz kapsamında avantajları olarak sayılabilir. Dezavantaj olarak ise ağda bulunan her bir düğümün bütün verilerin bir kopyasını saklayabilmesi ve içeriğine erişebilmesi, kullanıcıların mahremiyetine zarar verebilir. Bir diğer dezavantaj ise akıllı akıllı sözleşmelerin bir kez oluşturulduktan

[1] https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/ (Erişim Tarihi: 06.07.2023).

sonra değiştirilemez ve blokzincirde herkesin erişimine açık halde saklanmasıdır. Bu da akıllı sözleşmeleri kötü niyetli saldırılara karşı savunmasız bırakabilmektedir[2].

Blokzincir sisteminin sürdürebilirliği ağdaki her bir kullanıcının katılımına bağlı olmayıp, kilit çoğunluk yeterlidir[3]. Blokzincir yapıları "açık, hibrid, özel" şekilde farklılaşmaktadır.[4] Bu yapılara bağlı olarak da kullanıcıların sorumlulukları değişiklik gösterecektir.

B. Akıllı Sözleşme

Akıllı sözleşmelere ilişkin en yaygın kabul gören tanım insan müdahalesine ihtiyaç duymadan sözleşme koşullarının ifasının, uygulanmasının veya yürürlüğünün kendiliğinden gerçekleştiği dijital sözleşmeler olduğuna dair tanımdır[5]. Günümüzde akıllı sözleşmeler blokzincir ağları üzerinde çalışan uygulamalar şeklinde karşımıza çıkmaktadırlar[6]. Ancak akıllı sözleşmeler için blokzincir teknolojisi şart olmayıp güvenlik ve kolaylık bakımından fayda sağlamaktadır[7].

Akıllı sözleşmelerin temelinde önceden belirlenen sözleşme koşullarının otomatik olarak ifasını sağlayan bilgisayar kodları yer almaktadır[8]. Akıllı sözleşme merkezi olmayan, kriptografik şifrelerle güvenliği sağlanmış, geleneksel üçüncü kişilerin aracılığına ihtiyacı azaltan, belirli şartların varlığı halinde sözleşme edimlerinin icra edilebilir hale gelmesi ile ifanın otomatik bir şekilde gerçekleştiği dijital sözleşmelerdir.

C. Üçüncü Kişi

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre sözleşmeler tarafların birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur. Bu kapsamda sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki irade açıklamasının bulunması şarttır[9]. Hukuki ilişkinin doğması için iradelerinin karşılıklı ve birbirine bağlı olması gereken

---

[2] TANRIVERDİ, Mustafa, UYSAL, Mevlüt ve ÜSTÜNDAĞ, Mutlu Tahsin: "Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir?: Alanyazın İncelemesi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 3, Temmuz 2019, s. 203-217, s. 205.

[3] DOĞANCI, Doğa Ekrem: Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s, 34.

[4] ÜNSAL, Ersin ve KOCAOĞLU, Ömer: "Blok Zinciri Teknolojisi: Kullanım Alanları, Açık Noktaları ve Gelecek Beklentileri", *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi,* Sayı: 13, Ağustos 2018, s. 54-64, s. 58.

[5] SZABO, Nick: "Smart Contracts Glossary", https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech /CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_glossary.html (Erişim Tarihi: 04.07.2023).

[6] ARAALAN, Cemal: "Akıllı Sözleşmeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 163, Yıl: 2020, s. 502-515, s. 503.

[7] SELANİK, Atakan Âdem: "Akıllı Sözleşmelerin Kurulması ve Hukuki Niteliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 196, Yıl: 2022, s. 89-106, s. 93.

[8] ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar: Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, 40 vd.; ÇUBUKÇU, Damla Beril: Teknik ve Hukuki Yönleriyle Akıllı Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 5-7; KİRKİT, Ecem: "Akıllı Satış Sözleşmelerinin Kuruluşu ve İfası", *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 6, Yıl: Aralık: 2016, s. 145-166, s. 152 vd.; SELANİK, s. 93.

[9] EREN, Fikret: Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m. 1-48, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 315; ATEŞ, s. 330.

taraflar dışındakiler üçüncü kişi olarak kabul edilmektedirler. Üçüncü kişiler sözleşmenin tarafı olmamalarına rağmen eylemleri sözleşme ilişkisine zarar verebilir, geçerliliğini etkileyebilir[10].

Yardımcı kişiler ile temsilciler üçüncü kişi sayılmazlar. Nitekim yardımcı kişiler, bir borcun ifasında borçlunun iradesiyle, onun çıkarına ve onun sorumluluğu altında borçluya yardımcı ifa yardımcıları olabildikleri gibi, borçluyu ikame eden, borçlu yerine alacaklıya karşı alacaklının çıkarına yükümlülük ve sorumluluk üstlenen kişiler de olabilmektedirler[11].

II. AKILLI SÖZLEŞMELERDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN TESPİTİ VE HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

A. Akıllı Sözleşmelerde Üçüncü Kişinin Tespiti

Akıllı sözleşmelerin üçüncü kişilerin varlığından tamamen ari olup olmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur.[12] Aslında akıllı sözleşmeler ile ilgili avantaj olarak sayılan en önemli özelliklerinden biri, sözleşme taraflarının aralarında üçüncü kişiye ihtiyaç duyulmaksızın işlem yapabilecekleri güvenli bir yapı olmasıdır. Akıllı sözleşmelerin yaygın bir şekilde kullanılmasıyla birlikte taraflar arasındaki işlemleri doğrulamak, resmiyet kazandırmak gibi fonksiyonlara sahip banka, noter gibi aracı üçüncü kişi kurumlara duyulan ihtiyaç azalacaktır.

Akıllı sözleşmeler yapı itibariyle üçüncü kişilerin etkisinden ari bir görüntü sergilese de mevcut durum tam olarak bu şekilde değildir. Üçüncü kişi kavramı akıllı sözleşmeler bakımından farklı görünüş biçimleri sergilemektedir. Örneğin akıllı sözleşmelerin alt yapısını kuran programcı yeri geldiğinde üçüncü kişi kavramı altında değerlendirilebilmektedir. Akıllı sözleşme tarafları yeri geldiğinde ödemenin yapılması için yine de bankalara başvurulabileceği hususunda anlaşabilirler ya da avukatlar akıllı sözleşmenin kuruluşu aşamasında rol alabilirler. İşte bu takdirde üçüncü kişiler aracı sıfatıyla akıllı

---

[10] ATEŞ, Derya: "Sözleme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Sayı: 151, Yıl: 2020, s. 329-330. Türk Borçlar Kanunu kapsamında üçüncü kişi kavramının yer aldığı hükümler için bkz. ATEŞ, s. 329-359, s. 333.

[11] ATEŞ, s. 330.

[12] Bazı yazarlar çalışmalarının içinde üçüncü kişinin akıllı sözleşmelerde varlığının mümkün olmadığına dair kesin yargılar içeren ifadeler kullanırken aynı çalışmalarının farklı bölümlerinde üçüncü kişilerin varlığına işaret etmişlerdir. Bunun haricinde akıllı sözleşmelerde üçüncü kişinin varlık göstermediğine veya varlık gösterdiğine ilişkin saf görüşler de mevcuttur. Yine varlığı kabul edilen üçüncü kişilerin kim olduğuna dair yoğun çelişkiler bulunmaktadır. İşte çalışmamızın odak noktasını oluşturan da tam bu çelişkilerdir. Aynı çalışma içinde farklı görüş barındıran çalışmalara örnek olarak: ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 55-56, 63; BAŞAR, Mükerrem Onur: "Akıllı Sözleşmeler ve Özel Hukuk Uygulamasında Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt: 80, Sayı: 4, Yıl: 2022, s. 1067-1103, s. 1086, 1093; SADİOĞLU, Fikriye Ceren: "Borçlar Hukuku Çerçevesinde Akıllı Sözleşmenin İşlevleri ve İşlevlerin Yerine Getirilmesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 4, Yıl, 2021, s.171-216, s. 177, 181, 182, 196. Üçüncü kişilerin akıllı sözleşmelerde varlığını kabul edenler: KEL, Habil Arda: "Milletlerarası Ticarette Akıllı Sözleşmelerin Uygulanabilirliği", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 653-669, s. 664-665; ÇUBUKÇU, s. 35-38, 53, 67, 109-110, 118, 133-134; ÜSTÜN, Ece Su: TBK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler -Blokzincir Teknolojisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 86-87, 97 Üçüncü kişilerin akıllı sözleşmelerdeki varlığına yer vermeyen görüşler: KİRKİT, s. 155; KOCAÇINAR, Asil: "İspat Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: Temmuz 2021, s. 471-488, s. 477-478; SELANİK, s. 93.

sözleşmelerde yer alabilmektedirler[13]. Diğer bir yönden bakıldığında, akıllı sözleşmelerin ifasını sağlayan kodun, ifanın muhteviyatını kontrol edebilmesi pek de mümkün değildir. Bu takdirde ise "oracle" adı verilen yine üçüncü kişi kavramı altında değerlendirebilecek bir kurum karşımıza çıkmaktadır.[14] Bunların yanı sıra akıllı sözleşmelerin hazırlık aşamasında yer alan avukatlar veya geçerlilik koşulunun sağlanması için sözleşmenin kurulması safhasında rol alan noterler de üçüncü kişi olarak sayılabileceklerdir[15].

Her ne kadar doktrinde üçüncü kişi olarak sayılmasa da kanımızca blokzincirde yer alan kullanıcıların da üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi gerekir. Nitekim blokzincir kullanıcılarının mutabakat mekanizması çerçevesinde düğümlerin doğruluğunu teyit fonksiyonu bulunmaktadır.

B. Akıllı Sözleşmelerde Üçüncü Kişinin Hukuki Sorumluluğunun Kapsamı

1. Genel Olarak

Akıllı sözleşmelerde üçüncü kişi kavramına dâhil olan kişilerin belirlenmesi bu kimselerin akıllı sözleşmeler içindeki fonksiyonlarının ve sorumluluklarının tespiti bakımından da büyük önem arz etmektedir.

Örneğin blokzinciri dışında kalan harici veri kaynaklarından bilgi edinen oracle'lar tarafından aktarılan durum veya bilgiler tamamen yanlış, hatalı veya yetersiz olabilir.

Bu takdirde akıllı sözleşme, aslında şart gerçekleşmemesine rağmen şartı gerçekleşmiş olarak kabul ettiğinden o anda yapılmaması gereken bir işlemi daha erken yapabilir ya da şart aslında gerçekleşmiş olmasına rağmen işlemi yapmayabilir. Bu takdirde Bu halde meydana gelecek zarardan kimin (oracle'ları programlayan programcı, oracle'ların bilgiyi aldığı harici veri kaynağı, akıllı sözleşmeyi programlayan programcı vb.) sorumlu olacağının ve zararın hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

2. Üçüncü Kişilerce Yapılan Hatalı veya Eksik Kodlama

Sözleşmeyi tarafların kendileri kodlayabilecekleri gibi üçüncü kişiler de[16] kodlayabilir. Nitekim akıllı sözleşmeyi kodlamak hem basit kodlama bilgisi hem alan bilgisi hem de alan ile ilgili asgari ölçüde hukuk bilgisi gerektireceğinden sözleşmenin kodlanmasının üçüncü kişilere bırakılması daha olasıdır.

Sözleşmeyi kodlayan kişinin taraf değil de üçüncü kişi olması durumunda, bu kişinin tarafların kendilerine vermiş olduğu talimatları yanlış anlamış veya doğru anlamasına rağmen yanlış uygulamış olabilir[17]. Bu yanlış uygulamalar ise kendilerini farklı şekillerde gösterebilirler. Örneğin yanlış kodlanmış

[13] ÇUBUKÇU, s. 36.
[14] ÇUBUKÇU, s. 36-38; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 63; ÜSTÜN, s. 86-87, 97.
[15] ÇUBUKÇU, s. 34-35.
[16] ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 271.
[17] GREEN, Sarah ve SANİTT, Adam: "Smart Contracts", *The Contents of Commercial Contracts: Terms Affecting Freedoms*, Paul S. Davies ve Magda Raczynska, UK 2020, s. 201.

program, doğru veriler girilmesine rağmen yanlış sonuçlara ulaşabilir. Dolayısıyla akıllı sözleşmenin üçüncü kişiler tarafından kodlandığı hâllerde, tarafların akıllı sözleşmenin yapacağını düşündükleri şey ile gerçekte yaptığı şeyler arasında farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu durum üçüncü kişinin yanlış anlamasından, programlama bilgisinin eksikliğinden ya da kötü niyetli davranmasından kaynaklanabilir[18].

Tarafların öncelikle geleneksel yollarla bir sözleşme kurması ve sonra icrasını akıllı sözleşmelere bırakması mümkündür[19]. Üçüncü kişinin her iki aşamada yer alması mümkündür. Yani hem geleneksel sözleşmenin kurulmasında hem de bu sözleşmenin icrası için akıllı sözleşmenin kurulmasında yer alabileceği gibi bu iki aşamada yer alan üçüncü kişiler farklı olabilir ya da bir aşamada üçüncü kişi yer almazken diğerinde yer alabilir.

Akıllı sözleşmenin yanlış icra edilmesinin nedeni, akıllı sözleşmenin yanlış değil de eksik olarak programlanması olabilir[20]. Mesela doğru oracle'lar seçilmiş ancak bunlardan gelen sonuçların ne şekilde değerlendirileceği eksik bırakılmış olabilir.

Üçüncü kişinin etkisiyle olsa dahi hataya düşen taraf, Türk Borçlar Kanunu'nun yanılmaya ilişkin hükümlerinin uygulanması suretiyle, geleneksel sözleşmelerde de olduğu gibi, akıllı sözleşme tarafından icra edilecek asıl sözleşmenin başlangıçta anlaşıldığından daha geniş kapsamda sayılmasına icazet verebilecektir[21].

Akıllı sözleşme, hatalı programlanmış olması nedeniyle uygun bir irade veya bilgi açıklamasında bulunmazsa, ilgili kişilerin iradesi yansımayacaktır. Bu takdirde Türk Borçlar Kanunu'nun yanılmaya ilişkin hükümleri uygulanabilir. Ayrıca akıllı sözleşmeyi programlayana karşı sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil hükümlerine başvurulabilir.

3. Yazılımın Kendinden Kaynaklı Hatalar

Akıllı sözleşmeler kendileri için tercih edilmiş olan yazılım üstünde programlanırlar. Bu programların sağlıklı bir şekilde istenilen sonucu verebilmesi için kusursuz olması gerekmektedir. Ancak karışık hukuki ilişkiler düşünüldüğünde bu şekilde bir yazılımın varlığı çok da mümkün değildir[22].

Akıllı sözleşmenin programlanmasından değil, akıllı sözleşmeyi çalıştıran yazılımda hatalar olabilir. Başta doğru bir şekilde oluşan irade beyanı akıllı sözleşmeye de doğru bir şekilde işlenmiş olmakla beraber, yazılımdaki hata sebebiyle hatalı bir hâle gelmiş ve tarafların iradesine uymayacak bir şekle bürünebilir[23]. Akıllı sözleşmenin yazılımından doğan hatanın sonuçlarının kimler üzerinde kalacağı

[18] Akıllı sözleşmeyi programlayanın sorumluluğu ile ilgili olarak programcının kimliğinin tespit edilmesinin zor olabileceğine ilişkin görüşe katılmamaktayız. Çünkü programcıyı zaten taraflar belirlemektedirler. Kanımızca yazar burada akıllı sözleşmenin programlandığı altyapıyı programlayanları ifade etmek isterken sehven sözleşmeyi programlayanı belirtmiştir. Bkz. ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 272.
[19] ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 272.
[20] ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 273.
[21] ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 273.
[22] ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 274.
[23] ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 275.

yazılımın programlanmasından veya sağlanmasından kimin sorumlu olduğuna göre değişecektir. Bazı hâllerde üçüncü kişi tarafından üretilen veya sağlanan bir yazılımın kullanılması için anlaşılması sebebiyle her iki tarafın da sorumlu tutulabilmesi mümkün olabilir. Taraflar riski kendi aralarında paylaşabilecekleri gibi sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil hükümlerinden yararlanılabilir. Burada önemli olan blokzincir platform işleticisi ile akıllı sözleşme tarafları arasındaki hukuki ilişkinin niteliğidir[24].

4. Oracle'lardan Kaynaklanan Hatalar

Akıllı sözleşmelerde üçüncü kişi olarak aracıların yanı sıra "oracle" adı verilen uzman bir başka taraf daha varlık gösterebilmektedir[25]. Oracle'ları sözleşmesel yükümlülüklerin gerektiği şekilde ifa edilip edilmediğini tespit eden, blokzincir alanının dışında kalan ihtiyaçları karşılayan ve yorumlayan bir sistem olarak tanımlamak mümkündür[26]. Oracle'lar akıllı sözleşmelerin, ekosistemlerinin dışına çıkmalarını ve gerçek dünya ile etkileşime girmelerini sağlamaktadırlar[27]. Oracle'lar blokzincirinin dışında yer aldığından dolayı blokzincirinin güvenilirlik özelliğini taşımazlar.

Bu şekilde bir sisteme veya kişiye ihtiyaç duyulmasının nedeni, akıllı sözleşmenin yalnızca bir bilgisayar programından meydana gelmesi ve yapay zekânın sahip olduğu niteliklere sahip olmamasıdır[28].

Oracle'lardan gelen bilginin yanlış veya eksik olması hâlinde akıllı sözleşmenin ifası da yanlış veya eksik olacaktır. Oracle ile taraflar arasında doğrudan sözleşme ilişkisi olmaması olasıdır. Bu takdirde akıllı sözleşmenin altyapısını oluşturan blokzincir yapısının açık veya özel olmasına göre tarafın oracle'a karşı başvurabileceği sorumluluk türü de değişecektir. Blokzincir yapısının özel olduğu hallerde sözleşmeye aykırılık nedeniyle hizmeti sağlayan tarafa başvurulabilecekken blokzincir yapısının açık olduğu hâlde haksız fiil hükümlerine dayanılarak doğrudan oracle'a başvurulabilecektir.

5. Blokzincir Katılımcılarının Mutabakat Mekanizması Çerçevesinde Sorumluluğu

Blokzincirleri tek bir kişi değil, eşler arası (peer-to-peer) ağlar kontrol eder. Zira blokzinciri tek bir merkezi yerde değil, birçok yerde bulunur. Ağda yer alan her bilgisayar, bir düğüm (node) olarak

---

[24] Clifford Chance: Smart Contracts: Legal Framework and Proposed Guidelines For Lawmakers, *European Bank for Reconstruction and Development*, October 2018, s. 34; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 275.
[25] ÇUBUKÇU, s. 36.
[26] ANTONOPOULOS, Andreas M. ve WOOD, Gavin: Mastering Ethereum Building Smart Contracts And Dapps, *O'Reilly Media*, California 2018, s. 184; KARAMANLIOĞLU, Argun: "Concept of Smart Contracts – A Legal Perspective", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 35, Yıl: 2018, s. 29-42, s. 37; ÇUBUKÇU, s. 36; ÇEKİN, s. 323.
[27] FINCK, s. 25; ÇUBUKÇU, s. 37; KAPANCI, Berk: "Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: 'Akıllı Sözleşmeler' Üzerine Değerlendirmeler", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, Editörler: E. Eylem AKSOY Retornaz ve Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 113-154, s. 140; SADİOĞLU, Fikriye Ceren: "Borçlar Hukuku Çerçevesinde Akıllı Sözleşmenin İşlevleri ve İşlevlerin Yerine Getirilmesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 4, Yıl: 2021, s. 171-216, s. 179.
[28] ÇUBUKÇU, s. 37.

isimlendirilir ve her düğüm bir kullanıcıya karşılık gelir. Bu düğümlerin her birinde, blokzincirin bir bütün olarak kopyası bulunur. Blokzincirlerin değiştirilemez olma özelliği temel olarak açık blokzincirleri bakımından söz konusu bir özelliktir.

Blokzincirleri, halka açık (public) ve özel (private) şeklinde ayrılmaktadır. Halka açık blokzincirinde, internet bağlantısı olan ve doğru yazılıma sahip bulunan herkes blokzincirine erişebilir, oradaki bilgileri görebilir ve ekleme yapabilir. Özel blokzincirlere erişim ise halka açık blokzincirlerden farklı olarak belirli katılımcılar tarafından kontrol edilir. Özel blokzincirlerde katılımcı az olduğundan kötüniyetli davranarak sözleşme taraflarına zarar verebilmek daha olasıdır. Ancak özel blokzincirlerde katılımcıların kimlikleri belirlenebilir veya kayıtlı olduğundan zararı verenin tespiti daha kolaydır.

Katılımcılar ihmâlleri sonucunda sözleşme taraflarına zarar verebilirler. Örneğin katılımcı bilgisayarına farkında olmadan bir zararlı yazılım kurarak sözleşmenin doğruluğunu etkileyebilir. Ancak burada şunu ifade etmek gerekir ki bu durumun yaşanması halka açık blokzincir yapılarında imkânsıza yakındır.

Blokzincir ağı katılımcılarının veri sorumlusu olarak kabul edilip edilemeyeceği sorumluluklarının çerçevesinin çizilmesi açısından diğer bir sorunsaldır. Blokzincir sisteminde bilgilerin işlenmesine dair bir kişi veya merci bulunmamaktadır. Blokzincirdeki bütün katılımcılar sistemde yürüyen işlemleri onaylayarak süreci işletmektedirler[29]. Tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa ilişkin değerlendirmede veri sorumlusu bu grubu oluşturan kişilerin kendileridir[30]. Blokzinciri ağına bağlı veri sistemindeki her katılımcının kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında veri sorumlusu olarak kabul etmek mümkündür[31]. Onaylayıcı veya madenci olarak katılımcılar süreçte yer alabilirler. Buna göre de katılımcıların verileri işleme amaç ve aracı ortaya çıkacaktır[32]. Biz, doktrindeki blokzinciri katılımcılarının veri sorumlusu veya veri işleyen olarak kabul edilemeyeceğine dair görüşe[33] katılmaktayız. Şöyle ki, blokzinciri ağı katılımcıları kişisel verilerinin işleyiş sürecinin amaç ve araçlarını müştereken

[29] DOĞANCI, s.588.

[30] TAŞTAN, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 71; ÇEKİN, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 62.

[31] IBANEZ, Luis-Daniel, O'HARA, Kieron ve SİMPERL Elena: "On Blockchains and the General Data Protection Regulation", *University of Southampton Research Paper*, https://eprints.soton.ac.uk/422879/1/BLockchains_GDPR_4.pdf (Erişim Tarihi: 04.07.2023), s. 1-13, s. 4.

[32] ÖZER, Yusuf Mansur: Kişisel Verilerin Korunmasında Blok Zinciri Modeli: Vaatler ve Hukuki Engeller, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 223.

[33] DOĞANCI, s. 589. Aksi görüşte (bu görüşte olanlar her bir düğümü doğrudan veri sorumlusu olarak kabul etmektedirler): HERIAN, Robert: "Blockchain, GDPR, and Fantasies of Data Sovereignty", https://oro.open.ac.uk/69445/9/69445.pdf (Erişim Tarihi: 07.07.2023), s. 1-26, s. 9; MOEREL, Lokke: "Blockchain and Data Protection", *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Patforms*, Cambridge University Press, Edited by: Larry A. D.Matteo, Michel Cannarsa ve Cristina Poncibò, October 2019, s. 213-232, s. 214, 215; GIORDANO, Marco Tullio: "Blockchain and the GDPR: New Challenges for Privacy and Security", *Blockchain, Law and Governance*, Editors: Benedetta Cappiello ve Gherardo Carullo, Springer, Switzerland 2021, s. 275-286, s. 276; BAŞAR, s. 1093.

belirlememektedir[34]. Yine katılımcılar verileri deşifre edemeyecekleri gibi, blokzincir kodunda yer alan ve işleyişinde etkili olan kuralları da belirleyememektedirler[35]. Katılımcılar yalnızca bireysel olarak ve serbest bir şekilde blokzinciri ağına katılıp katılmamaya ve bu süreçte hangi rolü üstleneceklerine dair karar verirler[36].

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Akıllı sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde öngörülen sözleşmenin kurucu unsurlarını barındırdığından bir tür sözleşmedir.[37] Üçüncü kişinin akıllı sözleşmedeki varlığıyla ilgili olarak ilk irdelenmesi gereken şey sözleşmenin geçerliliğine etkisidir. Normalde blokzincir ve dolayısıyla akıllı sözleşmelerde anonimlik esastır. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları her zaman sözleşmeyi kiminle akdedeceklerini bilemeyeceği gibi, doğrulama işlemi yapacak olan bizim üçüncü kişiler olarak kabul ettiğimiz diğer kullanıcılar da veriler sisteme anonim olarak kaydedildiğinden tarafların gerçek kimliklerini teşhis edemeyeceklerdir.[38] Geçerlilik açısından sözleşmenin taraflarının ehil olup olmadığının tespiti ve denetimi bir sorun olacak olup sözleşme yapmaya ehil olmayan bir kimse Türk Hukuku bakımından geçerliliği bulunmayan bir sözleşmenin tarafı olacak ve edimler otomatik olarak ifa edilecektir.[39] Üçüncü kişinin statüsü ne olursa olsun akıllı sözleşmenin kurulmasında veya ifasında ehil olup olmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi kapsamında sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Ancak bu sınırsız bir serbesti değildir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde bu serbestinin sınırları açıkça belirlenmiştir. Geleneksel sözleşmeler de olduğu gibi akıllı sözleşmeler için de bu hususlar geçerlidir.[40] Akıllı sözleşmelerde üçüncü kişinin rolüne göre sözleşmenin geçerliliğine etkisi farklılaşabilir. Örneğin sözleşmenin üçüncü kişi tarafından hukuka aykırı olarak düzenlenmiş olması sözleşmeyi geçersiz kılabilmektedir. Ancak akıllı sözleşmeler özelinde içeriğin denetimine ilişkin elverişli bir mekanizma bulunmamaktadır. Zira diğer kullanıcılar (üçüncü kişiler) uçtan uca şifrelenmiş akıllı sözleşmelerin içeriğine erişemeyecekleri gibi bir şekilde erişim sağlasa dahi onları geçersiz kılamayacaklardır.[41]

Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinin ikinci fıkrasına göre sözleşme tarafı değil de üçüncü bir kişi aldatırsa sözleşme kural olarak iptal edilemez. Aynı fıkraya göre bu hak, yalnızca "karşı tarafın"

[34] FINCK, Michele: "Blockchains and Data Protection in the European Union", *Max Planck Institute Innovation and Competition Research Paper*, No. 18-01, https://ssrn.com/abstract=3080322 (Erişim Tarihi: 04.07.2023), s. 1-31, s. 26; ÇEKİN, s. 334; ÖZER, s. 224; DOĞANCI, s. 589.
[35] FINCK, s. 26; BELIC, İvan: "Data Protection Challenges of public permissionles blockchains in relation to the GDPR", *Tilburg University Master Law & Technology*, June 2018, http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=145703 (Erişim Tarihi: 04.07.2023), s. 1-50, s. 34; DOĞANCI, s. 589.
[36] BELIC, s. 34; DOĞANCI, s. 589.
[37] ÜSTÜN, s. 113, 129.
[38] ÜSTÜN, s. 129.
[39] ÜSTÜN, s. 130.
[40] ÜSTÜN, s. 131.
[41] ÜSTÜN, s. 130.

sözleşmenin yapıldığı sırada aldatmayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması halinde tanınmıştır[42]. Geleneksel sözleşmelerde üçüncü kişiler, aldatan ile aldatılan arasındaki sözleşme yapısının dışında kalan kişilerdir. Bununla beraber, aldatan tarafın sözleşme kurarken kullandığı yardımcıları üçüncü şahıs değildirler. Bu sebeple onların eylemleri Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinin birinci fıkrasına girer. Bu hükme göre taraflardan biri aldatma yapmış gibi kabul edilir[43]. Peki akıllı sözleşmelerde üçüncü kişinin aldatması mümkün müdür? Mümkünse ne şekilde gerçekleşebilecektir? Akıllı sözleşmeler üst düzey güvenliğe sahip olup blokzincir teknolojisinin yapısı sayesinde kaydedilen mahrem verilerin herhangi bir kişi ya da kurum tarafından hacklenmesi, değiştirilmesi ya da tahrif edilmesi teknik olarak pek de mümkün değildir.[44] Sözleşmenin ifası için üçüncü kişi olarak oracle ya da harici veri sağlayıcıların sağladığı harici veri gerekiyorsa bu takdirde aldatma söz konusu olabilir. Aldatma sözleşmenin kuruluşu aşamasında söz konusu olmakta ancak oracle ya da harici veri sağlayıcının bilgileri kasten çarpıtması veya yanlış bilgi sunması ifayı etkilemektedir. Burada tazminat talep hakkı mevcuttur. Nitekim aldatma nedeniyle zararın tazmin hakkı, sözleşmeyi iptal hakkından bağımsız bir haktır.[45] Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinin ikinci fıkrasında "onanmış sayılması" ifadesinden konumuz kapsamında anlaşılması gerekenin ne olduğu da tartışmalıdır. Aslında burada tazminattan söz edilmesi için aldatılanın açıkça veya örtülü bir davranışla sözleşmeyi onaması yeterlidir.[46] Bunun dayanağının ne olduğu ise hükmün lafzından anlaşılamamaktadır.[47] Ayrıca akıllı sözleşmede böyle bir onay mekanizması bulunmamaktadır. Nitekim oracle'dan ya da harici veri kaynağından aldatıcı nitelikte bir bilgi geldiğinde akıllı sözleşme bunu dikkate alarak ifayı gerçekleştirir veya gerçekleştirmez. Arada bu aldatmadan zarar görenin onayı olmasa dahi ortaya çıkan zararın tazmini için kanımızca bu hükümden kıyasen olsa dahi faydalanabilmelidir.

Yukarıda belirtilenler doğrultusunda üçüncü kişilerin sıfatlarına ve sözleşmedeki fonksiyonlarına göre sorumlulukları değişkenlik gösterecektir. Örneğin programcının süreçteki pozisyonu ve gerçekleştirdiği eylemi farklı türde sorumluluğuna sebebiyet verebilecektir. Tarafları zarara uğratma amacıyla akıllı sözleşmenin altyapısını eksik veya hatalı bir şekilde kodlayan programcının eylemi hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil edecektir. Sorumluluğun birden çok sebebe dayandığı bu gibi hâllerde sebeplerin yarışması söz konusu olacaktır. Sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) taraf kaynaklı olduğundan konumuz kapsamında üçüncü kişinin sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır. Akıllı sözleşme kapsamında kusursuz sorumluluk hâline ise kanunda yer verilmemiştir.

---

[42] ÇETİNER, Bilgin, FURRER, Andreas ve MÜLLER-CHEN, Markus: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 224.
[43] ÇETİNER, FURRER ve MÜLLER-CHEN, s. 224.
[44] ÜSTÜN, s. 94-95.
[45] KURŞAT, Zekeriya: "TBK m. 30 – 39*", İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Cilt – 1 (Madde 1-82)*, Editör: Prof. Dr. Turgut ÖZ, Prof. Dr. Faruk ACAR, Prof. Dr. Emre GÖKYAYLA ve Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 592; EREN, s. 934.
[46] ÇETİNER, FURRER ve MÜLLER-CHEN s. 238.
[47] ATLAN GÜRER, Hülya: "Aldatmanın Etkisiyle Yapılan Sözleşmenin Onanması Halinde Talep Edilebilecek Tazminat", *Ankara Barosu Dergisi,* Cilt: 80, Sayı: 3, s. 215-254, s. 230.

SONUÇ

Bilim ve teknolojideki gelişmelerin sözleşme ilişkilerine etkisi gün geçtikçe artmakta ve bunun bir parçası olan akıllı sözleşmelerin uygulama alanı gittikçe genişlemektedir. Akıllı sözleşmelerin esas amaçlarından biri, sözleşme taraflarının aralarında üçüncü kişiye ihtiyaç duymaksızın güvenli bir şekilde işlem yapabilmeleridir.

Çalışmamızda akıllı sözleşmeler açısından "üçüncü kişi" kavramı ele alınmıştır. Nitekim doktrinde akıllı sözleşmeler yönünden üçüncü kişilere birçok rol biçilmiştir. Bu çalışmada üçüncü kişilerin akıllı sözleşmeler bakımından kimler olduklarının tespitine ve işlevlerinin belirlenmesine çalışılmıştır.

Akıllı sözleşmelerdeki üçüncü kişi kavramı borçlar hukukundaki üçüncü kişi kavramına kimi hâllerde aykırıyken kimi hâllerde ise örtüşmektedir. Örneğin akıllı sözleşmede yardımcı kişi rolüne sahip bir kişi borçlar hukuku anlamında üçüncü kişi sayılmayacaktır.

Literatürde akıllı sözleşmeler kapsamında üçüncü kişi çok farklı şekillerde nitelendirilmiştir. Bunlara örnek olarak şunlar sayılabilir: Avukat, noter, banka, yazılımın kendisi (günümüz hukukuna göre mümkün değildir), oracle, programcı katılımcılar.

Üçüncü kişinin kim olduğuna ve gerçekleştirdiği eyleme göre hukuki sorumluluğunun sınırları farklılık gösterecektir.

Sonuç olarak çalışmamızla, literatürde her ne kadar üçüncü kişilerin akıllı sözleşmelerde varlığının bulunmadığına veya etkilerinin olmadığına dair görüşler mevcut olsa da, farklı görünüş biçimleri ve farklı fonksiyonlarla akıllı sözleşmelerin birer parçası oldukları ortaya konulmuştur. Sonrasında ise akıllı sözleşmeler çerçevesinde bu kişiler tanımlanarak fonksiyonlarının sınırlarının çizilmesine ve eylemlerinin hukuki olarak nitelendirilmesine çalışılmıştır.

Kaynakça

ANTONOPOULOS, Andreas M. ve WOOD, Gavin: Mastering Ethereum Building Smart Contracts And Dapps, *O'Reilly Media*, California 2018.

ARAALAN, Cemal: "Akıllı Sözleşmeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 163, Yıl: 2020, s. 502-515.

ATEŞ, Derya: "Sözleme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 151, Yıl: 2020, s. 329-359.

ATLAN GÜRER, Hülya: "Aldatmanın Etkisiyle Yapılan Sözleşmenin Onanması Halinde Talep Edilebilecek Tazminat", *Ankara Barosu Dergisi,* Cilt: 80, Sayı: 3, s. 215-254.

BAŞAR, Mükerrem Onur: "Akıllı Sözleşmeler ve Özel Hukuk Uygulamasında Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 80, Sayı: 4, Yıl: 2022, s. 1067-1103.

BELIC, İvan: "Data Protection Challenges of public permissionles blockchains in relation to the GDPR", *Tilburg University Master Law & Technology*, June 2018, http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=145703 (Erişim Tarihi: 04.07.2023), s. 1-50.

Clifford Chance: Smart Contracts: Legal Framework and Proposed Guidelines For Lawmakers, *European Bank for Reconstruction and Development*, October 2018.

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar: Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

ÇEKİN, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

ÇETİNER, Bilgin, FURRER, Andreas ve MÜLLER-CHEN, Markus: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

ÇUBUKÇU, Damla Beril: Teknik ve Hukuki Yönleriyle Akıllı Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

DOĞANCI, Doğa Ekrem: Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

EREN, Fikret: Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m. 1-48, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

FINCK, Michele: "Blockchains and Data Protection in the European Union", Max Planck Institute Innovation and Competition Research Paper, No. 18-01, https://ssrn.com/abstract=3080322 (Erişim Tarihi: 04.07.2023), s. 1-31.

GIORDANO, Marco Tullio: "Blockchain and the GDPR: New Challenges for Privacy and Security", *Blockchain, Law and Governance*, Editors: Benedetta Cappiello ve Gherardo Carullo, Springer, Switzerland 2021, s. 275-286.

GREEN, Sarah ve SANİTT, Adam: "Smart Contracts", *The Contents of Commercial Contracts: Terms Affecting Freedoms*, Paul S. Davies ve Magda Raczynska, UK 2020, s. 191-210.

HERIAN, Robert: "Blockchain, GDPR, and Fantasies of Data Sovereignty", https://oro.open.ac.uk/69445/9/69445.pdf (Erişim Tarihi: 07.07.2023), s. 1-26.

IBANEZ, Luis-Daniel, O'HARA, Kieron ve SİMPERL Elena: "On Blockchains and the General Data Protection Regulation", *University of Southampton Research Paper*, https://eprints.soton.ac.uk/422879/1/BLockchains_GDPR_4.pdf (Erişim Tarihi: 04.07.2023), s. 1-13.

KAPANCI, Berk: "Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: 'Akıllı Sözleşmeler' Üzerine Değerlendirmeler", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, Editörler: E. Eylem AKSOY Retornaz ve Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 113-154.

KARAMANLIOĞLU, Argun: "Concept of Smart Contracts – A Legal Perspective", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 35, Yıl: 2018, s. 29-42.

KEL, Habil Arda: "Milletlerarası Ticarette Akıllı Sözleşmelerin Uygulanabilirliği", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 653-669.

KİRKİT, Ecem: "Akıllı Satış Sözleşmelerinin Kuruluşu ve İfası", *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 6, Yıl: Aralık: 2016, s. 145-166.

KOCAÇINAR, Asil: "İspat Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: Temmuz 2021, s. 471-488.

KURŞAT, Zekeriya: "TBK m. 30 – 39*", İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Cilt – 1 (Madde 1-82)*, Editör: Prof. Dr. Turgut ÖZ, Prof. Dr. Faruk ACAR, Prof. Dr. Emre GÖKYAYLA ve Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

MOEREL, Lokke: "Blockchain and Data Protection", Edited by: Larry A. D.Matteo, Michel Cannarsa and Cristina Poncibò, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Patforms*, Cambridge University Press, s. 213-232.

ÖZER, Yusuf Mansur: Kişisel Verilerin Korunmasında Blok Zinciri Modeli: Vaatler ve Hukuki Engeller, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

SADİOĞLU, Fikriye Ceren: "Borçlar Hukuku Çerçevesinde Akıllı Sözleşmenin İşlevleri ve İşlevlerin Yerine Getirilmesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 4, Yıl, 2021, s. 171-216.

SELANİK, Atakan Âdem: "Akıllı Sözleşmelerin Kurulması ve Hukuki Niteliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 196, Yıl: 2022, s. 89-106.

SZABO, Nick: "Smart Contracts Glossary", https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/

InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_glossary.html (Erişim Tarihi 04.07.2023).

TANRIVERDİ, Mustafa, UYSAL, Mevlüt, ÜSTÜNDAĞ, Mutlu Tahsin: "Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir?: Alanyazın İncelemesi", Bilişim Teknolojileri Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 3, Temmuz 2019, s. 203-217.

TAŞTAN, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

ÜNSAL, Ersin ve KOCAOĞLU, Ömer: "Blok Zinciri Teknolojisi: Kullanım Alanları, Açık Noktaları ve Gelecek Beklentileri", Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi, Sayı: 13, Ağustos 2018, s. 54-64.

ÜSTÜN, Ece Su: TBK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler - Blokzincir Teknolojisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

KİRAYA VERİLEN TAŞINMAZIN GÖRÜNTÜLERİNİN TAŞINMAZIN BAŞKASINA SATILMASI VEYA KİRALANMASI AMACIYLA İNTERNET ORTAMINDA YAYIMLANMASI

Dr. Öğr. Üyesi Aziz Erman BAYRAM*

ÖZET

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de taşınmazların satılmasına veya kiraya verilmesine yönelik ilânların internet ortamında yayımlanması yaygınlaşmıştır. İnternet ortamında yayımlanan ilânlarda taşınmazın iç alanlarının görüntülerinin kullanılması büyük önem taşır. Zira taşınmazın görüntüleri olmaksızın yayımlanan ilânlar, çoğunlukla müstakbel alıcıların veya kiracıların ilgisini çekmez hatta ilânda yer alan bilgilerin doğruluğu veya ilânı yayımlayanın dürüstlüğü konusunda şüphe uyandırır. Taşınmaza ilişkin görüntülerin oluşturulması aşamasında taşınmazın boş hâlde bulunması veya bizzat satıcı yahut kiraya veren tarafından kullanılması, görüntülerin elde edilmesi açısından büyük kolaylık sağlar. Böyle bir durumda, malik veya kiraya veren, boş durumdaki veya kendi kullanımındaki taşınmazın iç alanlarını görüntüleyebilir ve bu görüntüleri internet ortamında yayımlayabilir. Fakat ilânı internet ortamında yayımlanacak olan taşınmazda hâlihazırda bir kiracının oturması, ortaya önemli bir sorunun çıkmasına neden olur. Bu sorun, taşınmazın iç alanlarının görüntülenmesi sırasında kaçınılmaz olarak kiracının "özel alanının" görüntülerinin elde edilmesidir. Taşınmazın iç alanlarını taşınmazı satmak veya kiraya vermek amacıyla görüntüleyen ya da elde ettiği görüntüleri internet ortamında yayımlayarak herkese açık hâle getiren kişi; aynı zamanda kiracının yaşam alanının görüntülerini de kamuya açık hâle getirmektedir. Türk hukukunda kiracıya kiralananın fotoğraflarını çekerek malike, kiraya verene veya onun belirlediği üçüncü bir kişiye (örneğin emlakçıya) verme veya kiralananın iç alanlarının görüntülenmesine ya da bu görüntülerin internet ortamında yayımlanmasına katlanma borcu yükleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Her ne kadar malikin veya kiraya verenin kiralananın iç alanlarının görüntülerini internette yayımlayarak taşınmazın daha hızlı pazarlanmasını sağlamak konusunda bir menfaati bulunsa da kiracının özel alanının üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istememesine yönelik menfaati, malikin veya kiraya verenin sözü edilen menfaatinden üstündür. Zira malikin veya kiraya verenin, kiracının rızası olmaksızın fotoğraf veya video çekmek amacıyla kiralanana girmesi, kiralananın iç alanlarının görüntülerini çekmesi, kiracının kullanımındaki kiralananın iç alanlarının görüntülerini ilân vermek amacıyla internet ortamında yayımlaması, kiracının özel hayatının gizliliğini ve dolayısıyla temel hak niteliğindeki kişilik hakkını ihlâl eder. Kiraya verenin; kiralananın kiracıya teslim edilmesinden sonra fakat onun tarafından geri verilmesinden önce, kiralananın iç alanlarının görüntülerini çekmesi veya bunları kiralananı pazarlamak

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, azizerman.bayram@ogu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6232-7928.

amacıyla olsa bile internet ortamında yayımlaması, kiracının özel hayatına müdahale niteliğindedir ve kural olarak hukuka aykırıdır. Malik veya kiraya veren, kiralananın iç alanlarını kural olarak ancak kiracının rızasıyla görüntüleyebilir ve bu görüntüleri ancak onun rızasıyla internet ortamında yayımlayabilir. Aksi hâlde özel hayatına müdahale edilen ve kişilik hakkı ihlâl edilen kiracı, Türk Medeni Kanunu madde 24/I uyarınca hâkimden, kişilik hakkına saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kiracı; malike, kiraya verene veya kişilik hakkına saldırıda bulunan diğer kişilere karşı Kanun'da aranan diğer koşullar da varsa Türk Medeni Kanunu madde 25'te düzenlenen kişiliğin korunmasına ilişkin davaları açabilir, bu kapsamda ondan özellikle manevî tazminat isteyebilir.

Anahtar Kelimeler: Kira, Taşınmaz, İnternet, Özel Hayat, Kişilik Hakkı.

PUBLISHING IMAGES OF THE LEASED REAL ESTATE ON THE INTERNET WITH THE PURPOSE OF SELLING OR LEASING IT TO OTHERS

ABSTRACT

With the development of technology, it has become widespread in our country, as in the whole world, to publish advertisements for the sale or rental of immovable properties on the Internet. It is of great importance to use the images of the interior areas of the real estate in the advertisements published on the Internet. Because advertisements published without images of the real estate usually do not attract the attention of prospective buyers or lessees; it even raises doubts about the accuracy of the information contained in the advertisement or the honesty of the person who published it. During acquiring the images of the real estate, if the immovable is empty or used by the seller or the lessor, provides great convenience in terms of acquiring the images. In such a case, the owner or the lessor may take photos of the interior areas of the immovable property that is vacant or in use of himself / herself and may publish these images on the Internet. However, the fact that a lessee already resides in the immovable, whose advertisement will be published on the Internet, causes an important problem to arise. This problem is that while acquiring images of the interior areas of the immovable, obtaining images of the private area of the lessee is also inevitable. The person who views the immovable for the purpose of selling or renting, or receiving the images of the immovable from the lessee, and makes the images available to the public by publishing them on the Internet; it also makes images of the lessee's private space available to the public. In Turkish law, there is no legal provision that imposes an obligation on the lessee to take photographs of the leased real estate and give them to the owner, the lessor or a third party assigned by him / her, or to bear with the taking photograph of the interior areas of the leased real estate by them, or the publication of these images on the Internet. Although the owner or the lessor has an interest in making the marketing of the real estate faster by publishing the images of the interior areas of the rented property on the Internet; the interest of the lessee in not wanting his / her private area to be known by third parties is superior to the said interest of the owner or the lessor. Because if the owner or the lessor without the consent of the lessee enters the rented immoveable, takes images of the interior spaces of the rented real estate and

publishes the images of the interior spaces of the rented real estate which is in the use of the lessee on the Internet, even for the purpose of advertising, violates the privacy of the lessee's private life and therefore the personal rights, which is a fundamental right. It is illegal as a rule for the owner or the lessor to take pictures of the interior areas of the leased real estate or to publish them on the Internet, even for the purpose of marketing of it, after the leased real estate is given to the lessee's use but before it is returned by him / her. The owner or lessor may photograph the interior areas of the leased property only with the consent of the lessee and may publish these images on the Internet only with the consent of him / her as a rule. Otherwise, the lessee, whose private life has been interfered with and whose personal rights have been violated, may request protection from the judge against those who attack, pursuant to article 24/I of the Turkish Civil Code. Lessee can file lawsuits regarding the protection of personality regulated in article 25 of the Turkish Civil Code against the owner, lessor or other attackers if there are other conditions required in the law.

Keywords: Lease, Real Estate, Internet, Private Life, Personal Rights.

GİRİŞ

Kira sözleşmesi, günümüzün en yaygın ve uyuşmazlığa en çok konu olan sözleşmelerinden biridir. Kira sözleşmesinin bir tarafında, genellikle sahibi olduğu kiralananı kullandırmak veya kullandırmanın yanında ondan yararlandırmak üzere sözleşmenin karşı tarafına bırakan kiraya veren, diğer tarafında ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlenen kiracı yer alır. Kira sözleşmesinde kiraya veren genellikle maliki olduğu kiralananı kendi rızasıyla bir başkasının kullanımına bırakarak mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkilerin bir kısmını bir süreliğine kiracıya devreder, kiracı ise bir bedel karşılığında üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığı şeyi kullanma ve hâkimiyetinde bulundurma yetkisini elde eder.

Kiraya veren, kimi zaman kiralananı kendi rızasıyla ve bir bedel karşılığında karşı tarafın kullanımına bıraktığını göz ardı ederek kiracının hâkimiyetinde bulunan kiralanana Kanun'da kendisine böyle bir yetki verilmemiş olmasına rağmen veya Kanun'da kendisine verilen yetkiyi aşarak müdahalede bulunmak ister. Kiracı ise sözleşme gereği kullanmaya yetkili olduğu ve bunun karşılığında bir bedel ödediği kiralananı, kiraya veren dâhil hiç kimsenin müdahalesi olmaksızın kullanmayı arzular. İşte kiraya verilen taşınmazın görüntülerinin taşınmazın başkasına satılması veya kiralanması amacıyla elde edilmesi veya elde edilen görüntülerin internet ortamında yayımlanmasında durum böyledir. Kiraya veren, kiraya verilen taşınmazı bir başkasına satmak veya kiraya vermek amacıyla görüntülemek, bu görüntüleri internet ortamında yayımlamak; buna karşılık kiracı kullandığı taşınmazın maliki veya kiraya vereni dâhil hiç kimse tarafından görüntülenmemesini veya elde edilen görüntülerin internet ortamında yayımlanmamasını istemektedir. Bu durumda kiraya verilen taşınmazın görüntülerini taşınmazın başkasına satılması veya kiralanması amacıyla elde etmek veya elde ettiği görüntüleri internet ortamında yayımlamak isteyen kiraya verenin menfaati ile bir bedel karşılığında kullanma hakkını elde ettiği ve yaşamının merkezi hâline getirdiği taşınmazın başkaları tarafından

görüntülenmesini veya bunların internet ortamında yayımlanmasını istemeyen kiracının menfaati çatışmaktadır.

Bu çalışmada kiraya verenin veya onun yetkilendirdiği kişinin kiralanan taşınmazın görüntülerini elde etmek veya bunları taşınmazın pazarlanması amacıyla internet ortamında yayımlamak konusunda bir hakkının olup olmadığı; kiraya verenin, kiralanan taşınmazın görüntülerini hukuka aykırı olarak elde etmesi veya elde edilen görüntüleri internet ortamında yayımlaması hâlinde kiracının başvurabileceği hukukî yolların bulunup bulunmadığı konusu, Alman hukuk uygulamasından da örneklerle incelenmektedir.

I. TAŞINMAZLARIN PAZARLANMASINDA İNTERNETİN VE İNTERNET İLÂNLARINDA TAŞINMAZIN GÖRÜNTÜLERİNİN KULLANILMASININ ROLÜ VE ÖNEMİ

A. Taşınmazların Pazarlanmasında İnternetin Rolü ve Önemi

Eskiden bir taşınmaz satın almak veya kiralamak isteyen kimse, genellikle çevredeki taşınmaz simsarlarının iş yerlerini yani günlük dildeki ifadeyle emlakçıları tek tek gezerek ihtiyaçlarına uygun bir taşınmaz bulmaya çalışırdı. Günümüzde bu yöntem artık neredeyse sona ermiştir. Zira gelişen teknoloji, internete erişimin kolaylaşması ve yaygınlaşması sayesinde bir taşınmaz satın almak veya kiralamak isteyen kimse artık kural olarak çevredeki emlakçıları gezmekle uğraşmamakta; bulunduğu yerden (örneğin evinden, iş yerinden, toplu taşıma araçlarından vs.) internete erişim sağlayarak kendisine uygun bir taşınmaz bulmaya çalışmaktadır. Diğer taraftan, taşınmazını satmak veya kiraya vermek isteyen yahut buna aracılık eden kişiler, çoğunlukla ilgili taşınmaza satılıktır veya kiralıktır ilânı asmak ya da dükkânlarının vitrinine bilgilendirici bir ilân yerleştirmek yerine yahut bunlara ek olarak internet ortamında taşınmazın satılık veya kiralık olduğuna ilişkin bir ilân yayımlamaktadır.

Satıcılar, kiraya verenler veya taşınmaz simsarları, internet ortamında ilân yayımlamak suretiyle ilânlarının büyük bir kitle tarafından öğrenilmesini sağlar ve bu çaba, taşınmazın satılma veya kiraya verilme olasılığını artırır. Diğer taraftan, internet ortamında yayımlanan ilânlar sayesinde taşınmazın satılma veya kiralanma süreci hızlanır; taşınmaz genellikle daha kısa sürede satılır veya kiralanır. Zira bir taşınmazın satılmasına veya kiraya verilmesine ilişkin internet ortamında ilânın yayımlanması, sayısı belirlenemeyecek kadar büyük bir kitlenin ve hatta taşınmazın bulunduğu yerleşim yerinin dışındaki başka yerlerde oturanların dahi taşınmazın satıldığından veya kiraya verildiğinden haberdar olmasını sağlar. Yine müstakbel alıcılar veya kiracılar internet ortamında yayımlanan ilânlar sayesinde tek tek onlarca taşınmazı gezmek zorunda kalmaksızın bulundukları yerden internetteki ilâna göz atarak taşınmaz hakkında fikir sahibi olabilirler. Bu durum, müstakbel alıcıların veya kiracıların kendilerine en uygun taşınmazı bulma şanslarını artırır. Müstakbel alıcılar veya kiracılar zamandan ve paradan tasarruf eder. Taşınmazın alınıp satılmasında veya kiralanıp kiraya verilmesinde internet ortamında yayımlanan ilânların hem satıcı veya kiraya veren hem de alıcı veya kiracı açısından büyük yararı vardır. Bu nedenle taşınmazların pazarlanmasını konu alan ilânların internet ortamında yayımlanması, her iki taraf açısından deyim yerindeyse bir kazan kazan durumu yaratır.

B. Taşınmazların Pazarlanması Amacıyla İnternette Yayımlanan İlânlarda Taşınmazın Görüntülerinin Kullanılmasının Rolü ve Önemi

Taşınmazların satılması veya kiraya verilmesi amacıyla internet ortamında yayımlanan ilânlarda taşınmazın görüntülerinin kullanılması çok önemlidir. Zira taşınmaza ilişkin görüntüler, müstakbel alıcılara veya kiracılara taşınmaz hakkında ilk izlenimi verir. Onların taşınmaza karşı ilgisini çeken temel unsur, genellikle taşınmazın görüntüleridir. Satıcı, kiraya veren veya simsar açısından taşınmazı insanların gözünde çekici hâle getirmenin yolu, taşınmaza ait görüntülerin ilâna konulmasından geçer. Taşınmazın görüntüleri, onun diğer taşınmazlar arasında ön plana çıkmasını sağlar. Müstakbel alıcılar veya kiracılar, bu görüntüler aracılığıyla o taşınmazdaki yaşamlarının gelecekte nasıl olabileceğini hayal edebilir. Bu nedenle onların taşınmazı fiziksel olarak gezmeye karar vermesindeki en önemli etken, taşınmazın fotoğrafları veya videolarıdır. Taşınmaza ilişkin görüntüler olmaksızın yayımlanan ilânlar, çoğunlukla müstakbel alıcıların veya kiracıların ilgisini çekmediği gibi onların ilân açıklamasında yer alan bilgilerin doğruluğu konusunda şüphe duymasına neden olabilir.

II. KİRACININ, KİRAYA VERENİN KİRALANANA GİRMESİNE, KİRALANANI GÖRÜNTÜLEMESİNE VE ELDE ETTİĞİ GÖRÜNTÜLERİ YAYIMLAMASINA KATLANMAKLA YÜKÜMLÜ OLUP OLMADIĞI MESELESİ

A. Genel Olarak

Taşınmaza ilişkin görüntülerin oluşturulmasında taşınmazın boş hâlde bulunması veya taşınmazın bizzat satıcı ya da kiraya veren tarafından kullanılması; satıcı, kiraya veren veya simsar bakımından büyük bir kolaylık yaratır. Böyle bir durumda onlar, boş durumdaki yahut satıcının veya kiraya verenin kendi kullanımındaki taşınmazın iç ve dış alanlarını fotoğraflayabilir, buraların videosunu çekebilir ve bunları internet ortamına yükleyerek yayımlayabilir. Ne var ki ilânı internet ortamında yayımlanacak olan taşınmazda, hâlihazırda bir kiracının bulunması, ortaya önemli bir sorunun çıkmasına neden olur. Bu sorun, satıcının, kiraya verenin yahut onların tayin ettiği simsarın; taşınmazın iç alanlarını görüntülemek istemesi durumunda taşınmazın iç alanları görüntülenirken aynı zamanda zorunlu olarak kiracının yaşam alanının görüntülerinin de elde edilmesidir.

Kiracının henüz boşaltmadığı taşınmazın iç alanlarının fotoğraflarının veya videosunun çekilerek internette yayımlanmak istenmesi durumunda, satıcının veya kiraya verenin taşınmazı bir an önce satmaya veya kiraya vermeye yönelik menfaatiyle kiracının yaşam alanının üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istememesine yönelik menfaati çatışmaktadır. Şöyle ki satılmak veya başkasına kiraya verilmek istenen taşınmazın internet ortamında sadece kat planlarının veya dış cephe görüntülerinin yayımlanması müstakbel alıcılara veya kiracılara çoğu kez taşınmaz hakkında yeterli fikir vermez. Onların ilgisini asıl çekecek, böylece taşınmazın hızlıca satılmasını veya kiralanmasını sağlayacak ve böylece arada bir boşluk oluşmasını engelleyecek olan husus, taşınmazın iç alanlarının bu kapsamda her bir odasının ayrı ayrı fotoğraflarının çekilerek bunların internette yayımlanmasıdır. Bu açıdan kiraya verenin, taşınmazın görüntülerinin elde edilmesinde ve elde edilen görüntülerin internet ilânında yayımlanmasında bir menfaati vardır. Buna karşılık kiracının da genellikle ailesiyle birlikte yaşadığı,

sadece belirli kişilerin girmesine izin verdiği, belirsiz sayıdaki kişiler tarafından bilinmesini istemediği yaşam alanına üçüncü kişilerin girmemesi, buranın üçüncü kişiler tarafından görüntülenmemesi ve buranın görüntülerinin (kiracının oturma odasının, yatak odasının, mutfağının, banyosunun vs.) internette herkese açık hâle getirilmemesini istemek konusunda haklı bir menfaatinin bulunduğu açıktır. O hâlde bu durumda kira sözleşmesinin tarafları arasındaki sözü edilen menfaat çatışmasının çözülerek taraflar arasındaki menfaat dengesinin en adil biçimde sağlanması önem taşımaktadır.

B. Kiracının Konut Dokunulmazlığı

Kiracının oturduğu taşınmaz, onun genellikle ailesiyle birlikte yaşadığı, yaşamının merkezi hâline getirdiği konutu niteliğindedir. Kiracı bu taşınmazda barınma ihtiyacını karşılamakta; konutunda yani temel yaşam alanında güvenli, rahat ve huzurlu bir yaşam sürdürmektedir. Kiracının konutunda rahat, huzurlu ve güvenli bir yaşam sürdürmesi, onun konutuna hukuka aykırı herhangi bir müdahalede bulunulmamasına yani konut dokunulmazlığının sağlanmasına bağlıdır. Konut dokunulmazlığı önemine binaen anayasal bir ilke olarak güvence altına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 21. maddesi uyarınca "*Kimsenin konutuna dokunulamaz*." Ayrıca konut dokunulmazlığının ihlâli, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK m. 116) açıkça suç olarak sayılmıştır. Böylece kişinin huzurlu, güvenli ve sakin bir ortamda dilediği gibi hareket etme ve yaşama özgürlüğü[1] anayasal ve yasal düzeyde korunmuştur.

Konut dokunulmazlığı sayesinde kiracı kiraladığı konutu, kiraya veren veya üçüncü kişi bir kişi tarafından rahatsız edilmeksizin veya kısıtlanmaksızın kullanabilir. Bu açıdan kiracının kiralanan üzerindeki temel kullanım hakkı, kiralananı kiracıya kullandırmak üzere gönüllü olarak devreden malikin mülkiyet hakkından üstün tutulmuştur. Dolayısıyla kiraya veren, kiracının rızası olmaksızın kiralanana yani kiracının egemenlik alanına giremez.[2] Kiralananın maliki olsun veya olmasın kiraya veren yahut onun tayin ettiği simsar, kiracının rızası olmaksızın kiralanana girerek kiralanana satılıktır veya kiralıktır ilânı asamaz, kiralananın iç alanlarının fotoğraflarını veya videolarını çekemez yani kiralananın iç alanlarını görüntüleyemez.

C. Kiracının Özel Hayatının Gizliliği

Kiracının; kiralanana malik, kiraya veren veya üçüncü kişiler tarafından girilmemesi, buranın başkaları tarafından görüntülenmemesi, buranın görüntülerinin internet ortamında yayımlanmaması konusundaki menfaati kiracının özel hayat ve kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır.

Kişilik hakkı; insanı insan yapan, bireyi birey kılan, kişinin kişiliğini oluşturan korunması gereken maddî ve manevî tüm değerlere ilişkin bir haktır.[3] Kiracının konutunun üçüncü kişiler tarafından görülmesini, bilinmesini istememesi, kişilik hakkı olarak değerlendirilen ve korunan değerlerden biri olan "özel

[1] ARTUK, Mehmet Emin / ALAN AKCAN, Esra: "Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK m. 116)", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan,* Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 2708.
[2] TSCHUDI, Matthias: "Einige Gedanken zur Mitwirkungspflicht des Mieters bei der Mängelbehebung durch den Vermieter", *MietRecht Aktuell*, 4 / 09, s. 118.
[3] SEROZAN, Rona / ENGİN, B. İlkay / ATAMER, Yeşim M.: Serozan Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 458.

hayat" kapsamında korunur. Özel hayat, kişinin toplum içinde ve ancak bir birey olarak yaşamasının ön koşuludur. Zira insan sosyal bir varlık olarak toplumun içinde yaşar; diğer insanlarla birlikte var olur. Fakat toplumsal yaşamda sosyal ilişkilerin uyumlu şekilde düzenlenebilmesi ve her bir kişinin diğer bireylerle eşit olarak bireyselliğini koruyabilmesi için kişinin özel hayatının korunması zorunludur.[4] Bu bakımdan özel hayat, kişinin akrabaları, arkadaşları ve tanıdıkları gibi kendisine görece yakın olan sınırlı bir grup insanla ve fakat sadece onlarla paylaşmak istediği tüm yaşam ifadeleri olarak tanımlanabilir.[5] Kişinin özel hayatına ilişkin bazı olaylar, arkadaş veya tanıdık çevresinden olmayan bazı kişiler tarafından bilinse bile bu olayların daha fazla yayılmaması, kamuya açık hâle getirilmemesi, özel hayatın gizliliği kapsamındadır.[6]

Üçüncü bir kişinin bilgi toplamak maksadıyla özel alana girmesi veya elde ettiği bilgileri kendilerine iletilmesi için belirlenmemiş olan kişilere yayması, özel hayatın gizliliğinin ve dolayısıyla kişiliğin ve kişilik hakkının ihlâli niteliğindedir.[7] Kişinin aile mahremiyetinin ihlâl edilmesi, konut dokunulmazlığına tecavüz edilmesi, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir.[8] Hatta kişinin yalnız kalma hakkını ihlâl eden her türlü müdahale hukuka aykırı olarak nitelendirilebilir.[9]

Kişilik hakkı ve dolayısıyla özel hayatın gizliliği, Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde genel olarak düzenlenmiş ve üçüncü kişilerin ihlâllerine karşı korunmuştur. Özel hayatın gizliliği, Türk Medeni Kanunu'nun dışında önemine binaen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ve Türk Ceza Kanunu'nda (m. 134) [10] da koruma altına alınmış bir temel bir haktır. Anayasamızın 20. maddesi uyarınca "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*." Diğer taraftan özel hayatın gizliliği, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında da güvence altına alınmıştır. Kanun'un amacının düzenlendiği 1. maddesinde Kanun'un amacının kişisel verilerin işlenmesinde başta *özel hayatın gizliliği* olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak olduğu açıkça ifade edilmiştir.

---

[4] BUCHER, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009, s. 104.

[5] BGE 97 II 97 ff., 101.

[6] BUCHER, s. 104.

[7] BUCHER, s. 104.

[8] OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 213.

[9] DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 137.

[10] Özel hayatın gizliliğini ihlal başlığını taşıyan Türk Ceza Kanunu m. 134 uyarınca "*(1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. (2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.*"

İşte kiraya verenin veya onun yetkilendirdiği bir kişinin, fotoğraf veya video çekmek amacıyla kiracının kullanımındaki taşınmaza yani kiracının özel alanına girmesi, kiracının özel alanının görüntülerini çekmesi ve bunları internet ortamında paylaşması, kural olarak kiracının kişilik hakkına saldırı niteliği taşıdığından yasaktır.

D. Kiraya Verenin, Kiracıyı Taşınmazın Görüntülenmesine veya Elde Edilen Görüntülerin İnternet Ortamında Yayınlanmasına Katlanmaya Dava Yoluyla Zorlayamaması

Türk Borçlar Kanunu'nda kiralananın malikinin veya malik olmayan kiraya verenin kiracının rızası olmaksızın kiralanana "dilediği gibi" girebilmesine ve kiralananı incelemesine imkân veren bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu, kiraya verenin de belirli koşullar altında kiralanana girebilmesi imkânını tümüyle ortadan kaldırmamış; kiracıya belirli koşullar altında kiralanana girilmesine katlanma borcu yüklemiştir. Gerçekten de TBK m. 319/I uyarınca kiracı, kiralananın ayıplarının giderilmesine ya da zararların önlenmesine yönelik çalışmalara katlanmakla yükümlüdür. Yine TBK m. 319/II uyarınca, kiracı, bakım, satış ya da sonraki kiralama için zorunlu olduğu ölçüde, kiraya verenin ve onun belirlediği üçüncü kişinin kiralananı gezip görmesine izin vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte TBK m. 319/III uyarınca kiraya veren, çalışmaları ve kiralananın gezilip görüleceğini "uygun bir süre önce" kiracıya bildirmek ve bunların yapıldığı sırada kiracının yararlarını göz önünde tutmak zorundadır.

Görüldüğü üzere belirli koşullar altında kiracıya kiralananın gezilip görülmesine yani kiralanana girilmesine rıza gösterme borcu yükleyen kanun koyucu, kiraya verene bu imkândan yararlanabilmesi için durumu "*uygun bir süre önce*" kiracıya bildirme ve bunların yapıldığı sırada kiracının yararlarını gözetme koşulu getirmiştir.[11] Kiracının kiralananın gezilip görülmesine katlanma borcunu yerine getirmemesi durumunda, kiraya veren, mahkemeden kiralananın gezilip görülmesine izin verilmesine karar verilmesini isteyebilir.[12]

Belirli koşullar altında kiraya verene kiralanana girme yetkisi veren, kiracıya kiraya verenin kiralanana girmesine katlanma borcu yükleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 319. maddesi; kiracıya pazarlamada kullanılmak üzere taşınmazın görüntülenmesine veya elde edilen görüntülerin internet ortamında

[11] Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı (kiraya veren), mahkemeden, davalıya (kiracıya) kiralanan taşınmazın satılıncaya kadar muhtemel alıcılara gösterilmesi konusunda gün ve saat belirlenmesini talep etmiştir. Davalı kiracı vekili, davalının ve eşinin çalışan kişiler olması sebebiyle ancak tatil günlerinde uygun bir süre için izin verilmesi gerektiğini savunmuştur. Yerel mahkeme, kiralananın altı ay süre ile her hafta cumartesi ve çarşamba günleri saat 12-14 arası gösterime hazır bulundurulması gerektiğinin tespitine karar vermiştir. Yargıtaya göre yerel mahkemenin, davalının ve eşinin çalışma şartlarını araştırarak kiracının yararları göz önünde tutarak hakkaniyete uygun olacak şekilde hem süre hem de hazır bulundurma gün ve saatlerini belirlemesi gerekirken bunu yapmaması nedeniyle kararı bozmuştur (Yargıtay 6. HD'nin, 18.06.2015 tarih ve E. 2015 / 6282, K. 2015 / 6125 sayılı kararı).

[12] Yargıtay 6. HD'nin 18.06.2014 tarih ve E. 2013 / 16003, K. 2014 / 8056 sayılı kararı; Yargıtay 6. HD'nin 05.11.2014 tarih ve E. 2014 / 10759, K. 2014 / 11968 sayılı kararı.

yayımlanmasına katlanma borcu yüklememiştir. Bu nedenle hukukumuzda kiracıya kiralananın fotoğraflarını çekerek onları kiraya verene veya onun belirlediği üçüncü bir kişiye teslim etme veya kiralananın iç alanlarının sözü edilen kişiler tarafından fotoğraflarının veya videolarının çekilmesine yahut bunların internet ortamında yayımlanmasına katlanma borcu yükleyen bir kanun hükmü bulunmadığı söylenebilir.

Özel hayatı, temel bir hak olan kişilik hakkı kapsamında korunan kiracı; kiraya verenin veya simsarın kiralananın fotoğraflarının çekilerek kendilerine verilmesine yönelik talebini yerine getirmek yahut kiraya verenin veya simsarın kiralananı görüntülemesine veya elde edilen görüntülerin internet ortamında yayımlanmasına katlanmak zorunda değildir. Dolayısıyla kiraya veren, kiracının kiralananın fotoğraflarını veya videolarını çekerek onların kendisine vermesini dava yoluyla sağlayamaz. Aynı şekilde kiraya veren; kiracıyı, kendisinin veya onun belirlediği üçüncü bir kişinin kiralananın iç alanlarının görüntülerini almasına veya alınan görüntülerin internet ortamında yayımlanmasına rıza göstermeye yahut sözü edilen fiillere katlanmaya dava yoluyla zorlayamaz.

III. KİRACININ KİRAYA VERİLEN TAŞINMAZIN GÖRÜNTÜLERİNİN ELDE EDİLMESİNE VEYA İNTERNET ORTAMINDA YAYIMLAMASINA YÖNELİK RIZASI VE RIZASININ ARANMADIĞI HÂLLER

A. Kiracının Rızası

Kiraya verenin, kiralananın kiracıya teslim edilmesinden sonra fakat onun tarafından geri verilmesinden önce, kiralananın iç alanlarını görüntülemesi veya bunları kiralananı pazarlamak amacıyla olsa bile internet ortamında yayımlaması, belirtildiği üzere kiracının özel hayatına müdahale niteliğindedir ve kural olarak hukuka aykırıdır.[13]

Kiraya veren ancak kiracının rızasını alarak kiralananın iç alanlarını görüntüleyebilir ve bunları internet ortamında yayımlayabilir. Zira Türk Medeni Kanunu m. 24/II'de kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, kişilik hakkına yapılan müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran ve müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren bir neden olarak sayılmıştır. Bu nedenle kiraya verenin veya onun belirlediği simsarın kiralananın iç alanlarının görüntülerini kiracının rızasıyla elde etmesi, bu kapsamda örneğin kiracının kendi rızasıyla kiralananın iç alanlarını görüntüleyerek kiraya verene teslim etmesi veya kiralananın iç alanlarını görüntüleyebilmesi için kiraya verene veya onun belirlediği kişiye izin vermesi, verilen izin dâhilinde kiralananın iç alanlarının görüntülerinin elde edilmesini hukuka uygun hâle getirir. Yine kiracının rızasıyla kiraya verenin veya onun belirlediği simsarın kiralananın iç alanlarının görüntülerini üçüncü kişilerle paylaşması, bu kapsamda kiralananı pazarlamak amacıyla internet ortamında yayımlaması da hukuka uygundur.

Kiralananın iç alanlarının görüntülerinin "elde edilmesine" yönelik rıza ile elde edilen görüntülerin internet ortamında "yayımlanmasına" yönelik rıza birbirinden farklıdır. Bu kapsamda eğer kiracı rızasını sadece kiralananın iç alanlarının görüntülerinin elde edilmesine yönelik olarak açıklamış ancak söz

[13] SIEGMUND, Astird / BÖRSTINGHAUS, Ulf: Blank / Börstinghaus / Siegmund, Miete, Das gesamte BGB -Mietrecht Kommentar, 7. Auflage, Verlag C.H.BECK, München 2023, BGB § 535 Rn. 291.

konusu görüntülerin internet ortamında yayımlanmasına yönelik olarak açıklamamışsa kiraya verenin veya simsarın elde edilen görüntüleri internet ortamında yayımlaması hukuka aykırıdır. Meğerki kiracının elde edilen görüntülerin internet ortamında yayımlanmasına ilişkin zımnî rızası olsun. Buna karşılık kiracının rızasını hem görüntülerin elde edilmesine hem de internet ortamında yayımlanmasına yönelik olarak açıkladığı hâllerde kiraya verenin veya simsarın her iki işlemi de gerçekleştirmesi hukuka uygundur.

Kiraya veren, kiracının rızasının bulunduğu her hâlde verilen rızanın sınırları dâhilinde ve amaca uygun olarak hareket etmelidir. Gerçekten de kiraya verenin, kiracının rızasının sınırlarını aşarak veya davranışını amacından saptırarak hareket etmesi gerçekleştirilen fiili hukuka aykırı hâle getirir. Örneğin kiracı, kiraya verenin kiralananın iç alanlarını görüntüleyebilmesi için konutuna girmesine izin vermişse fakat kiraya veren fırsattan istifade kiracının çekmecelerini karıştırmış, bulduğu özel notları okumuşsa veya kiracının gardırobunu açıp onun kıyafetlerinin görüntülerini almışsa kiraya verenin davranışının hukuka uygun olmasından söz edilemez. Kiraya veren, kiralananın iç alanlarının görüntülerini elde ederken sadece yayımlanacak ilânda kullanılması yararlı olacak olan alanları görüntülemeli ve bunu yaparken kiracının özel hayatına saygı göstermelidir. Mesela kiraya veren, kiracının kendisini veya aile bireylerini, onların şahsî eşyasını (örneğin onların hangi inanca mensup olduğunu gösteren nesneyi, çerçeveli veya duvara asılı fotoğrafları) görüntülememeli yahut bunlar mecburen görüntülenmişse bunları internet ortamında yayımlamamalı veya bulanıklaştırıp tanınmayacak hâle getirdikten sonra yayımlamalıdır. Kiracı, kiralananın iç alanlarına ilişkin görüntülerin sadece belirli kimselere gösterilmesi konusunda rıza göstermişse kiraya veren, elde edilen görüntüleri belirsiz sayıdaki kişilere göstermemeli ve bu kapsamda internet ortamında herkesin erişebileceği şekilde yayımlamamalıdır. Yine kiraya veren, kiralananın iç alanlarının görüntülerini yayımlarken kiralananın satılması veya yeniden kiralanması amacına uygun olarak hareket etmelidir. Bu kapsamda kiraya veren, kiracının dağınıklığını, kiralananı hor kullandığını vs. başkalarına göstermek, onu ifşa etmek, kiracının şeref ve haysiyetini sarsmak, onu sosyal çevresinde küçük düşürmek gibi amaçlarla hareket etmemelidir. Aksi hâlde kiraya verenin davranışı, kiracının kişilik hakkına saldırı olarak değerlendirilir.

Kiracının, kiralananın görüntülerinin alınmasına veya internet ortamında yayımlanmasına ilişkin rızasını açıklamadan önce bu konuda bilgilendirilmesi gerekir. Zira kiracının özel hayatının gizliliğinden vazgeçmesine ilişkin açıkladığı rızasının bilinçli olarak ve onun serbest iradesiyle verilmiş olması lazımdır.[14] Kiralananın görüntülerinin hangi amaçla elde edilmek istendiğini veya hangi amaçla internet ortamında yayımlanmak istendiğini bilmeyen kiracının buna ilişkin iradesini bilinçli olarak açıklayabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla kiraya verenin veya onun belirlediği üçüncü kişinin, kiraya verilen taşınmazın görüntülerinin taşınmazın başkasına satılması veya kiralanması amacıyla elde edilmek veya internet ortamında yayımlanmak istendiği konusunda kiracıyı bilgilendirmesi gerekir. Söz konusu bilgilendirme şekle bağlı değildir.

[14] OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 235.

Kiracının, kiralananın görüntülerinin alınmasına veya internet ortamında yayımlanmasına ilişkin rızasını açıklaması da herhangi bir şekle bağlı değildir. Hatta kiracının rızası, durumun koşullarından örtülü olarak çıkartılabilir. Bu durumda zımnî rızadan söz edilir. Örneğin kiraya veren; kiracıyı kiralananı başkasına kiralamak veya satmak amacıyla görüntülemek ve internet ortamında yayımlamak istediği konusunda bilgilendirdikten sonra kiracı, herhangi bir şey söylemeden kiralananın fotoğraflarının çekilmesi için kiraya verene evin odalarını gezdirmişse kiracının kiralananın fotoğraflarının çekilmesine ve onların internet ortamında yayımlanmasına zımnî olarak rıza gösterdiği sonucu çıkartılabilir. Bununla birlikte kiracının söz konusu eylemlerin yapılmasına rıza gösterdiğini iddia eden kiraya veren, iddiasını ispat yükü altındadır (TMK m. 6).

Kiracının kiralananın iç alanlarının görüntülenmesine veya görüntülerin internet ortamında yayımlanmasına ilişkin rızası ahlâka aykırı olamaz.[15] Örneğin kiracı kendi haysiyetini zedeleyen unsurları içeren fotoğrafların internet ortamında yayımlanmasına rıza gösteremez.

B. Kiracının Rızasının Aranmadığı Hâller

1. Taşınmazın Dış Alanlarının Görüntülenmesi

Kiraya verenin veya onun belirlediği simsarın evin "dış alanlarının" fotoğraflarını çekmesi ve çekilen fotoğrafları internet ortamında yayımlaması, kiracının rızası olmasa bile kural olarak kiracının konut dokunulmazlığını veya özel hayatının gizliliğini ihlâl etmez. Zira binanın dışı kamusal alana dâhil olup kiracının özel veya gizlilik alanına dâhil değildir. Zaten günümüzde çeşitli haritalama şirketleri tarafından görüntülenen sokaklar ve bu kapsamda binaların dış alanları, internet ortamında herkes tarafından görüntülenebilecek şekilde yayımlanmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar satılması veya başkasına kiralanması planlanan taşınmazın ilânını pek ilgi çekici hâle getirmese bile sadece müstakbel alıcılara veya kiracılara bir fikir vermesi açısından binanın dış alanlarının görüntülenerek elde edilen görüntülerin internet ortamında yayımlanması kural olarak hukuka uygundur. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu durumda dahi kiracının özel yaşamının gizliliğinin ihlâl edilmemesine özen gösterilmelidir. Bu bağlamda alınan ve yayımlanan görüntülerde kiracının yüzü, aracının plakası gibi onun tanınmasını sağlayabilecek emarelere yer verilmemeli; kiralananın görüntüleri sadece kiralananın başkasına satılması veya kiraya verilmesi amacıyla yayımlanmalıdır. Aksi hâlde söz konusu görüntülerin internet ortamında yayımlanması, kiracının kişilik hakkını ihlâl edebilir.

2. Kiracının Kiralananı Teslim Almasından Önce Elde Edilen Görüntülerin Yayımlanması

Kiraya veren veya onun belirlediği simsar; kiralananın, kiracının henüz onu teslim almasından önce elde edilen iç alan görüntülerini, kiracının kiralanana taşınmasından sonra da kullanabilir, bunları internet ortamında yayımlayabilir. Zira kiralananın, kiracının kiralanana taşınmasından önce çekilen fotoğrafları veya videoları, kiracının özel hayat alanına dâhil değildir. Dolayısıyla kiracının, kendisinin kiralanana

[15] OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 236.

taşınmasından önce alınan görüntülerin internette yayımlanmasına karşı çıkmasında hukuken korunmaya değer bir menfaati yoktur.

Kiralananın hâlihazırdaki kiracıya eşyalı veya eşyasız olarak kiralanmış olmasının, kiraya verenin kiralananın henüz taşınmadığı kiralananın görüntülerini yayımlamasının hukuka uygunluğu üzerinde bir etkisi yoktur. Önemli olan, söz konusu görüntülerin kiracının kiralananı kullanmaya yarayan araçları (anahtar, kart vs.) teslim almasından önce çekilmiş olmasıdır. Kiracının kiralananı kullanmaya yarayan araçları teslim almasından itibaren ise onun rızası olmaksızın kiralanana girilmesi veya kiralananın iç alanlarının görüntülenerek bunların internet ortamında yayımlanması hukuka aykırıdır. Kiracının kiralananda fiilen yaşamaya başlayıp başlamaması bu bakımdan bir önem taşımaz. Fakat kiracının kiralananda yaşamaya başlamasından önce; bu kapsamda kiralanana herhangi bir eşyasını koymamış olmasına rağmen kiraya verenin kiralananın fotoğraflarını çekerek bunları alıcı veya yeni bir kiracı bulmak amacıyla internet ortamında yayımlamasına rıza göstermemesi, hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/II) olarak değerlendirilebilir.

3. Kiraya Verilen Taşınmazdaki Ayıpların Belirlenmesi veya Zararın Önlenmesi Amacıyla Görüntü Alınması

Kiraya verenin, kiracının kiralananı henüz boşaltmasından önce kiralananın iç alanlarının görüntülerini elde etmesi, kiracının ayıpların giderilmesine ve zararların önlenmesine katlanma borcu kapsamında mümkündür. Zira TBK m. 319/I uyarınca "Kiracı, kiralananın ayıplarının giderilmesine ya da zararların önlenmesine yönelik çalışmalara katlanmakla yükümlüdür." Dolayısıyla kiraya veren, kiracının bildirdiği veya kendisinin başka bir şekilde haberdar olduğu ayıpların görüntülerinin elde edilmesi amacıyla TBK m. 319 kapsamında kiralanana girebilir ve kiralanandaki ayıpların belirlenmesine veya zararların önlenmesine yönelik olarak görüntü alabilir.[16] Örneğin ayıpların giderilmesi kapsamında kiraya veren, kiracının rutubetli olduğunu belirttiği duvarın onarılması veya zararın önlenmesi kapsamında üst kattan daireye sızan suyun oluşturduğu tavandaki izlerin fotoğraflarını çekebilir.

Kiraya verenin, kiracıdan kiralananın ayıplarının giderilmesine ya da zararların önlenmesine yönelik çalışmalar kapsamında kiralananın iç alanlarının görüntülenmesine katlanmasını istemesine rağmen kiracının söz konusu borcunu yerine getirmekten kaçınması durumunda kiraya veren onu dava yoluyla borcunu yerine getirmeye zorlayabilir.

Kiracının ayıpların giderilmesine ve zararların önlenmesine katlanma borcu kapsamında kiralananın görüntülenmesi, sadece ayıpların giderilmesi ve zararların önlenmesi amacıyla sınırlı ve bu amaca uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla kiraya veren, kiralananı görüntülerken sadece ayıplı veya zarar doğurabilecek olan kısımları veya alanları görüntüleyebilir. Kiraya veren bunu yaparken dahi kiracının özel hayatına müdahale etmemeye özen göstermelidir. Bu kapsamda, örneğin rutubetli alanın fotoğrafı çekilecekse ve onun önünde kiracının kişisel bir eşyası varsa önce söz konusu kişisel eşyanın

[16] GIGER, Hans, in: Berner Kommentar, Art. 256 - 259i OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, Stämpfli Verlag, Bern 2015, Art. 257h N 36.

yeri değiştirilmeli sonra rutubetli alanın fotoğrafı çekilmelidir. Ayrıca ayıpların giderilmesi veya zararın önlenmesi kapsamında elde edilen görüntüler sadece kiralananındaki ayıpların giderilmesi veya zararın önlenmesi amacıyla kullanılabilir. Dolayısıyla kiraya verenin elde edilen görüntüleri, kiracının rızası olmaksızın başka amaçlarla kullanması, kiracının kişilik hakkına saldırı niteliği taşıyabilir.

Kiraya verenin, kiracının konutuna onun rızasıyla girdiği durumlarda, bu kapsamda örneğin kiraya verenin bakım, satış ya da sonraki kiralama için kiralananı gezdirmek veya kira bedelini teslim almak üzere kiralanana girmesi hâlinde, kiralanana zarar verildiğini fark eden kiraya veren, verilen zararların ispatında kullanılmak üzere kiralananın iç alanlarının fotoğrafını çekebilir. Ancak böyle bir durumda kiraya veren "sadece zarar verilen yerlerin (alanların) veya eşyanın görüntülerini" elde etmeli, bunu yaparken de yine kiracının özel yaşamına müdahale etmemeye özen göstermelidir. Kiraya veren bu vesileyle elde ettiği görüntüleri sadece ispat amacına yönelik olarak kullanabilir. Yoksa elde edilen görüntüleri, kiralananın pazarlanması amacıyla veya başka bir amaçla kullanamaz. Diğer taraftan kiracının konutuna onun rızasıyla giren kiraya verenin zararları belgelemek amacıyla görüntü aldığı sırada, kiracı, özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiği gerekçesiyle görüntü alınmaması konusunda ısrar ederse artık kiraya verenin görüntü almayı durdurması ve dilerse HMK m. 400 ve devamı uyarınca delil tespiti yapılması için mahkemeye başvurması daha isabetli olur.

IV. KİRAYA VERENİN KİRALANANIN İÇ ALANLARINI HUKUKA AYKIRI OLARAK GÖRÜNTÜLEMESİNİN VEYA BUNLARI İNTERNET ORTAMINDA YAYIMLAMASININ SONUÇLARI

A. Kiracının Kişilik Hakkının Korunması Kapsamındaki Başvuru Yolları

Kiraya verenin veya onun belirlediği kişilerin kiralananın kiracıya teslim edilmesinden sonra fakat kiracı tarafından geri verilmesinden önce kiracının rızası olmaksızın kiralananın iç alanlarını görüntülemesi veya bunları internet ortamında yayımlaması, kiracının kişilik hakkını ihlâl eder. Kişilik hakkı ihlâl edilen kiracı, TMK m. 24/I uyarınca hâkimden, kişilik hakkına saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kiracı, kiraya verene veya kişilik hakkına saldırıda bulunan diğer kişilere karşı TMK m. 25'te düzenlenen davaları açabilir. Bu kapsamda kiracı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespit edilmesini isteyebilir. Kiracı bunlarla birlikte kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. Kiracı ayrıca diğer koşulları da varsa maddî ve manevî tazminat istemlerinde bulunabilir.

Kiracı kişilik hakkına saldırıda bulunan kiraya verene veya diğer bir kişiye karşı haklı savunmada bulunabilir. Kişilik hakkına saldırılan kiracı haklı savunmada bulunursa Türk Borçlar Kanunu m. 64/I uyarınca saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kiraya veren, kiracının rızası olmaksızın çekilen fotoğrafları yani kiracının kişilik hakkını ihlâl ederek elde ettiği delilleri ispat aracı olarak kullanamaz. Zira özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı veya kişilik

hakkı ihlâl edilmek suretiyle elde edilen deliller hukuka aykırı yollardan sağlandıkları için mahkemeye ispat aracı olarak sunulamaz; sunulmuşlarsa mahkemece esas alınıp hükme dayanak yapılamaz.[17]

B. Kiracının Kiraya Verenin Ayıptan Doğan Sorumluluğu Kapsamındaki Başvuru Yolları

Kiracı, rızası olmaksızın veya Kanun'un tanıdığı yetkiye aykırı olarak kiralanana giren, kiralananın iç alanlarını görüntüleyen veya elde ettiği görüntüleri internet ortamında yayımlayan kiraya verene karşı, onun ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere (TBK m. 304 vd.) başvurabilir. Şöyle ki kiraya veren, TBK m. 301 gereğince, kiralananı "sözleşme süresince" sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda bulundurmakla yükümlüdür. Kiraya verenin bu borcu, onun ayıptan sorumluluğunu da içerir.[18] Kira sözleşmesinde kiraya verenin kiralananı sözleşme süresince sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bulundurma borcu, kiracıya kiralananı sürekli olarak ve rahatsız edilmeksizin kullanma hakkı verir.[19] Kiracının kiralananı sözleşmeye uygun olarak kullanmasını aksatan, bu bağlamda onun kiralananı rahatsız edilmeden kullanabilmesini engelleyen hususlar kira sözleşmesinde ayıp olarak değerlendirilir.[20] Kiraya veren; TBK m. 304 ve devamı hükümleri uyarınca kiralananın sözleşmeye uygun olarak kullanımını aksatan maddî, hukukî ve ekonomik ayıplardan sorumlu olduğu gibi kiracının kiralananı sözleşmede amaçlandığı biçimde kullanabilmesini manevî olarak güçleştiren rahatsız edici durumlardan yani manevî ayıplardan da sorumludur.[21] Söz konusu rahatsız edici durum, kiraya verenin kendisinden kaynaklanabileceği gibi üçüncü bir kişinin davranışından da kaynaklanabilir.[22]

Kiraya verenin veya üçüncü bir kişinin, kiralananın kiracıya teslim edilmesinden sonra kiralanana kiracının rızası olmaksızın veya Kanun'un verdiği yetkiye aykırı olarak girmesi[23], kiralananın iç alanlarını görüntülemesi veya elde ettiği görüntüleri internet ortamında yayımlaması manevî ayıp niteliğindedir. Hâl böyle olunca kiracı, kendisinin rızası olmaksızın veya Kanun'un tanıdığı yetkiye aykırı olarak kiralanana giren, kiralananın iç alanlarını görüntüleyen veya elde ettiği görüntüleri internet ortamında

---

[17] TANRIVER, Süha: "Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 65, 2006, s. 373.

[18] TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I / 2, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, 3. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1985, s. 110.

[19] REUDT, Daniel, in: Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft - SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf 2018, Art. 257h N 1.

[20] HIGI, Peter / WILDISEN, Christoph, in: Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf 2019, Art. 258 / A. - B. N 34.

[21] ÖZDEMİR, Hayrunnisa / KÜÇÜKÇAPRAZ, Serhat: "Kiraya Verenin Ayıptan Doğan Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 2021, Sayı 47, s. 91; AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 399.

[22] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 330; HIGI / WILDISEN, ZK, Art. 258 / A. - B. N 34; TSCHUDI, SVIT Kommentar, Vor. zu Art. 258–259i N 58.

[23] İNCEOĞLU, M. Murat, Kira Hukuku, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 131; TANDOĞAN, s. 112; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 400.

yayımlayan kiraya verene karşı ayıptan doğan sorumluluk hükümlerini (TBK m. 305 vd.) işletebilir. Bu kapsamda kiracı TBK m. 305/I gereğince kiraya verenden ayıpların giderilmesini (örneğin rızasına aykırı olarak alınan görüntülerin yok edilmesini, internet ortamından kaldırılmasını) veya kira bedelinden "ayıpla orantılı" bir indirim yapılmasını, varsa uğramış olduğu zararının giderilmesini isteyebilir. TBK m. 305/II uyarınca önemli ayıp durumunda kiracının sözleşmeyi fesih hakkı saklıdır.[24] Bu kapsamda örneğin kiraya verenin kiralananın iç alanlarının görüntülerini internet ortamında yayımlaması nedeniyle kiracının evine hırsız dadanmışa artık sözleşme kendisi için çekilmez hâle gelen kiracının kira sözleşmesini haklı feshinden söz edilebilir.

C. Kiracının Zilyetliğine Yapılan Müdahale Nedeniyle Sahip Olduğu Başvuru Yolları

Kiracı, kiralananın zilyedi olarak gerek kiraya verenin gerek üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korunmuştur. Şöyle ki TMK m. 974 gereğince kiralanana malik sıfatıyla zilyet olan kiraya veren aslî zilyet; kiralananı kişisel hak niteliğindeki kiracılık hakkına dayanarak teslim alan kiracı ise fer'î zilyettir. Ayrıca TMK m. 975 gereğince kiralananda fiilî hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kiracı dolaysız zilyet; kiracı aracılığıyla sürdüren kiraya veren ise dolaylı zilyettir.

Kiralanan üzerinde fer'î ve dolaysız zilyet olan kiracı, TMK m. 981/I uyarınca her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. Dolayısıyla örneğin kiralanana kiracının rızası olmaksızın veya Kanun'a aykırı olarak girilerek kiralananın fotoğraflarının çekilmek istenmesi durumunda kiracı, kiralanan üzerindeki zilyetliğine dayanarak kuvvet kullanabilir. Örneğin kiracı, evine rızası dışında girmeye çalışan taşınmaz simsarını iterek onun eve girmesini engelleyebilir. TMK m. 983/I gereğince, zilyetliği saldırıya uğrayan kiracı, saldırıda bulunan kişi şey üzerinde bir hak iddia etse bile ona karşı dava açabilir. TMK m. 983/II uyarınca açılacak olan dava, saldırının sona erdirilmesine, sebebinin önlenmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur. Dolayısıyla kiralananın fer'î zilyedi olan kiracı, aslî zilyedi olan kiraya verene veya saldırıda bulunan diğer kişilere (örneğin taşınmaz simsarına) karşı zilyetliğe saldırı hâlinde açılabilecek olan davaları açabilir. Bu kapsamda örneğin kiracı, daha önce kiralanana girerek kiralananın fotoğraflarını çekmeye çalışan ancak bu konuda başarılı olamayan kiraya verene karşı, ileride gerçekleşmesi olası yeni "saldırının önlenmesi" amacıyla dava açabilir. Ayrıca kiracı, kusurlu kiraya verenden uğramış olduğu zararının giderilmesini isteyebilir.

V. ALMAN HUKUK UYGULAMASINDAN ÖRNEKLER

Alman hukuk uygulamasında kiraya verenin veya onun belirlediği üçüncü bir kişinin kiralananın iç alanlarını görüntülemesinin ve bunları internet ortamında yayımlamasının kiracının özel hayatına müdahale niteliğinde olduğunu ve bu fiillerin ancak kiracının rızasıyla gerçekleştirebileceğini kabul eden çeşitli mahkeme kararları bulunmaktadır.

[24] Öğretide *GÜMÜŞ*, tereddüt hâlinde manevî ayıpların önemli ayıp sayılması gerektiğini belirtmektedir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299 – 356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 113.

2009 yılında Frankenthal (Pfalz) Eyalet Mahkemesinin önüne gelen bir olayda davacı kiraya veren, davalı kiracının hâlihazırda oturmakta olduğu kiralananın fotoğraflarının çekilmesini ve çekilen fotoğrafların kiracının kontrol edemeyeceği belirsiz sayıdaki üçüncü kişilerin erişimine açık hâle getirilmesini mahkemeden istemiştir. Mahkeme, bunun davalı kiracının temel hak olarak korunan özel hayatının önemli biçimde ihlâli niteliğinde olacağını belirterek davalı kiracının bunu yerine getirmek zorunda olmadığına karar vermiştir.[25]

2014 yılında Steinfurt Yerel Mahkemesinin önüne gelen bir olayda davalı kiracı; maliki olduğu kiralananı satmak niyetinde olan davacı kiraya verenin veya müstakbel alıcıların kiralananın iç alanlarının fotoğraflarını çekmesine rıza göstermemiştir. Davacı kiraya veren, davalı kiracının, maliki olduğu dairenin iç alanlarının fotoğraflanmasına katlanması gerektiğini zira bu fotoğrafların taşınmazın teşhir edilmesinde ve taşınmaza ilişkin ilânların internet ortamında yayımlanmasında kullanılacağını, günümüzde fotoğrafları olmaksızın bir taşınmazın satılmasının mümkün olmadığını iddia etmiştir. Bu kapsamda, davacı kiraya veren, mahkemeden, kendisinin veya kendisinin belirleyeceği üçüncü kişilerin kiralananın iç alanlarının fotoğraflarını çekmesine izin verilmesini ve davalının buna katlanmasına karar verilmesini talep etmiştir. Buna karşılık, davalı kiracı, kiralananın iç alanlarının fotoğraflarının çekilmesinin onun özel hayatının ihlâli niteliğinde olduğunu belirterek bunun kabul edilemez olduğu yönünde savunma yapmıştır. Mahkeme, davacı kiraya verenin, davalı kiracıdan kiralananın iç alanlarının fotoğraflarının çekilmesine katlanılmasını isteme hakkının bulunmadığını; kiralananın iç alanlarının fotoğraflarının çekilmesinin ve yayımlanmasının davacının konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği temel haklarına müdahale niteliğinde olduğunu, davacının, taşınmazı, iç alanlarının fotoğrafları olmaksızın da satmasının mümkün olduğunu, kiracının kiralananın iç alanlarının fotoğraflarının çekilmesine rıza göstermemesinin borcun ihlâli niteliğinde olmadığını, somut olayda tarafların menfaatleri karşılaştırıldığında kiracının özel hayatının gizliliğinin üstün tutulması gerektiğini zira malikin mülkiyet hakkının sadece çok sınırlı olarak etkilendiğini belirterek davacının bu yöndeki talebini reddetmiştir.[26]

Frankfurt / Main Yerel Mahkemesi, 1998 yılında verdiği bir kararda kiracının, kiraya verenin belirlediği üçüncü kişinin önceden belirlenen günde kiralananı gezdiği sırada, kiralananın iç alanlarının izinsiz görüntülendiğini fark ederek "haklı savunma" kapsamında kamerayı onun elinden alarak fotoğraf çekilmesini engellediği bir olayda kiracıyı haklı bulmuştur.[27]

Düsseldorf Yerel Mahkemesi 1998 yılında verdiği bir kararda kiraya verenin, kiracının kiralananı kira sözleşmesinde kararlaştırılandan başka bir amaçla kullandığını ispatlamak amacıyla kiralananın kiracının rızasını almaksızın elde ettiği iç alan görüntülerini ispat aracı olarak kullanamayacağını zira kiralananın kiracının rızasını alınmaksızın elde edilen görüntülerin, kiracının özel hayatının gizliliğini ve

[25] Landgericht Frankenthal (Pfalz), 30.09.2009 - 2 S 218 / 09.

[26] Amtsgericht Steinfurt (Zivilabteilung), Teilurteil vom 10.04.2014 - 21 C 987 / 13.

[27] Amtsgericht Frankfurt / Main, 16.01.1998 - 33 C 2515 / 97 – 67.

dolayısıyla kişilik hakkını ihlâl ettiğinden hukuka aykırı yollardan elde edilen delil kapsamında değerlendirileceğini kabul etmiştir.[28]

SONUÇ

Hukukumuzda kiracıya kiralananın fotoğraflarını veya videolarını çekerek onları kiraya verene veya onun yetkilendirdiği üçüncü bir kişiye teslim etme, kiralananın iç alanlarının sözü edilen kişiler tarafından fotoğraflarının veya videolarının çekilmesine veya elde edilen görüntülerin internet ortamında yayımlanmasına katlanma borcu yükleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Her ne kadar kiraya verenin kiralananın iç alanlarının fotoğraflarını elde ederek ve bunları internet ortamında yayımlayarak taşınmazın daha hızlı satılmasını yahut sonraki kira sözleşmesine konu edilmesini sağlama konusunda bir menfaati bulunsa da kiracının da kiralananın iç alanlarının fotoğraflarının elde edilmemesi ve yaşam alanının üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesi konusunda haklı bir menfaati bulunmaktadır. Bu nedenle kiracı; kiraya verenin veya simsarın kiralananın fotoğraflarının çekilerek kendilerine verilmesine yönelik talebini yerine getirmek zorunda değildir. Sözü edilen kişilerden gelen bu yöndeki bir isteği geri çeviren kiracı dava yoluyla istenileni yerine getirmeye zorlanamaz.

Kiraya veren ancak kiracının rızasıyla kiralananın iç alanlarının görüntülerini elde edebilir ve bunları internet ortamında yayımlayabilir. Bu nedenle kiraya verenin veya onun belirlediği simsarın kiralananın iç alanlarının görüntülerini kiracının rızasıyla elde etmesi, bu kapsamda örneğin kiracının kendi rızasıyla kiralananın iç alanlarının fotoğraflarını çekerek onları kiraya verene teslim etmesi veya kiralananın iç alanlarının görüntülenebilmesi için kiraya verene veya onun belirlediği kişiye izin vermesi, verilen izin dâhilinde kiralananın iç alanlarının görüntülerinin elde edilmesini hukuka uygun hâle getirir. Yine kiracının rızasıyla kiraya verenin veya onun belirlediği simsarın kiralananın iç alanlarının görüntülerini üçüncü kişilerle paylaşması, bu kapsamda kiralananı pazarlamak amacıyla internet ortamında yayımlaması hukuka uygundur.

Kiracının konutunun üçüncü kişiler tarafından görülmesini, bilinmesini istememesi, kişilik hakkı olarak değerlendirilen ve korunan değerlerden biri olan özel hayatla ilgilidir. Üçüncü bir kişinin bilgi toplamak maksadıyla özel alana girmesi veya elde ettiği bilgileri kendilerine iletilmesi için belirlenmemiş olan kişilere yayması özel hayatın gizliliğinin ve dolayısıyla kişiliğin ve kişilik hakkının ihlâli niteliğindedir. Kiraya verenin, kiracının rızası olmaksızın fotoğraf veya video çekmek amacıyla kiralanana girmesi, kiraya verenin kiracının rızası olmaksızın kiralananın iç alanlarının görüntülerini elde etmesi, kiracının kullanımındaki kiralananın iç alanlarına ait görüntülerini alıcı veya yeni kiracı bulmak üzere ilân vermek amacıyla dahi olsa internet ortamında yayımlaması, kiracının özel hayatının gizliliğinin ve dolayısıyla kişilik hakkının ihlâli niteliğindedir.

Kişilik hakkı ihlâl edilen kiracı hâkimden, kişilik hakkına saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kiracı, kiraya verene veya kişilik hakkına saldırıda bulunan diğer kişilere karşı TMK m. 25'te düzenlenen davaları açabilir. Bu kapsamda kiracı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte

[28] Amtsgericht Düsseldorf, 24. 6. 1998 - 25 C 4068–98.

olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespit edilmesini isteyebilir. Kiracı bunlarla birlikte kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. Kiracı ayrıca koşulları varsa maddî ve manevî tazminat istemlerinde bulunabilir.

Kiracı kişilik hakkına saldırıda bulunan kiraya verene veya diğer bir kişilere karşı haklı savunmada bulunabilir. Kişilik hakkına saldırılan kiracı, haklı savunmada bulunursa saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kiraya veren, kiracının rızası olmaksızın çekilen fotoğrafları yani kiracının kişilik hakkını ihlâl ederek elde ettiği delilleri ispat aracı olarak kullanamaz. Zira özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı veya kişilik hakkı ihlâl edilmek suretiyle elde edilen deliller, hukuka aykırı yollardan sağlandıkları için mahkemeye ispat aracı olarak sunulamazlar; sunulmuşlarsa mahkemece esas alınıp hükme dayanak yapılamazlar.

Kiracı, kendisinin rızası olmaksızın veya Kanun'un verdiği yetkiye aykırı olarak kiralanana giren, kiralananın iç alanlarını görüntüleyen ve elde ettiği görüntüleri internet ortamında yayımlayan kiraya verene karşı, onun ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere (TBK m. 304 vd.) de başvurabilir. Bu kapsamda kiracı TBK m. 305/I gereğince kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını, varsa uğramış olduğu zararının giderilmesini isteyebilir. TBK m. 305/II uyarınca önemli ayıp durumunda kiracının sözleşmeyi fesih hakkı saklıdır.

Kiralanan üzerinde fer'î ve dolaysız zilyet olan kiracı, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. Dolayısıyla kiralanana kiracının rızası olmaksızın veya Kanun'a aykırı olarak girilerek kiralananın fotoğraflarının çekilmek istenmesi durumunda kiracı, kiralanan üzerindeki zilyetliğine dayanarak kuvvet kullanabilir. Zilyetliği saldırıya uğrayan kiracı, kiraya veren dâhil zilyetliğine saldırıda bulunanlara karşı özellikle saldırının önlenmesi davası açabilir.

Kaynakça

ARTUK, Mehmet Emin / ALAN AKCAN, Esra: "Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK m. 116)", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan,* Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 2703 – 2728.

AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

BUCHER, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

GIGER, Hans, in: Berner Kommentar, Art. 256 - 259i OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, Stämpfli Verlag, Bern 2015.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299 – 356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

HIGI, Peter / WILDISEN, Christoph, in: Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf 2019.

İNCEOĞLU, M. Murat, Kira Hukuku, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa / KÜÇÜKÇAPRAZ, Serhat: "Kiraya Verenin Ayıptan Doğan Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 2021, Sayı 47, s. 85 – 118.

REUDT, Daniel, in: Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft - SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf 2018.

SEROZAN, Rona / ENGİN, B. İlkay / ATAMER, Yeşim M.: Serozan Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

SIEGMUND, Astird / BÖRSTINGHAUS, Ulf: Blank / Börstinghaus / Siegmund, Miete, Das gesamte BGB - Mietrecht Kommentar, 7. Auflage, Verlag C.H.BECK, München 2023.

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I / 2, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, 3. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1985.

TANRIVER, Süha: "Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 65, 2006, s. 368 – 377.

TSCHUDI, Matthias: "Einige Gedanken zur Mitwirkungspflicht des Mieters bei der Mängelbehebung durch den Vermieter", *MietRecht Aktuell*, 4 / 09, s. 117 – 122.

Amtsgericht Düsseldorf, 24. 6. 1998 - 25 C 4068 – 98.

Amtsgericht Frankfurt / Main, 16.01.1998 - 33 C 2515 / 97 – 67.

Amtsgericht Steinfurt (Zivilabteilung), Teilurteil vom 10.04.2014 - 21 C 987 / 13.

BGE 97 II 97 ff.

Landgericht Frankenthal (Pfalz), 30.09.2009 - 2 S 218 / 09.

Yargıtay 6. HD'nin 05.11.2014 tarih ve E. 2014 / 10759, K. 2014 / 11968 sayılı kararı.

Yargıtay 6. HD'nin 18.06.2014 tarih ve E. 2013 / 16003, K. 2014 / 8056 sayılı kararı.

Yargıtay 6. HD'nin, 18.06.2015 tarih ve E. 2015 / 6282, K. 2015 / 6125 sayılı kararı.

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheide
E.	Esas
ff.	die folgenden
HD	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	Karar
m.	madde
N.	Nummer
OR	Obligationenrecht
Rn.	Randnummer
s.	sayfa
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medenî Kanunu
vd.	ve devamı
Vor.	Vorbemerkungen
vs.	vesaire
ZK	Zürcher Kommentar

KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKA AYKIRI OLARAK İŞLENMESİ DURUMUNDA AÇILACAK TAZMİNAT DAVALARI

Doç. Dr. Aziz Serkan Arslan*

ÖZET

Ülkemizde ve dünya'da her geçen gün önemi artan kişisel verilen ihlali sorunu, kanun koyucuların bu konuda düzenlemeler yapmasını ve hukuk tarafından koruma altına alınmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Kişisel verilerine hukuka aykırı şekilde saldırıda bulunulan ilgili kişi, kişisel verilerinin KVKK'ya aykırı olarak işlenmesi neticesinde zarara uğrarsa, KVKK m. 11/1-ğ bendi kapsamında zararının giderilmesini talep etme hakkına sahiptir. Aynı zamanda Kanun'un 14. maddesinin 3. fıkrasında hukuka aykırı işleme faaliyeti sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilenlerin genel hükümlere göre tazminat haklarının saklı olduğu düzenlenmiştir. İşbu çalışmada zarara uğrayan ilgilinin açabileceği tazminat davasına ilişkin usuli hükümler ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Haksız Fiil, İlgili, Tazminat, Kusur.

COMPENSATION CASE'S TO BE FILED IF PERSONAL DATA IS PROCESSED UNLAWFUL

ABSTRACT

Data and personal data problems, which are becoming increasingly important in the world, have made it possible to carry out the behavior of lawmakers in this regard and to be protected by the law. Personal restrictions, if the person who is attacked in an unlawful manner suffers a loss when the personal data is received in violation of the KVKK. It has the regulation to request limitation of the damage within the scope of 11/1-ğ subparagraph. At the same time, it is regulated in paragraph 3 of Article 14 of the Law that compensation is reserved according to general provisions of those who carry out personal rights for the purpose of illegal processing. The procedural provisions regarding the compensation action that can be filed by the person who has suffered this loss will be discussed.

Keywords: Personal Data, Related, Compensation, Fault.

GİRİŞ

Tarihin hiçbir döneminde görülmediği kadar hızlı bir değişim içerisinde olan teknolojik gelişmeler özellikle yirminci yüzyılın sonlarından itibaren hayatın pek çok alanında önemli yeniliklere neden olmuştur. Özellikle internetin ortaya çıkışıyla birlikte bilgiye ulaşım kolaylaştığı gibi bireysel

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, azizserkanarslan@hotmail.com, ORCİD: 0000-0001-7703-3044.

verilere ulaşmak ve bunları başkalarıyla paylaşma konusunda mesafeler sorun olmaktan çıkmış iletişim kolaylaşmıştır.

Tüm bu gelişmelere paralel olarak gelişim iletişim olanakları karşısında bireysel hak ve özgürlüklerin korunması da giderek önem kazanmıştır. Kişisel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik önemli araçlardan bir tanesi de ülkemizde 24.03.2016 tarihinde kabul edilip 07.04.2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanundur. Kısaca KVKK olarak adlandırılan kanun başta özel hayatın gizliliğinin korunması olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişilerin uyacağı usul ve yükümlülükleri düzenlemeyi amaçlayan bir kanundur.

Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanuna göre kişisel veri, konuyla ilgili uluslararası düzenlemelerle paralel olarak "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" olarak tanımlanmıştır. 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 yollarla işlenmesi mümkün olan kişisel verilerin (KVKK m. 3/(e)), KVKK m. 5/1 uyarınca kişilerin açık rızası olmaksızın işlenmesi kural olarak mümkün değildir.

Çalışmada öncelikle kişisel veri kavramı hakkında genel bilgiler verilecektir. Daha sonrasında ise ülkemizde bireylerin kişisel hak ve özgürlüklerinin KVKK hükümlerine aykırı şekilde tehdit veya ihlal edilmesi halinde buna ilişkin özel hukuk tarafından düzenlenen koruma ve tazminat yöntemleri bölümler halinde irdelenecektir.

I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI

6698 sayılı KVKK. m. 3/1/d uyarınca kişisel veri "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" şeklinde tanımlanmaktadır[1]. Bu kapsamda insana bağlı tüm değerler, yani "bireyin 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, IP adresi, e-posta adresi, hobileri, tercihleri, etkileşimde bulunduğu kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler" kişisel veri olarak kabul edilmektedir[2].

---

[1] Haklar sınıflandırılırken kişisel veri haklarının yeri incelendiğinde, niteliği itibariyle fikri mülkiyet hakkı ve mülkiyet hakkı olduğu hususu doktrinde eskiden tartışılmakta idi. Ancak doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre kişisel veri, kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKSOY, Hüseyin Can:*Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, Çakmak Yayınevi, 1. Baskı, 2010, s. 37-72; s.39; DÜLGER, Murat Volkan: *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul, Hukuk Akademisi, 3. Baskı, 2020, s. 76-86; s.77; AYÖZGER ÖNGÜN, Çiğdem: *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, 2019, s. 16-18; KÜZECİ, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 4. Baskı, 2020, s. 68-71, s.70.

[2] AİHM kararlarında kişinin kimliğine ait bilgiler (Gaskin/Birleşik Krallık kararı, 7 Temmuz 1987; Leander/İsveç kararı, 26 Mart 1987), kişinin adı, resmi, şan, şöhret ve şerefi, yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılması

Yargıtay H.G.K. 17.06.2015 tarihli ve E. 2014/56, K. 2015/1679 sayılı kararında, "AİHS'de kişisel verilerle ilgili bir hüküm yoktur. Ancak mahkeme, konuyla ilgili kararlarında kişisel veri içeriğini doldurmuştur. Hemen ifade edilmesi gerekir ki kişisel verinin sayısal olarak sınırlandırılması mümkün değildir. Ancak içtihatlar ve akademik yayınlar dikkate alındığında 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 yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel verileri olarak kabul edilebilir." şeklinde tanımlamıştır[3].

Ulusal ve uluslararası alanda genel kabul görmüş tarifler ve kanundaki tarif gereğince kişisel veri, bilginin bulunması, bilginin kişiyi belirli veya belirlenebilir kılması, bilginin kişiye ilişkin olması ve gerçek kişiye ait olması şeklinde dört unsurdan oluşmaktadır[4]. Bu doğrultuda, kişisel veri öncelikle gerçek bir kişiye ait olmalıdır. Bu bakımdan mevcut mevzuat kapsamında tüzel kişilerin kişisel verisinden dolayısıyla veri ihlaline karşı korunmasından söz etmek mümkün değildir. Kişisel verileri hukuka aykırı şekilde işlenen kişinin, kimlik bilgileri doğrudan veya dolaylı yöntemlerle belirlenebilir olmalıdır. İlişkilendirilebilirlik unsuru, bilginin ilgili kişiye ilişkin olmasını ifade etmektedir. Başka bir ifade ile ilişkilendirilebilirlik unsuru kişi ile bilgi arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Bilginin, kişisel verinin yer aldığı nesneye değil, ilgili kişiye yani özneye ilişkin olması zorunludur. Başka bir deyişle, kişisel veri olarak nitelendirilen verinin anonim olmaması gerekir. Bilgi, tek başına veya başka bilgilerle birlikte değerlendirildiğinde herhangi bir kişiyle bağdaştırılabiliyorsa kişisel verinin varlığından bahsedilebilir. Son olarak, kişisel veri netice itibariyle bilgidir. Bilginin zımni/aleni, doğru/yanlış, nesnel/öznel olması, saklama biçimi gibi hususlar fark etmeksizin, her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilmektedir.

Kişisel verileri hukuka aykırı şekilde işlenen ilgili kişinin başvurabileceği hukuki yollardan söz edebilmek için öncelikle kişisel verinin bahsedilen dört unsuru içermesi gerekmektedir.

Kişisel verileri hukuka aykırı şekilde işlenen gerçek kişiye ilgili kişi denilmektedir (KVKK m. 3/1-ç). Kanun'un lafzından da anlaşıldığı üzere korunan hukuki yarar sebebiyle tüzel kişilerin verileri bu kapsamın dışında bırakılmıştır. KVKK bağlamında gerçek kişi, özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal,

---

(Burghartz/ İsviçre kararı, 22 Aralık 1994; Stjerne/Finlandiya kararı, 22 Kasım 1994) kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne dair düzenlemeler (X ve Y/ Hollanda kararı, 21 Mart 1985; Herczegfalvy/Avusturya kararı, 24 Eylül 1992), kişinin cinsel yaşamına ilişkin düzenlemeler ve davranışlar (Dudgeon/Birleşik Krallık kararı, 22 Ekim 1981; Norris/İrlanda kararı, 26 Ekim 1988) bireye ait özel yerlerin aranması ve zaptı işlemleri (Chappel/Birleşik Krallık kararı, 30 Mart 1989), kişinin telefonlarının dinlenmesi ve kaydedilmesi, postalarının açılması ve okunması (Klass ve diğerleri/Almanya kararı, 6 Eylül 1987) gibi bilgileri kişisel veri kabul edilerek ihlal kararı verilmektedir.

[3] (Legalbank, 01.11.2021).

[4] DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 1. B., İstanbul 2017, s. 30; DÜLGER, s. 152.

ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen kişidir.

Kişisel verilerin korunmasının sağlanması, kişisel verilerin doğru şekilde işlenmesine bağlıdır. KVKK m. 3/1-e'ye göre, kişisel verilerin işlenmesi; "Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik61 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 işlem" olarak geniş kapsamlı şekilde tanımlanmıştır[5]. Bu bağlamda kişisel verilerin bilgisayar ortamında toplanıp telefona aktarılmasından sonra Whatsupp iletisi ile yayılması eylemlerinin her biri kişisel veri işleme faaliyetidir[6].

Kişisel verilerin her türlü bilgiyi ihtiva etmesi ve bu bilgilerin niteliği sebebiyle kişisel verilerin korunması ihtiyacı, temel bir hak olarak ortaya çıkmakta ve içerisinde hukukça korunan birçok hakkı barındırmaktadır. Aynı zamanda bu hak, veri ilgilisinin, kişisel verilerinin geleceğini belirleme yetkisini ve verileri üzerindeki hakimiyetini ifade etmektedir. Başka bir ifade ile kişinin, verileri üzerinde gerçekleştirilen ele geçirme, işleme veya aktarma gibi faaliyetlerde söz hakkı olması anlamına gelmektedir.

II. KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN İŞLENMESİ DURUMUNDA AÇILABİLECEK TAZMİNAT DAVALARI

Kişisel verilerine hukuka aykırı şekilde saldırıda bulunulan ilgili kişi, kişisel verilerinin KVKK'ya aykırı olarak işlenmesi neticesinde zarara uğrarsa, KVKK m. 11/1-ğ bendi kapsamında zararının giderilmesini talep etme hakkına sahiptir. Aynı zamanda Kanun'un 14. maddesinin 3. fıkrasında hukuka aykırı işleme faaliyeti sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilenlerin genel hükümlere göre tazminat haklarının saklı olduğu düzenlenmiştir[7]. Bu çerçevede talep etme haklarının tamamen bağımsız bir şekilde ya da Kanun'da yer alan başvuru yolları ile birlikte kişilik hakkına tecavüz edilmesi durumunda açılabilecek

[5] Madde gerekçesinde de kişisel verilerin işlenmesi kavramının geniş bir alanı kapsadığı ve kişisel verilerin işlenmesinin, "verilerin ilk defa elde edilmesinden başlayarak veriler üzerinde gerçekleştirilen tüm işlem türlerini" ifade ettiği belirtilmektedir.

[6] DÜLGER, s.184.

[7] KVKK m. 14/2-3 gerekçesi: "…başvuru müessesesinin, zorunlu bir başvuru yolu olduğu ve bu yol tüketilmeden şikâyet yoluna gidilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Böylece uyuşmazlıkların belirli bir kısmının veri sorumluları tarafından giderilmesi ve bu suretle Kurulun yoğun bir iş yüküyle karşı karşıya kalmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Başvuru yoluna gitmenin zorunlu, şikâyet yoluna gitmenin ise ihtiyari olması sebebiyle, başvurusu zımnen veya açıkça reddedilen ilgili kişinin bir yandan Kurula şikâyette bulunabilmesi, diğer yandan doğrudan adli veya idari yargı yoluna gidebilmesi mümkün olacaktır. Ancak, ilgililerin masrafsız ve daha hızlı sonuç alınması mümkün olan şikâyet yolunu tercih edecekleri değerlendirilmektedir. Üçüncü fıkrada, kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklı tutulmaktadır. Veri sorumlusunun hukuki statüsüne göre ilgililer adli ya da idari yargıda dava açabileceklerdir".

dava yollarına, ilgili kişinin kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesi durumunda da başvurulabilmesi mümkündür[8].

Kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılan tazminat davalarına ilişkin hükümlerin kişisel verilerin hukuka aykırı yollarla işlenmesi dolayısıyla açılabilecek tazminat davalarına uygulanacak hükümlerden farklı olmadığını belirtmek gereklidir. Bu itibarla, kişisel verilerin korunamaması yani herhangi bir sözleşme ilişkisi olmaksızın güvenlik/gizlilik yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi dolayısıyla haksız fiil niteliğindedir.

Haksız fiile karşı kişisel verilerin korunması, kişilik hakkının korunduğu TMK. 23 ve 24. maddelerindeki genel koruma ile çeşitli özel düzenlemeler aracılığı ile sağlanabilmektedir. TMK m. 23 hükmü ile kişilik hakkına hukuki işlem ile yapılan saldırılara karşı, TMK m. 24 kapsamında ise kişilik hakkına hukuka aykırı yollarla yapılan saldırılara karşı koruma sağlanmaktadır. Bu itibarla, kişisel verilerin işlenmesi dolayısıyla kişilik hakkına hukuki işlem ile veya hukuka aykırı yollarla yapılan saldırılara karşı, TMK m. 25 kapsamında maddi veya manevi tazminat davası açılabilmesi mümkündür.

Tazminat davalarının esas konusu, kişilik hakkının ihlali dolayısıyla ortaya çıkan zararın, zararı ortaya çıkaran tarafından giderilmesidir. Maddi tazminat davalarında, kişilik hakkının ihlali aracılığıyla ortaya çıkan maddi zarar veya yoksun kalınan kar kaybı talep edilmekte iken; manevi tazminat davalarında, kişiliğe hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen müdahale sonucu duyulan acı, elem veya üzüntü gibi ruhsal çöküntülerden kaynaklanan zararların giderilmesi talep edilmektedir. Ancak kişisel verilerin hukuka aykırı yöntemlerle işlenmesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında kazancın talebi durumunda, kusur ve zarar şartının ispatı gerekli değildir. Bununla birlikte, diğer unsurların kümülatif bir şekilde bulunması gerekmektedir.

Kişilik haklarına saldırı durumunda başvurulabilecek tazminat davaları, TMK. m. 25/3 hükmü kapsamında düzenlenmektedir. TMK. m. 25/3 hükmüne göre, "davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır". Bu bağlamda, TMK. m. 25/3 kapsamında tazminat davasının açılabilmesi için, haksız fiil şartlarının oluşması gerekmektedir.

Haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak tazminat talep edilebilmesi için genel davranış kurallarına ve ahlaka aykırı olan, hukuk nizamı tarafından tasvip edilmeyen, bir hakkı ihlal ederek başkasına zarar veren bir davranış bulunması gerekmektedir. Haksız fiil sorumluluğu, TBK'nın 49. maddesinde "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür." şeklinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede haksız fiil sorumluluğunun unsurları hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı olarak sayılabilir. Bu itibarla, kişisel verilerin hukuka aykırı bir biçimde işlenmesi ve bunun sonucunda ilgili kişinin maddi veya manevi zarara uğraması gerekmektedir. Örneğin, bir kişinin cinsel yolla bulaşan bir hastalığa sahip olması durumunda, bu bilgiyi hukuka aykırı yollarla elde eden,

[8] SAYGI, Samet: 6698 Sayılı Kanun'un Sistematiğinde Yargısal Başvuru Yolları, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C.:2 S.: 2, s. 33, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1106037 (E.T.: 03.08.2022); Türk hukukunda, kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk düzenlemeye 2004 yılında Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir. Kanun'un 135 ve 136. maddelerinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, verilmesi ve ele geçirilmesi suç olarak düzenlenmiştir.

saklayan kişinin, somut olaydaki özel nitelikteki kişisel verinin işlenmesinden kaynaklanan kazancı, ilgili kişinin maddi zararının taleplerinin, bu bilginin paylaşılması sonucu toplumda dışlanması itibariyle de uğradığı zarar ise manevi zarar taleplerinin konusunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte, ilgili kişinin uğradığı zararın, kişisel verilerin işlenmesi nedeniyle ortaya çıkması gerekmektedir. Bir başka önemli husus ise, tazminat davasının açılabilmesi için, veri sorumlusu veya işleyen kişinin kusurlu olmasının gerekliliğidir. Son olarak, tazminat davalarının açılabilmesi için, açık rıza, haklı sebeplerin bulunması gibi kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekmektedir.

Kişisel verilerin hukuka aykırı yollarla işlenmesinden doğan tazminat talepleri, haksız fiilden veya ilgili kişi ile ihlali gerçekleştiren veri sorumlusu arasındaki sözleşmeden kaynaklanabilir. Şayet, haksız fiilden kaynaklı ise TBK m.49 vd. öngörülen haksız fiile ilişkin genel düzenlemeler kapsamında tazminat doğmaktadır. Bununla birlikte, kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde işlenmesinden doğan zarar iş, hizmet, vekalet gibi bir sözleşmeden kaynaklı ise, haksız fiile göre daha geniş sorumluluklar ihtiva eden sözleşme sorumluluğu ortaya çıkar[9].

III. DAVANIN TARAFLARI

Dava iki taraf sistemi üzerine kurulmuştur. Bu nedenle her davada davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunur. Kişisel verileri kanuna aykırı şekilde işlenen ilgili kişi, davanın davacı tarafını oluşturur. Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için başkalarına devredilemez veya mirasçılara geçemezler. Dolayısıyla, kişisel verilerin hukuka aykırı bir biçimde işlenmesinden doğan koruyucu talepler, ilgili kişinin mirasçıları tarafından kural olarak ileri sürülemez. Ancak, kişilik hakkının kapsamındaki kimi değerlerin ihlal edilmesi, kişinin ölümünden sonra mirasçılarının kişilik hakkına saldırı niteliği taşımakta ise, bu değerlere saldırılara karşılık, ölen kişinin yakınlarının da taraf ehliyeti doğabilmektedir. Bunun sebebi haksız fiilin mirasçıların kişilik hakkına da tecavüz niteliğinde olmasıdır. Örneğin intihar eden bir kişinin sağlık bilgilerinin veya etnik kökeninin, intihara ilişkin yapılan haberde yer verilmesi durumunda, ölen kişinin yakınlarının haksız fiil nedeniyle taraf ehliyeti ortaya çıkacaktır. Tüm bunlarla birlikte, maddi tazminat davasının konusunu maddi değerler oluşturduğundan ilgili kişinin mirasçıları da maddi tazminat davalarında taraf ehliyetine haizdir. Bununla birlikte, TMK. m. 25/4 hükmü manevi tazminat davaları bakımından "manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez" hükmünü öngörmektedir. Bu itibarla, mirasçıların manevi tazminat davalarında taraf ehliyetini haiz olabilmeleri için, mirasbırakanın sağlığında bu duruma ilişkin olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunması gerekmektedir.

Kişisel verileri kanuna aykırı şekilde işlenmesine dayalı tazminat davasının davalı tarafı ise, kişisel verilerin hukuka aykırı yollarla işleyen veri sorumlusu, işleyen veya bunların mirasçılarıdır. Diğer bir ifadeyle, kişisel verilerin işlenmesine gösterilen rıza veri sorumlusu tarafından alınmış olması ve işleyen ile ilgili kişi arasında hukuki bir ilişki bulunmasa dahi, ilgili kişi maddi veya manevi tazminat

[9] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, B. 23, 2018, s. 37 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, B. 18, 2020, s. 86 vd.

talepleri için işleyene yönelebilir. Davalıların arasındaki dava arkadaşlığı ise, ihtiyari dava arkadaşlığıdır[10]. Diğer bir ifadeyle ilgili kişi tazminat taleplerini veri sorumlusuna, işleyen kişiye veyahut bunların mirasçılarına yöneltebilir veya bunlardan sadece örneğin veri sorumlusuna yöneltebilmektedir. Bu bağlamda kişisel verilerinin işlenmesi için veri sorumlusuna açık rıza gösteren ilgili kişi ile, veri sorumlusunun kişisel verilerin işlenmesini üçüncü bir kişiye bırakması durumunda, işleyen kişinin bu verileri bir başka üçüncü kişiye satması durumu böyledir. Bu durumda, ilgili kişi, kişisel verilerinin üçüncü kişilere satılmasından doğan kazanç için, işleyene yönelebilmektedir. Keza, gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla sorumlu olan veri sorumlusunun, gerekli tedbirleri almaması sonucu ilgili kişinin özel nitelikteki kişisel verilerinin sosyal medyada paylaşılması durumunda uğradığı manevi zararlardan doğan tazminat taleplerini veri sorumlusuna yöneltmesi başka bir örnek olarak gösterilebilir.

Kural olarak ilgili kişinin kişisel verilerinin korunması ve hukuka aykırı olarak işlenmesinin önlemesine ilişkin sorumluluk, veri sorumlusuna aittir. Bununla birlikte "kişisel verilerin kendi adına, başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde" veri sorumlusunun, veri işleyen bu kişilerle birlikte veri güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınması hususunda müştereken sorumlu olduğu düzenlenmiştir (KVKK m.12/2). Bu durumda ilgili kişi, veri sorumlusu ya da veri işleyen konumundaki gerçek veya tüzel kişiden Kanun kapsamında talepte bulunabilecektir.

IV. GÖREVLİ MAHKEME

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine dayalı tazminat talebinin adli yargı veya idari yargının görev alanına girmesi mümkündür. Kanunda, tazminat hakkına ilişkin taleplerin hangi yargı yolunda görüleceğine dair açık bir hüküm olmadığı için somut olayın özelliklerine göre yargı yolu belirlenmelidir. Kişisel verinin hukuka aykırı işlenmesinden doğan zararların tazmininde veri sorumlusunun kamu tüzel kişisi olması halinde, davanın idari yargı yolunda açılması gerekir. Buna karşılık, veri sorumlusu özel hukuk kişisi ise dava adli yargıda açılmalıdır[11].

Bir hukuki uyuşmazlığa bakacak olan görevli mahkeme ancak kanunla belirlenir ve görev kuralları kamu düzenindendir (HMK m.1). Görev kurallarının kamu düzeninden olması ve dava şartı olması nedeniyle taraflar kendi aralarında tasarrufta bulunamazlar ve hâkim görev kurallarını resen nazara almak zorundadır. Kişilik hakkı kapsamında yer alan değerlere yapılan saldırılarda olduğu gibi, kişisel verilerinin hukuka aykırı yollarla işlenmesi suretiyle kişilik hakkının ihlal edilmesinde sonucunda zarar gören tarafından açılacak maddi ve manevi tazminat davaları malvarlığına ilişkin davalardandır. HMK 2. madde gereği, "dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesidir". Bu nedenle maddi ve manevi tazminat davalarında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Ancak Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi sebebiyle açılacak davalarda, özel

[10] OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, Filiz Kitabevi, B. 19, 2020; s.256 vd.; ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, Ankara, Yetkin Yayınları, B. 45, 2020, s.299 vd.

[11] BADUR, Emel / KURT KONCA, Nesibe: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD 13(2): 476-490 (2022), s.488.

bir mahkemenin görevli olması sonucunu doğuran, ticari nitelik, tüketici veya iş ilişkisi gibi uzmanlık bilgisi gerektiren halin bulunması halinde öncelikle görevli mahkeme iş bu özel mahkeme olacaktır. Böyle bir hal tespit edilmezse, dava asliye hukuk mahkemesinde açılmalıdır. Ayrıca özel mahkemenin görevli olduğu bir davanın açılacağı yerde, o mahkemeden kurulmamışsa, davanın asliye hukuk mahkemesinde özel mahkeme sıfatıyla açılması gerekir.

V. YETKİLİ MAHKEME

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 16. maddesine göre haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkemeler; haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi, zararın meydana geldiği yer mahkemesi, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi ve zarar görenin yerleşim yeri mahkemesidir. Madde, haksız fiil suretiyle zarar gören kişinin hukuki korunma talebini yönelteceği yargı organlarına ulaşmasını kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Söz konusu yetki kuralının hukuki niteliği ise kanunun lafzının seçimlik yetki şeklinde düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere kesin olmayan yetki kuralıdır[12].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince kişisel verilerin hukuka aykırı ihlali nedeniyle zarar gören ilgili kişi, kanunda öngörülen yetkili mahkemelerden herhangi birisinde, kişisel verilerinin hukuka aykırı yöntemlerle işlendiği gerekçesiyle tazminat davası açabilecektir. Bu bağlamda, HMK m. 6/1'deki genel yetki kuralına, TMK. m. 25/5'te öngörülen özel yetki kuralına veyahut haksız fiilden kaynaklı tazminat davası olması nedeniyle HMK m. 16'daki haksız fiilden doğan tazminat taleplerine özgü özel yetki kuralına dayalı olarak seçeceği yetkili mahkemede dava açabilecektir.

Buna göre örneğin yerel bir gazetede paylaşılan kişisel verilere ilişkin olarak, haksız fiilin gerçekleştiği yer olan gazetenin yayın yaptığı ilçedeki asliye hukuk mahkemelerinde, bu türdeki tazminat davalarının açılabilmesi mümkündür. Son olarak, TMK. m. 25/5 de özel bir yetki kuralı öngörmektedir. TMK. 25/5 hükmü "davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir" lafzına yer vermektedir. Sonuç olarak, ilgili kişinin genel yetki kuralı olan davalı veri sorumlusu veya işleyenin davanın açıldığı esnadaki yerleşim yerinde, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde işlendiği veyahut ilgili kişinin zarara uğratıldığı veyahut ilgili kişinin kendisinin yerleşim yeri olmak üzere, sayılan yerlerden herhangi birinde dava açılabilecektir.

VI. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINDA İSPATA İLİŞKİN HUSUSLAR

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.190 gereğince ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir. Kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde işlenmesindeki tazminat davaları kural olarak haksız fiil niteliğinde olduğu için TBK m. 50/1 hükmü de ispata ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. TBK m. 50/1 hükmüne

[12] ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018.s.213; TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018. s. 243; BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018, s. 52; ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2018, s. 213; PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine/ TAŞ KORKMAZ, Hülya: Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul-2017, 286-289; KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3.Baskı, İstanbul-2012, s. 272.

göre, “haksız fiilden zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır”. Başka bir ifadeyle kişisel verilerin hukuka aykırı yöntemlerle işlenmesi nedeniyle maddi veya manevi tazminat davalarının açılmasında, tazminat davası açılması için gerekli koşulların sağlandığının ispatı ilgili kişinin üzerindedir. İspat hukukunda genel kural HMK. m.190/1’de de zikredildiği üzere, ispat külfetinin kural olarak davacı yani hukuka aykırılığı iddia eden taraf üzerinde doğması şeklindedir. İlgili kişi, kişisel verilerinin hukuka aykırı bir biçimde işlendiğini ispat etmesi durumunda, bunun aksini kanıtlamak (örneğin açık rızanın mevzuata uygun şekilde alındığını ispat etmek) karşı tarafa düşmekte, ispat yükü yer değiştirmektedir. Bu itibarla, kişisel verilerinin hukuka aykırı yöntemlerle işlendiğini iddia eden kişi, veri sorumlusu veya işleyenin kusurunu ispat etmesi gerekmektedir.

Kişilik hakkının ihlal edildiğine ilişkin olarak açılacak tazminat davasında, ispat araçları bakımından ise, HMK m. 192 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. HMK m.192’ye göre, “kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir”. Kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik hakkının ihlal edilmesinde açılacak tazminat davalarında, kesin delille ispat zorunluluğu yoktur. Bu türdeki tazminat davalarında takdiri delil sistemi benimsenmektedir. Bu bağlamda, kişisel verilerin hukuka aykırı yöntemlerle işlendiğine dair görüntü kayıtları, ekran görüntüleri gibi her türlü delil, maddi veya manevi tazminat davalarında taraflarca ileri sürülebilir. TBK m.50 hükmü gereğince uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.

VII. TAZMİNAT DAVALARININ DİĞER TALEPLERLE İLİŞKİSİ

Kişilik hakkının ihlali nedeniyle ilgiliye sağlanan hukuki koruma sadece doğan zararın giderilmesi ile sınırlı değildir. Kanun koyucu, haksız fiil nedeniyle hakları ihlal edilen kişiye daha etkin bir koruma sağlamak amacıyla kusur ve zarar koşullarını gerektirmeyen başka dava olanaklarını da tanımıştır. Haksız fiillerle mücadelede asıl amaç, haksız fiilin zarara yol açmadan önlenmesi, haksız fiil devam etmekte ise bir an önce buna son verilmesidir. Yasa koyucu bu amacı özellikle kişilik hakkını ihlal eden haksız fiiller bakımından öne çıkarmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 25. maddesi kişilik hakkı ihlal edilen kişiye, saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti; kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması olanaklarını tanımıştır.

Kişisel verileri hukuka aykırı biçimde işlenen ilgili kişi, TMK m. 25/1 uyarınca, bir nevi geçici hukuki koruma olarak hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Korunmaya ilişkin bu talepler ayrı olarak istenebileceği gibi açılan tazminat davaları ile birlikte de istenebilecektir. Bu minvalde kişinin kişisel verilerinin bir internet sitesinde yer alması durumunda açılacak tazminat davasında, ilgili kişi, tazminat taleplerine ek olarak, saldırının durdurulması adına ilgili içeriğin internet sitesinden kaldırılmasını talep etmek suretiyle saldırının durdurulmasını da talep edebilir.

SONUÇ

Özellikle iletişim teknolojisinin hızla gelişmesi neticesinde ülkemizde ve dünya’da her geçen gün önemi artan kişisel verilen ihlali sorunu, kanun koyucuların bu konuda düzenlemeler yapmasını ve

hukuk tarafından koruma altına alınmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Ülkemizde 2016 yılında yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanuna göre kişisel veri, konuyla ilgili "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" olarak tanımlanmıştır. Tanım gereğince kişisel veri, bilginin bulunması, bilginin kişiyi belirli veya belirlenebilir kılması, bilginin kişiye ilişkin olması ve gerçek kişiye ait olması şeklinde dört unsurdan oluşmaktadır. Kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde işlenmesi durumunda, KVKK ve ceza kanunları her ne kadar çeşitli korunma imkanları sağlasa da oluşan zarara karşı genel hükümler gereğince tazminat davası açma hakkı da saklı tutulmuştur. Genel hükümler gereğince açılacak hukuk davalarının konusunu TMK m.24 vd. hükümlerince kişiliğe yapılan saldırı oluşturmaktadır.

Türk Medeni Kanunu hükümleri ve TBK hükümleri gereğince kişisel verilerin hukuka aykırı yöntemlerle işlenmesi sonucunda oluşan maddi ve manevi zararlar tazminat davası açmak suretiyle istenebilecektir. Açılacak tazminat davasının unsurları ise, hukuka aykırı fiil, zarar, uygun illiyet bağı, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması ve kusur şeklinde sıralanabilir. Bu unsurların varlığı halinde açılacak tazminat davasında görevli mahkeme kural olarak asliye hukuk mahkemesidir. Tazminat davasının davacı tarafı kişisel verilerinin hukuka aykırı yöntemlerle işlenmesi sonucunda maddi ve manevi zarara uğrayan ilgili kişidir. Haksız fiile neticesinde oluşan zarar hukuki işlemden ziyade hukuki bir fiil neticesinde meydana geldiği için bu fiili her türlü yasal delille ispat etmek mümkündür. Tazminat davasına bakacak yetkili mahkeme ise, HMK'nın 16. maddesinde haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkemeler; haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi, zararın meydana geldiği yer mahkemesi, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi ve zarar görenin yerleşim yeri mahkemesidir. İlgili kişi davayı genel yetkili mahkemede açabileceği gibi belirtilen mahkemelerden birini seçerek açabilecektir.

Kaynakça

AKSOY, Hüseyin Can*:* Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, Çakmak Yayınevi, 1. Baskı, 2010, s. 37-72.

ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2018.

ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018.

AYÖZGER ÖNGÜN, Çiğdem: *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, 2019.

BADUR, Emel / KURT KONCA, Nesibe: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD 13(2): 476-490 (2022).

BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 1. B., İstanbul 2017.

DÜLGER, Murat Volkan: *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul, Hukuk Akademisi, 3. Baskı, 2020, s. 76-86.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, B. 23, 2018.

KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3.Baskı, İstanbul-2012.

KÜZECİ, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 4. Baskı, 2020, s. 68-71.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, Filiz Kitabevi, B. 19, 2020.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, B.18, 2020.

ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, Ankara, Yetkin Yayınları, B. 45, 2020.

PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine/ TAŞ KORKMAZ, Hülya: Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul-2017, 286-289.

SAYGI, Samet: 6698 Sayılı Kanun'un Sistematiğinde Yargısal Başvuru Yolları, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C.:2 S.: 2, s. 33.

TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018.

KİRALANANIN GÖRÜLMESİNE KATLANMA BORCU VE FOTOĞRAF İLE VİDEO YAYINLARININ BU KAPSAMDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Dr. Bedia GÜLEŞ*

ÖZET

Bir eşyanın kullandırılması amacını güden sözleşmeler, tarafların kararlaştırdıkları süre boyunca sözleşme konusu eşyanın kullanımının müdahalesiz bir şekilde sağlanmasını gerektirir. Kira sözleşmesi de böyle bir borcun ortaya çıktığı sözleşmelerden biridir. Ancak Türk Borçlar Kanunu m. 319, kiracının müdahalesiz kullanım hakkına istisna getirmiştir. Hükümde bu müdahalenin yapılabilmesine dair şartlar da yer almaktadır.

Çalışmada bahsi geçen müdahale, kiracının özel hayatı, kişilik hakları ve konutuna saygı duyulması hakkı çerçevesinde incelenmektedir. Ayrıca kiralananın fotoğraf ya da videolarının çekilerek yayınlanmasının, kiralananın görülmesine katlanma yükümlülüğü çerçevesinde yorumlanıp yorumlanamayacağı da incelenen konular arasında yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kiralananın görülmesi, kiralananın fotoğraf ve videolarının yayınlanması, kiracının katlanma borcu, konut dokunulmazlığı, özel hayata saygı.

THE BEAR OBLIGATION TO BE SEEN LEASED PROPERTY (OR GOODS) AND EVALUATION OF THIS PROPERTY'S PHOTOS AND VİDEO PUBLICATIONS IN THIS CONTEXT

ABSTRACT

Contracts aiming to make use of an item require that the use of the contractual item be provided uninterrupted during the period agreed by the parties. The lease contract is one of the contracts in which such a debt arises. However, Turkish Code of Obligations m. 319 has brought an exception to the tenant's right to use without interference. The provision also includes the conditions for this intervention.

The intervention mentioned in the study is examined within the framework of the tenant's right to respect for his private life, personal rights and home. In addition, it is among the issues examined whether the photographs or videos of the rented property can be interpreted within the framework of the obligation to bear the sighting of the leased property.

Keywords: Seeing the rented, publishing the photos and videos of the rented, the tenant's debt to bear, housing immunity, respect for private life.

* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, bedia.gules@karatay.edu.tr, ORCID: orcid.org/0000-0002-9036-7572.

GİRİŞ

Kira sözleşmesi, toplumsal hayatta kişilerin ihtiyaç duydukları malları temin etmede kullandıkları önemli sözleşmelerden bir tanesidir. Bu sözleşmeyle kiraya veren, kararlaştırılan süre boyunca kira konusu eşyayı kiracının kullanımına uygun hâlde bulundurmayı borçlanırken, kiracı da bu kullanım için kararlaştırılan bedeli ödemeyi yüklenir. Kiraya veren yüklendiği borcun bir gereği olarak, kira konusunu kira süresi boyunca kendisi kullanmamak ve başkasına da kullandırmamak zorundadır. Bu, hem kira sözleşmesindeki borcunun tam ifası için gereklidir hem de kiracının özel yaşam alanının ve konut dokunulmazlığının korunmasına hizmet eder.

Kiracının kira konusunu kullanım süresi boyunca münhasır kullanma yetkisi, bazı hâllerde kısmî olarak ortadan kaldırılabilmektedir. Nitekim TBK m. 319'a göre "*Kiracı, bakım, satış ya da sonraki kiralama için zorunlu olduğu ölçüde, kiraya verenin ve onun belirlediği üçüncü kişinin kiralananı gezip görmesine izin vermekle yükümlüdür*". Hükümde sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde, kiracı konutuna girilmesine izin vermek zorundadır. Böylece aslında hak ihlali ve yerine göre suç teşkil edilebilecek bir durum, Kanun maddesiyle ihlal ve suç olmaktan çıkarılmıştır.

Hiç tanınmayan ya da tanınsa dahi aile ortamına yabancı olan bir kimsenin konuta girmesi, uygulamada çeşitli uyuşmazlıklara yol açmaktadır. Zira kiracılar, mahrem alan olan konuta yabancı kimseleri almak istememekte, kiraya verenler ise konutlarını ekonomik olarak değerlendirmek ya da bakım yapmak üzere bu girişin sağlanmasını talep etmektedirler. Duruma alıcı üçüncü kişiler açısından bakıldığında ise onların da bir konutu görmeden almak istememeleri anlayışla karşılanır. Yine bakım işini yapmak için gelen üçüncü kişinin de kimi durumlarda işini konuta girmeden yapması beklenemez.

Uygulamada karşılaşılan bir diğer problem de konut fotoğraf veya videosunun çekilmesine kiracının zorlanması ve sonradan bunların çeşitli sosyal mecralarda yayınlanmasıdır. Böyle durumlarda kiracı, söz konusu fotoğrafları mahrem alanına ilişkin olması dolayısıyla vermek istememekte; kiraya veren de daha fazla müşteri kitlesine ulaşabilmek için bunun gerekli olduğunu savunmaktadır.

Çalışmada, belirtilen uyuşmazlıklar göz önünde bulundurularak, kiralananın görülmesine katlanma borcu ile konut fotoğraf ve videolarının çekilmesine ve yayınlanmasına izin vermenin bu kapsamda olup olmadığı incelenmektedir. Bu doğrultuda ilk olarak, TBK m. 319'da hükme bağlanan kiralananın görülmesine katlanma borcu Anayasal bağlamda ve şartlarıyla birlikte değerlendirilmektedir. Sonrasında ise kiracı konuttayken çekilmesi istenen fotoğraf ve videoları vermenin bu hüküm kapsamında bir borç olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ele alınmaktadır.

I. KİRACININ BORÇLARINDAN KİRALANANIN GÖRÜLMESİNE KATLANMA BORCU

A. Genel Olarak Kiracının Kiralananı Gösterme Borcu

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda açıkça hükme bağlanmamış olan kiralananın görülmesine katlanma borcu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 319. maddesinin ikinci fıkrasında yer alır. Hükme göre "*Kiracı, bakım, satış ya da sonraki kiralama için zorunlu olduğu ölçüde, kiraya verenin ve onun belirlediği üçüncü kişinin kiralananı gezip görmesine izin vermekle yükümlüdür*". Üçüncü fıkrada ise kiralananın görülmesi esnasında göz önünde bulundurulması gereken durumlar hükme bağlanmaktadır. Fıkraya göre, kiraya veren çalışmaları ve kiralananın gezilip görüleceğini, uygun bir süre önce kiracıya bildirmelidir. Ayrıca kiralayan, çalışmaların ve göstermenin yapıldığı sırada kiracının

yararını gözetmek zorundadır. Hüküm kiracıya bir katlanma borcu yüklemektedir[1]. Kiracının borcu sade bir katlanma yükümlülüğünden ibarettir[2]. Bu yükümlülük kapsamında kiracı, konutuna ya da işyerine girilmesine müsaade etmeli, kiralananın şartlarına uygun olarak gezilip görülmesine engel olmamalıdır. Böylece satış ve sonraki kiralar için alıcı ve sonraki kiracının kira konusunu muayene etmesine imkân oluşmaktadır.

Kiralananın gösterilmesine katlanma, mahiyeti itibariyle daha çok taşınmazlara uygun olsa da taşınırlar için de böyle bir yükümlülüğün olduğu doktrinde[3] kabul edilir. Böyle bir hâlde "gezme"den değil, sadece "görme"den bahsedilir. Yine kira konusunun konut ya da işyeri olması da gösterme borcu açısından bir farklılığa sebep olmaz.

Kiracının borcu katlanma borcudur, dolayısıyla esasen pasif bir fiili gerektirir; fakat aktif bir fiil de katlanma borcunun hareketini oluşturabilir[4]. Böylesi durumlarda kiracı, kiralananın görülmesine engel olmama yanında, aktif birtakım davranışlarla görmeyi kolaylaştırmış olmaktadır. Anahtarı kiracıda olan kömürlük kapısının açılması, bu duruma örnek oluşturur.

Kiracının gösterme borcu bir görüşe[5] göre emredicidir. Diğer görüşe[6] göre ise böyle bir nitelik taşımaz. Bunun değerlendirmesi gösterme sebebine göre yapılmalıdır. Örneğin, kiralananın bakım için gösterilmesi gerekiyorsa, bu durumda hüküm emredici kabul edilmelidir[7]. Çünkü ayıbın ya da zarar

---

[1] YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Birinci Cilt, Beta Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2022, s. 505; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, (GÜMÜŞ, Kira), s. 171; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2022, s. 371; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt: I, 3. Bası, İstanbul 2013, (GÜMÜŞ, Borçlar Özel), s. 285; İNCEOĞLU, Murat M.: *Kira Hukuku,* Cilt 1, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 434; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 504; BELEN, Herdem/ KOÇAK DİKER, Duygu: "6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümleri Uyarınca Kiracının Borçları", *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 199-230, s. 219; MÜLLER-CHEN, Markus/HUGUENİN, Claire/GİRSBERGER, Daniel: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Schultess Juristische Medien Verlag, Zurich-Basel-Genf 2012, s. 377.

[2] YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 506; katlanma ve izin verme olduğu yönünde, EREN, s. 371; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 316; izin verme olarak ifadesi için, ACAR, Faruk: *Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-332)*, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 414.

[3] ACAR, s. 415; BISANG, Raymond/BURKHALTER, Peter/FUTTERLIEB, Raoul/HEINRICH, Peter/MAAG, Andreas/MÜLLER, Jürg P./ROHRER, Beat/STUCKI, Katharina/ TSCHUDI, Matthias: Das Schweizerische Mietrecht Kommentar, Schultess Juristische Medien AG, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 188; BELEN/KOÇAK DİKER, s. 224; aynı yönde, YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 501, 505; İNCEOĞLU, s. 443; DOĞU, Hakkı Mert: "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Gezilip Görülmesine Katlanma Borcu", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 309-323, s. 311; KOÇAK DİKER, Duygu: *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi (TBK m. 316/II-III)*, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 178. Her türlü kira sözleşmesinde hükmün uygulanabileceğini belirtmek üzere bkz. GÜMÜŞ, Kira, s. 171; EREN, s. 370. Konut ve işyeri kiralarında uygulandığı yönünde, PERMANN, Richard: Kommentar zum Mietrecht, Orell Füssli Verlag AG, 2. Auflage, Zürich 2007, s. 105.

[4] HIGI, Peter: (Heausgegeben von: GAUCH, Peter), Obligationenrecht, Teilband V 2b Die Miete, Dritte Auflage, Zürich 1984, s. 364; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 505.

[5] BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 187; PERMANN, s. 105. Kiraya veren lehine emredici olduğu yönünde, EREN, s. 370.

[6] GÜMÜŞ, Kira, s. 171; Borçlar Özel, s. 285.

[7] Bakım sebebine dayalı olarak gösterme borcunun ortaya çıkması için bakımın zorunluluğunun aranması gerektiği yönünde, GÜMÜŞ, Kira, s. 173.

tehlikesinin fark edilmesi çoğu zaman görmeden mümkün olmaz. Bunun dışında durumlar varsa, taraflar aksini kararlaştırabilmelidirler.

B. Kiralananı Gösterme Borcunun Ortaya Çıkması İçin Gerekli Şartlar

Herhangi bir sebeple veya herhangi bir kimseye yönelik olarak kiralananı gösterme borcunun oluştuğundan bahsedilemez. Bunun için belli şartların varlığı gerekir.

1. Kanunda Gösterilen Sebeplerden Birinin Varlığı

Kiralanın gezilip görülmesine katlanma borcunun ortaya çıkması için TBK m. 319/II'de belirtilen sebepler gerçekleşmiş olmalıdır. Hükme göre sadece bakım, satış ve sonraki kiralama sebeplerinin varlığı hâlinde gösterme yükümlülüğü doğar[8]. Bunların dışındaki sebeplerle, örneğin reklam için kiralanın gösterilmesi, ancak kiracının rızasıyla mümkündür[9]. Dolayısıyla hükümdeki sebepler sınırlı sayıdadır.

Kanunda sayılan ilk sebep bakımdır. TBK m. 319'da ya da başka bir hükümde "bakım"ın tanımı açıkça yapılmış değildir. Dolayısıyla TBK m. 319'da ifade edilen bakımın, TBK m. 317'de bahsedilen bakım mı olduğu, yoksa daha geniş bir anlamın mı kastedildiği anlaşılamamaktadır. Bir görüşe[10] göre buradaki bakım kavramı, ayıbı gidermeye yönelik çalışmalardan daha geniş anlaşılmalıdır. Bir görüşe[11] göre de bakım sebebiyle gösterme şartının oluşması için bir ayıp oluşması gerekir. Burada neye işaret edildiğinin tespiti için TBK m. 317'de bahsi geçen bakımla neyin kastedilmek istendiğinden ve bunlara kimin katlanması gerektiğinden yola çıkılmalıdır. Söz konusu giderlerin tanımıyla ilgili doktrinde bir görüş birliği yoktur. Ancak genel olarak denilebilir ki temizlik giderleri, kira konusunun kullanımı ile doğrudan ilgili olan, kir, pas, toz gibi fazlalıkların giderilmesi için yapılan giderlerdir[12]. Bakım giderleri ise yine kiralananın aynının kullanımı ile doğrudan ilgili olan ve sonradan kullanımla oluşan, ampulün değiştirilmesi, kapı kollarının onarılması, kiralananın boyanması gibi giderlerdir[13]. TBK m. 317'ye göre temizlik ve bakım giderlerini zaten kiracı karşılamak zorundadır. Aksi kararlaştırılmadığı müddetçe

---

[8]BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 192; gösterme zorunluluğunun bu sebeplerle bağlı olması gerektiğine dair, GÜMÜŞ, Kira, s. 174; Borçlar Özel, s. 286; ACAR, s. 415; HIGI, s. 363; KOÇAK DİKER, s. 179. İntifa hakkı gibi bir sınırlı aynî hak kurulması ya da mülkiyetin devri sonucu doğuran diğer sözleşmeler söz konusu olduğunda da aynı yükümlülüğün olması gerektiği hakkında, İNCEOĞLU, s. 445. Alman Hukuku'nda bu yükümlülük sadece kiralananın bakım veya onarımı durumuna özgü olmak üzere BGB § 555a'da düzenlenmiştir. Bununla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için, bkz. LÜTZENKİRCHEN, Klaus/DİCKERSBACH, Marc/ABRAMENKO, Andrik: Mietrecht Kommentar, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2015, s. 1067 vd.

[9] HIGI, s. 363; BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 192; ACAR, s. 415; aynı yönde YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 505.

[10] ACAR, s. 415; GÜMÜŞ, Kira, s. 174; PERMANN, s. 105; temel olarak periyodik bakımın anlaşıldığı, ancak acil durumlarda da bakım için görülebileceği ile ilgili, HIGI, s. 364; kiralananın kullanıma elverişli halde bulundurulması için gerekli tüm çalışmalar olarak anlaşılması gerektiği yönünde, KOÇAK DİKER, s. 179, 180.

[11]Sadece kiracı tarafından ayıp bildirimi yapıldığı takdirde görme hakkının ortaya çıkması gerektiğine dair, İNCEOĞLU, s. 446; acil tamirat (onarım) olduğu yönünde, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 316.

[12] ACAR, s. 373; konut ve çatılı işyeri kirasında konut dâhilinde yapılan temizlik olduğu yönünde, YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 507.

[13] Aynı örnekler için bkz. GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 288; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 507; İNCEOĞLU, s. 335, 336; KAHRAMAN, Zafer: "TBK m. 299-308 Maddeleri Şerhi", *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, Cilt-2, Editörler Kurulu: Prof. Dr. Rona SEROZAN, Prof. Dr. Turgut ÖZ, Prof. Dr. Faruk ACAR, Prof. Dr. Emre GÖKYAYLA, Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 1636; kiralananın kireçlenmesi örneği ile benzer şekilde, ACAR, s. 375; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun uygulamada olduğu dönemde de bu giderlerin kiracıya ait olduğu ile ilgili, TANDOĞAN, Halûk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/2, Vedat Kitapçılık, 4. Tıpkı basım, İstanbul 2008, s. 141.

kiracının katlanması gereken bir yükümlülük için de kiralayanın ya da kiralayanın belirlediği üçüncü kişilerin kira konusunu görme yetkisinden bahsedilemez. Dolayısıyla TBK m. 319'daki "bakım" kelimesinden, TBK m. 317'deki "bakım"ın (kiralayanın katlanması kararlaştırıldıysa da yalnızca bu "bakım"ın) kastedilmediği anlaşılmaktadır. O hâlde TBK m. 319/II'de kastedilen bakım, kiralayanın yapmakla yükümlü olduğu birtakım onarım, giderim ve zararı önleme çalışmaları olarak geniş anlaşılmalıdır[14]. Bu doğrultuda ilk olarak kiralayan, gidermekle yükümlü olduğu ayıpları tespit için kira konusunu görme hakkına sahiptir. Örneğin, elektrik tesisatında kaçak olan konuttaki ayıbın tespiti için kiralayan ya da onun belirlediği tamirci, konutu görebilmelidir. Yine kiraya veren katlanması gereken[15] yan giderlerle ilgili olarak kira konusunu görebilir veya ilgili üçüncü kişiler için gösterilmesini isteyebilir. Dairelere sonradan takılması kararlaştırılan diyafon sisteminin kiralanan konuta kurulması ve çalışıp çalışmadığını tespit için kiralayan veya üçüncü kişilerin konutu görmesi buna örnek gösterilebilir. Son olarak kanuna göre kiracının katlanması gereken bakım veya temizliğe, kiralayanın katlanması ya da bunları bizzat yapması kararlaştırılmışsa, kiralayanın borcunu yerine getirilebilmesi için de konutu görme hakkı ortaya çıkar. Sonuç olarak, kira konusu kira süresince münhasıran kiracıya bırakıldığı için, bakım sebebiyle görme hakkının ortaya çıkabilmesi adına, kiralayan için yükümlülük arz eden bir durumun oluşması gerekir.

Kiralananın görülebilmesine Kanun'da imkân tanınmış bir başka sebep satıştır. Buradaki satış kavramından sadece satış sözleşmesi değil, mülkiyetin devri sonucu doğuran, satış vaadi, bağışlama, trampa, cebri icra, ipoteğin paraya çevrilmesi gibi hâllerin de anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir[16]. Ancak kiralanın görülmesi, özellikle konut ve çatılı işyeri kiralarında, özel hayata müdahale niteliği taşır, kiralananın tam ve gerektiği gibi kullanımını engeller. Bu sebeple kiralananın kullanılmasına imkân tanınan sebepler genişletilmemelidir.

Satış sebebiyle görmede, görme sonrası kiralanın satılması veya geçerli bir satış sözleşmesinin yapılması, görme hakkının doğması için gerekli değildir[17]. Fakat bu hak elbette kötüye kullanılmamalıdır[18].

---

[14] Alman Hukuku'nda söz konusu katlanma yükümlülüğünün doğması için kiralananın yerine getirmekle yükümlü olduğu bir bakım olması gerektiği konusunda, LÜTZENKİRCHEN/DİCKERSBACH/ABRAMENKO, s. 1069; (İsviçre Hukuku'nda OR 257h bent I kapsamında değerlendirilen) bu bakımın zorunlu ama acil olmayan bir bakım olması gerektiği, periyodik veya önleyici bir bakım çalışması olabileceği yönünde, MÜLLER-CHEN/HUGUENİN/GİRSBERGER, s. 377.

[15] TBK m. 303'te kastedilen giderlerin özellikle büyük onarım giderleri olduğu ve bunlara kiraya verenin katlanması gerektiği yönünde, EREN, s. 337. Yan giderler TBK m. 341'de işaret edilen ısınma, aydınlatma, su gibi kullanım giderlerinden farklı harcamalar da olabilir. Örneğin, asansör bakımı, kapıcılık hizmeti, güvenlik hizmeti gibi giderler, kiracının bireysel kullanım gideri olmayan, fakat ifa konusundan tam bir yarar sağlanabilmesi için de gerekli olan harcamalardır. Bu sebeple konut ve çatılı işyeri kiralarında sadece kiralananın bizzat kullanımı dolayısıyla ve kiracının bireysel harcamaları şeklinde ortaya çıkan giderlere kiracı TBK m. 341 kapsamında katlanmalı, bunun dışındaki giderler TBK m. 303 gereğince kiraya verene ait olmalıdır, aynı yönde, AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 452; GÜMÜŞ, Kira, s. 92 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 490; KAHRAMAN, s. 1634; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 311; kısmen aynı yönde, İNCEOĞLU, s. 108; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun uygulamada olduğu dönemde de apartmandaki ortak yerlere ait giderlere kiralayanın katlanması gerektiği yönünde, TANDOĞAN, s. 140.

[16] DOĞU, s. 316; BELEN/KOÇAK DİKER, s. 223; ACAR, s. 416; KOÇAK DİKER, s. 180; satış vaadi ve rehin hakkının tesisi ile ilgili olarak aynı yönde, YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 505, dn. 65.

[17] ACAR, s. 416; aynı yönde DOĞU, s. 316.

[18] Aynı yönde, HIGI, s. 366; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 505; DOĞU, s. 316.

Kiralananın yeniden kiralanması da görme için Kanun'da sayılan sebeplerdendir. Fakat kira sözleşmesi devam ediyorsa kiracı kiralananı göstermek zorunda değildir[19]. Kira sözleşmesinin sona ermesi objektif olarak kesinleşmişse, kiracının gösterme yükümlülüğünün doğduğu ifade edilmektedir[20]. Burada bir görüşe[21] göre, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde feshi ihbardan itibaren, belirli süreli kira sözleşmelerinde ise sona erme öncesinde kısa belirsiz bir süre kadar görme hakkı olmalıdır. Diğer görüşe[22] göre ise belirsiz süreli kiralarda yine feshi ihbardan itibaren, belirli süreli kira sözleşmelerinde ise ihbar süreleri kadar görme hakkı olmalıdır. Son görüş[23] ise sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması arasında ayrım yapmamakta, her ikisinde de fesih bildiriminden sonra bu yükümlülüğün doğduğunu ifade etmektedir.

2. Kiralananın Gösterilmesinin Zorunlu Olması

Gösterme borcunun doğması için TBK m. 319/II hükmüne göre gereken bir diğer şart zorunluluktur. Kanun bu şartı "*zorunlu olduğu ölçüde*" lafzıyla vurgulamıştır. Buradaki zorunluluk iki açıdan ele alınmalıdır: Göstermenin zorunluluğu ve göstermenin gerekli ölçü içinde gerçekleşmesi zorunluluğu.

Kiralananın gösterilmesinin zorunlu olması, Kanun'da sayılmış görme sebepleri ile bağlantılı olarak değerlendirilmelidir[24]. Yukarıda da ifade edildiği üzere bakım sebebiyle görme hakkının ortaya çıkması için, kiralayanın Kanununa göre bu bakımı yapma zorunluluğunun olması veya yapmakla yükümlülüğü olmasa da sözleşmede üstlenmiş olması gerekir. Kiracının katlanmakla yükümlü olduğu temizlik, olağan bakım gibi giderler için kiralayanın bir yükümlülüğü oluşmadığına göre, bunlar için görme hakkının olduğundan da bahsedilemez. Ancak kiralayanın katlanmakla yükümlü olduğu ayıp, yan gider veya sözleşme ile yüklendiği diğer giderler açısından görme hakkının oluştuğundan bahsedilmelidir. Aynı şey bakımı gerçekleştirmesi için kiralayanın belirlediği üçüncü kişiler açısından da geçerlidir.

Satış sebebine dayalı olarak görmede, esasında alıcının kira konusunu görmeden onu almak istememesi doğaldır. Bu sebeple alıcı üçüncü kişi açısından görmenin zorunlu olmasında bir tereddüt yoktur. Aynı şey satıcı olduğu için kiralayan için de söylenebilir. Fakat kira sözleşmesi devam ederken bunun gerçekleşmesi, kiracının başta aile hayatı olmak üzere pek çok özel hayat unsurunu ihlal etmektedir. Dolayısıyla aslında Kanun'un tanımış olduğu görme hakkı bu noktada tartışılır hâle gelmektedir. Konu aşağıda[25] daha ayrıntılı şekilde incelenmektedir.

---

[19] HIGI, s. 365; ACAR, s. 417; GÜMÜŞ, Kira, s. 174; BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 192; kiracının kendisi çıktıktan sonra yapılacak kiralamalar için gösterme yükümlülüğü olduğu yönünde, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 316.

[20] ACAR, s. 417; BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 192; benzer şekilde, MÜLLER-CHEN/HUGUENİN/GİRSBERGER, s. 378; sözleşmenin sona erdiği somut olarak belli ise böyle bir yükümlülüğün ortaya çıktığına dair, GÜMÜŞ, Kira, s. 174, Borçlar Özel, s. 286; İNCEOĞLU, s. 445.

[21] TANDOĞAN, s. 151.

[22] GÜMÜŞ, Kira, s. 174, 175; DOĞU, s. 317; SUİÇMEZ, Nevran: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, Cilt: 19, Özel Sayı-2017, s. 1597-1622, s. 1620.

[23] KOÇAK DİKER, s. 182.

[24] Aynı yönde, KOÇAK DİKER, s. 182.

[25] Bkz. II.

Sonraki kira için görme hakkının ortaya çıkması açısından ise kiracının kiralananı geri vermesinin beklenilip beklenmeyeceği değerlendirilmelidir. Kira sözleşmesi sona ermiş ve kiracı da birkaç gün sonra konutu tahliye edecekse, görmenin zorunlu olduğundan bahsedilemez. Bu doğrultuda kira sözleşmesi devam ederken, bakım dışındaki sebeplerle görme konusunda daha hassas davranılmalıdır. Kiralananın kira süresi içinde kiracıya kullanım için devredildiği, yerine göre kiralananın onun özel hayat alanı ve konutu olduğu, mümkün olduğunca müdahaleden uzak kalması gerektiği unutulmamalıdır. Bu konuya da aşağıdaki başlıkta[26] daha detaylı bir şekilde değinilmektedir.

Doktrindeki bir görüşe[27] göre ise tüm sebepler bakımından zorunluluğun gerçekleşmesi yeterli olup, aciliyet aranmaz; zorunluluğun tespitinde makul, dürüst, orta zekâda bir kiraya veren dikkate alınmalıdır[28].

"Zorunlu ölçü" açısından gözetilmesi gereken ikinci durum, görme esnasında ölçülülüktür. Örneğin sadece bir bölümünde bakım yapılacaksa, evin bütün bölümlerinin gösterilmesi gerekmez[29]. Aynı şekilde akma bodrumda gerçekleşirse, bunun için konutun gösterilmesi gerekmeyebilir. Bu konu, görme esnasında kiracının yararının gözetilmesi meselesi ile de yakından ilgilidir.

3. Sadece Kanunda Belirtilen Kimselerin Kiralananı Görebilmesi

Kiralananın gösterilmesi gereken kimseler, yalnızca kiraya veren ve onun belirlemeye yetkili olduğu üçüncü kişilerdir[30]. Buna göre şartlar gerçekleştiği takdirde kiraya veren kiralananı görmeye yetkili ilk kimsedir[31]. Diğer üçüncü kişileri belirlemeye ise kiraya veren yetkilidir. Bu kimselerin duruma göre tamirci, usta gibi bakımı gerçekleştiren kimseler veya yeni kiracı ile evi satın almayı düşünen kimseler olması beklenir. Bunun dışındaki kimseler, hükümde işaret edilen görme sebepleriyle ilgisinin bulunmamasına da bağlı olarak, görme hakkına sahip değildir. Örneğin, kiraya veren evinin nasıl olduğunu göstermek için akrabalarını bu sebeple kiralanana alamaz[32].

Kanunda diğer üçüncü kişileri belirleme yetkisi de kiralayana verilmiştir. Ancak görme sebebi ile ilgileri de olsa kiralayan üçüncü kişilerin tespiti noktasında oldukça hassas davranmalıdır[33]. Örneğin bakım sebebiyle görmede, sadece ustanın arızalı yeri görüp tamir etmesi yeterli ise yalnız onun görmesine ve ilgili yere girmesine müsaade edilmeli, gereksiz yardımcı kişiler veya tamir çalışmalarını izleyen komşular kiralanana alınmamalıdır. Aynı şekilde, kiracı tamircinin önceki işinden memnun

---

[26] Bkz. II.
[27] EREN, s. 370; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 285.
[28] GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 285, Kira, s. 173; EREN, s. 370.
[29] Örnek için, ACAR, s. 418.
[30] YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 505; ACAR, s. 418; üçüncü kişilerin ancak kiralayanla birlikte görme hakkına sahip olduklarına dair, HIGI, s. 365.
[31] Kiraya verenin ve komisyoncunun yalnızca bir kez görme hakkı olduğuna dair, İNCEOĞLU, s. 444.
[32] GÜMÜŞ, Kira, s. 174; KOÇAK DİKER, s. 182.
[33] BELEN/KOÇAK DİKER, s. 228; üçüncü kişilerin tespitinde kiralayanın iyiniyetli ve dürüst davranması gerektiğine dair, SUİÇMEZ, s. 1619, 1620; kapıcı, idare eden kimse, mimar ve diğer yardımcı kişilere karşı da gösterme yükümlülüğünün olduğuna dair, BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 192; satış sebebiyle gösterme yükümlülüğünün ciddî alıcılara ilişkin olduğu yönünde, TANDOĞAN, s. 152; görüş sayılarını azaltmak için tüm alıcılara ya da kiracılara birlikte gösterilebileceği yönünde, BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 192, 193.

kalmamışsa ya da kendisinin konutuna girmesini özellikle istemediği bir üçüncü kişi varsa, burada kiracının iradesi öncelikli tutulmalıdır.

Satış ya da sonraki kira için görmede de yalnızca alıcı, onun eşi gibi alma veya kiralama konusunda karar verici kimselerin görme hakkına sahip olabildiği ifade edilmektedir[34]. Komisyoncu da kiralananı görme hakkına sahip üçüncü kişiler arasında sayılmaktadır.

4. Kiracının Çalışmalardan ve Kiralananın Görülmesinden Uygun Bir Süre Önce Haberdar Edilmesi

Bakım ya da gösterme öncesinde kiracının bu durumdan haberdar edilmesi gerekir. Nitekim TBK m. 319/III hükmüne göre, "*Kiraya veren, çalışmaları ve kiralananın gezilip görüleceğini uygun bir süre önce kiracıya bildirmek ve bunların yapıldığı sırada kiracının yararlarını göz önünde tutmak zorundadır*". Sürenin uygun olup olmadığına uyuşmazlık hâlinde hâkim karar verir[35]. Uygun süre tayininde, görme sebebi ve durumun özelliği göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, bakım sebebiyle görme gerekliyse, uygun süre yerine göre çok kısa bir zaman da olabilir[36]. Satış ya da sonraki kira için görmede ise kiracının konutu uygun hâlde bulundurabileceği ve kendisinin de uygun olduğu bir zaman dilimi gözetilmelidir. Kiracıya bildirim yapılması şekle tâbi tutulmamıştır. Sözlü bildirimin bile yeterli olduğu belirtilmektedir[37].

5. Görme Sırasında Kiracının Yararının Gözetilmesi

Görme ile ilgili TBK m. 319/III'te işaret edilen son şart, gösterme sırasında kiraya verenin, kiracının yararlarını gözetmek zorunda olmasıdır. Dolayısıyla kiraya verenin görme zamanı olarak kiracıya uygun zamanları seçmesi[38], sadece ilgili bölümün görülmesi ile yetinilip diğer bölümlerde mahremiyetin ihlal edilmemesi, kiracının yararını gözetmenin bir gereğidir. Sadece gerekli kimselerin kiralananı görmesi ve görme sırasında kiracının eşyalarına zarar verilmemesi kiracı yararının gözetilmesi gereken konulardandır.

Görme hakkının ortaya çıktığı zaman dilimi de kiracının yararını ilgilendiren bir meseledir. Sınır gözetilmemiş bir zamanda sürekli görme hakkının olduğu yönünde bir hükmün sözleşmeye konulması, kiralayanın yararını ihlal eder. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir uyuşmazlıkta[39], (kiracı) davalı görme için müsait olduğu günleri belirtmiş olmasına rağmen bunun dikkate alınmayarak, hafta sonu dahi kiracıyı eve bağlayacak bir gün tayininde bulunulmasını, kiracının yararına uygun görmemiştir.

---

[34] ACAR, s. 419, dn. 85.

[35] AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 505; -TBK m. 319/I'de aranan şartın, TBK m. 319/II için de geçerli olduğuna dair s. 505'te yapılan atıfla- YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 504; en az beş iş günü olmasının uygun olacağına, fakat kiralananın konusuna göre bir değerlendirme yapmak gerektiğine dair, HIGI, s. 365; her uyuşmazlığa göre ayrı ayrı değerlendirmek gerektiği yönünde, MÜLLER-CHEN/HUGUENİN/GİRSBERGER, s. 377.

[36] HIGI, s. 365; BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 193'te yapılan yollamayla s.190; aynı yönde, YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 504; İNCEOĞLU, s. 436; DOĞU, s. 313; BELEN/KOÇAK DİKER, s. 226; büyük işlerde sürenin uzun olması gerektiği ve acil durumlarda önceden haberdar etmenin gerekli olmadığı ile ilgili, MÜLLER-CHEN/HUGUENİN/GİRSBERGER, s. 377.

[37] HIGI, s. 360; BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 190; aynı yönde, İNCEOĞLU, s. 436; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 504; Alman Hukuku'nda yapılan müdahale önemli bir değişikliğe sebep olmadıkça, bildirimin özel bir şekle ya da süreye bağlı olmadığına dair, LÜTZENKİRCHEN/DİCKERSBACH/ABRAMENKO, s. 1068.

[38] TANDOĞAN, s. 152; HIGI, s. 365; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 504; ACAR, s. 418; DOĞU, s. 314.

[39] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 14.04.2011 tarih ve E. 2010/16365, K. 2011/5950 sayılı kararı https://karararama.yargitay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

Başta kiracının yararının gözetilmesi olmak üzere, görme şartlarına uyulmaması hâlinde TBK m. 319/IV'e göre kiracı, kira bedelinin indirilmesini ya da zarar tazminini isteyebilir[40]. Kiralananın gezilmesine izin verilmesi, bu haktan vazgeçildiği anlamına gelmez[41]. Buna karşılık kiracının katlanma borcu da kiracı için bir yan edim yükümlülüğüdür[42]. Kiracı bu borcuna aykırı davranırsa, kiraya veren mahkemeden izin alabilir ve kiracının görmeye engel olması dolayısıyla doğan zararların tazminini isteyebilir[43].

II. KİRALANANIN GÖRÜLMESİNİN KİŞİLİK HAKLARINA VE ANAYASAL HAKLARA MÜDAHALE AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kira sözleşmesi kurulduktan sonra asıl olan, kira konusunun tamamen ve müdahale edilmeksizin kiracının kullanımına bırakılmasıdır. Bu nitelik, tam ve gereği gibi bir ifadan bahsedilebilmenin de bir gereğidir. Diğer yandan özellikle konut kiralarında kiralanan, kira süresi boyunca kiracının kişisel değerlerinin yer aldığı ve özel hayatının geçtiği bir mekân hâlini almaktadır. Konutta geçen aile hayatı ve özel hayat ilişkileri, bu konutta yer alan kişisel değer barındıran eşyalar veya tek başına konut, gerek Anayasa'da gerekse Türk Borçlar Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu gibi birtakım kanunlarda korunan değerler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla kira konusunun mümkün olduğunca üçüncü kişilerin müdahalesinden uzak kalması, aynı zamanda kiracının kişilik haklarını da ilgilendiren bir boyuta sahiptir. Aşağıda, konuta girilmesiyle birlikte kiracının ihlal edilen değerleri ve konutu görme konusundaki hukukî yararın bu değerlere üstün tutulması gereken bir durum olup olmadığı incelenmektedir.

A. Kişilik Hakkı Bağlamında

Kişilik haklarının ne olduğu konusunda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda bir tanım yapılmış değildir. Ancak doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan birine göre kişilik hakkı, *"kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü"*dür[44]. Genel olarak benimsenen bir başka tanıma göre de kişilik hakları, kişinin ayrılmaz parçasını olan, fiziksel, ruhsal bütünlüğüne, ismine, resmine, şeref ve onuruna, aile yaşamına, özel hayatına ve buna benzer tüm yararlarına ilişkin değerleri oluşturan haklardır[45].

Türk Medeni Kanunu m. 23 ve devamı hükümleri, kişilik haklarının tespiti noktasında sadece çerçeve hüküm oluştururlar[46]. Hangi değerlerin kişilik hakkı olduğunun tespiti görevi hâkime

---

[40] Alman Hukuku'nda karşılığını oluşturan BGB § 555a hükmü 3. Bent hakkında, LÜTZENKİRCHEN/DİCKERSBACH/ABRAMENKO, s. 1068.

[41] PERMANN, s. 106; EREN, s. 372; haktan feragat edilemeyeceği yönünde, BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 187.

[42] EREN, s. 371, 372.

[43] HIGI, s. 367; BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 193; PERMANN, s. 106; EREN, s. 371; DOĞU, s. 319.

[44] DURAL/ÖĞÜZ, s. 100; aynı yöndeki genel bir tanım için, HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), Legal Kitabevi, 5. Bası, İstanbul 2018, s. 87; ayrıca bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, 16. Bası, İstanbul 2016, s. 161.

[45] SEROZAN, Rona/ENGİN, B. İlkay/ATAMER, Yeşim M.: Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, Oniki Levha Yayınları, 9. Bası, İstanbul 2022, s. 458; ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, Fakülteler Matbaası, 4. Bası, İstanbul 1979, s. 148, 149.

[46] DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 23. Baskı, İstanbul 2022, s. 100; aynı yönde, ÖZSUNAY, s. 97, 98; SAYMEN, H. Ferit: Türk Medenî Hukuku, Cilt II, Şahsın Hukuku, Hak Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1960, s. 127.

bırakılmıştır[47]. Zaman içinde kişinin korunması gereken değerlerinin arttığı düşünülürse, sınırlayıcı bir sayım yapılmamış olması da isabetlidir.

Kişilik hakları arasında sayılan bazı hukukî yararlar, kiracının konutuna girilmesi ile doğrudan ilgilidir[48]. Bunlardan ilki kiracının ismi olabilir. Konutun görülmesi için kiralayan kiracının ad, soy ad, telefon numarası gibi birtakım kişisel verileri onun rızası dışında paylaşması mümkündür. Böyle bir durum kişilik hakkının doğrudan ihlalini oluşturur.

Konuta girilmesi ile doğrudan ilgili olabilecek diğer bir hak, kiracının sağlığı olabilir. Özellikle salgın hastalığın yaygın olduğu ya da kiracının veya aynı evde yaşayan diğer bireylerin steril bir ortamda kalması gerektiren hastalığa sahip olduğu hâllerde, kiracının sağlığı da gösterme yükümlülüğü sebebiyle zedelenir.

Kişinin sırları da konuta girilmesi ile ihlal edilebilecek değerler arasındadır. Çünkü sır ihlali için bunu mutlaka sır sahibinin söylemiş olması gerekmez. Kiralanan konut, kiracının başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği bir sır alanı olabilir. Örneğin, aile üyelerinden birinin hastalığından kiracının kimseye bahsetmemesi, fakat konutta hastanın kaldığı odanın görülmesinden sonra bu sırrın ortaya çıkması, söz konusu duruma örnek oluşturabilir. Yine bir iş yeri kirasında kiracının, piyasada kimsenin bilmediği makinalarla üretim yapması ve işyerine girilmesi ile bu ticarî sırrın öğrenilmesi de sırrın ifşası niteliği taşır.

Kiralanan konuta girmek suretiyle kişilik haklarının ihlal edildiği örnekleri çoğaltmak mümkündür. Burada sınırlayıcı bir yoruma gitmek doğru değildir. Önemli olan konutun görülmesinin böyle bir ihlale uygun zemin oluşturup oluşturmadığını tespit etmektir.

B. Özel Hayatın Gizliliği Bağlamında

Konutun görülmesi esnasında ihlal edilmeye en uygun olan yararın, özel hayatın gizliliği olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira konut, kişinin üçüncü kişilerden uzak ve kimi zaman onların bilmesini istemeyeceği bir şekilde yaşamını sürdürdüğü, yakın aile ilişkilerinin geçtiği, özel eşyaların, resimlerin veya sırların içinde yer aldığı bir alandır. Kişiler konutlarına misafir olarak kabul ettikleri kimselerin bile, buradaki her alana girmesini istemezler. Oysa konut olan kiralananın görülmesinde, hiç tanınmayan üçüncü kişiler, özellikle uygulamada konutun her köşesini görme imkânına kavuşmaktadır. Özel hayat, aile yaşamı ve konuta saygı, neredeyse birbirinden ayrı ifade edilemeyecek kadar yakın ilişki içerisindedir[49]. Konuta saygının olmaması, aile yaşamına ve özel hayata saygı duyulmamasını da beraberinde getirmektedir.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Özel Hayat

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özel hayatın ne olduğu tanımlanmamış, fakat 8. maddede, aile yaşamı, konut ve haberleşme ile birlikte saygı gösterilmesi gereken değerler arasında sayılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kavramı çok geniş ele alarak, kişinin maddi-manevi bütünlüğünü,

[47] DURAL/ÖĞÜZ, s. 100; ÖZSUNAY, s. 97, 98, SAYMEN, s. 127.

[48] Kiralananın görülmesine katlanma yükümlülüğü getirmenin kiracının kişilik haklarına ağır bir saldırı oluşturacağı yönünde, GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 364, 365; TBK değişikliğinden sonra verdiği eserinde de yazar hüküm çerçevesinde kiracının kişilik haklarının ve özellikle de özel hayatı üzerindeki kişilik haklarının bu yolla ihlal edilebileceğini ve mevcut hükümler karşısında bunun gözetilmesi gereken sınırları olduğunu ifade etmiştir, GÜMÜŞ, Kira, s. 174.

[49] DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Pozitif Matbaa, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 1.

kişisel ve sosyal kimliğini, cinsel yaşamını, özel alanını ve kişisel verilerini bu kapsamda değerlendirmiştir[50]. Mahkemeye göre özel hayat, bireyin yaşam kalitesi ve huzurunun dış dünyadan etkilenmemesi gereken alanıdır ve ona göre bu alan, konuta saygı ve aile yaşamı ile birlikte korunur[51].

Özel hayat çerçevesinde ele alınan konuta saygı da konut edinme hakkını değil, kişilerin özel ve aile hayatının geçtiği, mülkiyet, kira veya başka şekillerde edinilmiş bu alandan müdahalesiz bir şekilde yararlanmaya saygı duyulmasını ifade eder[52]. Mahkemeye göre işyeri de konut gibi değerlendirilir[53].

Sözleşme çerçevesinde Devlet'in yükümlülüğü, sadece bu haklara müdahale etmemek değil, özel kişilerin bu müdahaleleri yapmaması konusunda da önlem almaktır[54]. Böylece Devlet, bir yandan kişilerin özel hayatına, aile hayatına müdahale oluşturan, konuta saygı ile bağdaşmayan davranışlarda bulunmamakla yükümlüyken, diğer taraftan da özel kişilerin bu müdahalelerde bulunmaması için gerekli yasal düzenlemelerde bulunmak ve müdahale gerçekleştiğinde de eski durumu temin için gerekli adımları atmak zorundadır.

Sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre, yukarıda zikredilen yararlara yapılan bir müdahalenin hukuka uygun olması için müdahalenin hukukî olması, meşru bir amaç için yapılması ve demokratik toplumun bunu gerektirmesi gerekir. Aynı fıkrada söz konusu yararlara müdahale edilebilecek sebepler sayılmıştır. Ülkenin ekonomik refahı ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması da bu sebepler arasındadır.

Kiralanan konutun görülmesi çerçevesinde bir değerlendirilme yapıldığında görülmektedir ki kiracının gerek özel hayatı gerek aile hayatı gerekse konutu, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunan hukukî yararlardır. Kiralayanın veya üçüncü kişilerin konutu görmeleri, fiziksel anlamda bu yararlara müdahale oluşturur. Sözleşme açısından düşünüldüğünde, burada kiracının özel hayatı, aile hayatı ve konutu üzerindeki yararları ile (satış ve sonraki kira özelinde) kiralayanın taşınmazını ekonomik olarak değerlendirme hakkı çatışmıştır. Ancak Türk Kanun Koyucusu TBK'nda görme hakkını düzenleyerek kiralayanın yararını öncelemiştir.

2. Anayasa Çerçevesinde Özel Hayat

Kişilerin özel hayatı, 1982 tarihli Anayasa'da da koruma altına alınmıştır. Anayasa'nın yirminci maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*". Özel hayatın içinde değerlendirilmesine rağmen, aile hayatına hükümde özellikle yer verilmesi dikkat çekicidir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanma usulünü düzenleyen 13. maddeye göre ise "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı*

---

[50] DOĞRU/NALBANT, s. 2 vd.; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat: *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2019, s. 402; maddede sayılan örneklerin, özel hayatın kendisini değil, farklı unsurlarını ifade ettiği yönünde, GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/SAYGILI, Abdurrahman: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 12. Bası, Ankara 2019, s. 322, bunların iç içe geçmiş birbirinin uzantısı kavramlar olduğu yönünde, s. 324.

[51] DOĞRU/NALBANT, s. 5; aynı yönde, GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ/SAYGILI, s. 324 vd.; Mahkemenin bazı olaylarda bu kavramları birlikte değerlendirdiği yönünde, TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 401.

[52] DOĞRU/NALBANT, s. 9; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ/SAYGILI, s. 330, 331.

[53] TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 448; DOĞRU/NALBANT, s. 9; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ/SAYGILI, s. 330.

[54] DOĞRU/NALBANT, s. 1; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 396, 397; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ/SAYGILI, s. 323, 332.

olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". O hâlde kişinin özel hayatı da ancak bu maddede işaret edilen hususlar çerçevesinde sınırlanabilir.

Kiralayanın ve üçüncü kişilerin konutu görme yetkisi, kiracının özel hayatı konusunda bir sınırlama oluşturur. Sınırlamanın 13. maddeye uygun olarak yapılıp yapılmadığı değerlendirildiğinde, ilk olarak bu sınırlama kanun hükmü ile yapıldığı için şekli anlamda usulüne uygun olduğu görülür. Öze dokunup dokunmadığı ise somut olayın gelişimi ile belirlenir. İlgili maddedeki sebepler bağlamında bir sınırlama yapılıp yapılmadığı meselesine gelince, Anayasa m. 20/II'de yalnızca üst, özel kâğıt ve eşyaların aranabilmesiyle el konulabilmesi için belli sebep sayılmıştır. Hükümden yalnızca bu fiiller varsa ilgili sebeplerin irdeleneceği anlaşılmaktadır. Oysa konutun görülmesi suretiyle özel hayata müdahale etmek, üst, özel kâğıt ya da eşya araması için yapılmamaktadır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'yla getirilen sınırlama, Anayasa m. 13 ve 20'nin dışına çıkmaktadır. Müdahalenin ölçülülüğü de tartışılır hâle gelmektedir. Çünkü burada kiracının özel hayat ve konut dokunulmazlığı ile kiralayan ve üçüncü kişinin malvarlıksal yararı çatışmakta, görme hakkının tanınmasıyla kiralayan ve üçüncü kişinin yararı tercih edilmektedir.

3. Kişiler Hukuku Çerçevesinde Özel Hayat

Kişilerin hangi değerlerinin herkes tarafından görülebilir olduğu ya da hangi değerlerinin özel hayat kapsamına girdiğini tespit etmek üzere, kişiler hukukunda bir ayrıma gidilir. Söz konusu ayrıma göre kişinin genel olarak üç hayat alanı vardır. Bunlardan ilki kamuya açık alan olup, bu alan, toplum içinde bilinen veya bilinmese de kişi tarafından kamuya açık hâle getirildiği için bilinir hâle gelen hayat alanı olarak tanımlanır[55]. Bu alanda gizlilik olmadığı için gerçekleşen ihlal hukuka aykırılık oluşturmaz[56]. Özel alan da kişinin ailesi, yakın arkadaşları gibi sadece belli kimselerce bilinmesini istediği alandır[57]. Gizli alanı ise kişinin sadece kendilerine açıklanan kimselerin bilinmesi istediği alanı ifade eder[58]. Özel alan ve gizli alanın ihlali, özel hayatın ve dolayısıyla kişilik hakkının ihlali anlamına gelir.

Kişinin konutu, özel alanı ile gizli alanını barındıran mekândır. Nitekim kişi konutunda, ya sadece aile üyelerinin, akrabalarının, yakın arkadaşlarının bilmesine izin verdiği ya da bunların hiçbirinin bilmesini istemediği hayatını yaşar. Konutun kiralayan ya da üçüncü kişilerce görülmesine Kanun tarafından imkân tanınmasıyla birlikte, bu alan söz konusu kimselere açık hâle gelmektedir.

C. Konut Dokunulmazlığı Bağlamında

Kişinin konut dokunulmazlığı, özel hayatı ile iç içe geçmiş bir bağlantı içerisindedir. Çünkü özel hayatın önemli bir bölümü, kişinin konutunda geçer. Konut dokunulmazlığının ihlali, özel hayatın da

---

[55] SEROZAN/ENGİN/ATAMER, s. 469; DURAL/ÖĞÜZ, s. 138; HELVACI/ERLÜLE, s. 91; ÖZTAN, Bilge: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Yetkin Yayınları, 11. Bası, Ankara 2021, s. 280; "kişinin herkese açık olan hayatı" şeklinde ifade edilerek aynı yönde, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 189, 190; "ortak alan" şeklindeki ifadeyle aynı yönde, ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 141, ÖZSUNAY, s. 126.

[56] DURAL/ÖĞÜZ, s. 138; ÖZSUNAY, s. 126, 127; TMK'nın kural olarak özel alan ve gizli alanı koruduğunu belirterek aynı yönde, HELVACI/ERLÜLE, s. 92. Kural olarak kamuya açık alanın öğrenilmesi ve yayılmasının hukuka aykırı olmadığı, ancak bazı somut olayların ihlal olarak değerlendirilebileceği yönünde, ÖZTAN, s. 281.

[57] SEROZAN/ENGİN/ATAMER, s. 469; DURAL/ÖĞÜZ, s. 138; ÖZSUNAY, s. 127; ayrıca bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 189; HELVACI/ERLÜLE, s. 91; ARPACI, s. 141; ÖZTAN, s. 284.

[58] HELVACI/ERLÜLE, s. 91; DURAL/ÖĞÜZ, s. 138; SEROZAN/ENGİN/ATAMER, s. 470; ARPACI, s. 141; ÖZTAN, s. 282; ÖZSUNAY, s. 217.

ihlali anlamına gelir[59]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de konuta saygı, özel hayatın gizliliği ile birlikte anılmıştır[60].

Konut dokunulmazlığı Anayasa'da da korunan temel hak ve hürriyetler arasındadır. 21. maddeye göre "*Kimsenin konutuna dokunulamaz*". Hükmün devamında başkalarının konutuna girebilmenin şartlarından bahsedilmiştir. Buna göre ancak, "*milli güvenlik, kamu düzen, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*" sebepleri varsa, kural olarak yalnız hâkim kararı ile kişinin konutuna girilebilir.

Kiralayanın veya üçüncü kişilerin konuta girmeleri bu çerçevede değerlendirildiğinde konuta girmenin bir hâkim kararına değil, kanun hükmüne dayandığı görülür. Ayrıca hükümde sayılan sebeplerin var olup olmadığı konusunda da muhtemelen sadece "*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*" sebebi gündeme gelebilir. Burada kiralayanın mülkiyet, üçüncü kişinin ise sözleşme yapma hakkını kullanması söz konusudur. Kiracının konut dokunulmazlığı ile bu haklar çatışmaktadır. Konutu görme hükmü çerçevesinde de kiralayan ile üçüncü kişinin yararları tercih edilmiştir. Tüm bunlar değerlendirildiğinde konutun görülmesiyle kiracının konut dokunulmazlığı, hâkim kararı olmadığı için şeklen, yarar çatışması seçimindeki isabetlilik açısından da maddi olarak zedelenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla bir kanun hükmü, üst norm olan Anayasa'ya aykırı hâle gelmiştir.

Konut dokunulmazlığının korunduğu bir başka hüküm TCK m. 116'dır. Hükümde, bir başkasının konutuna onun rızası olmadan giren veya rıza ile girdikten sonra çıkmayan kimsenin fiili şikâyet ile kovuşturulan bir suç olarak tanımlanmıştır. Bununla ilgili olarak değerlendirilmesi gereken hüküm ise TCK m. 26 olup, bu hükme göre de hakkın kullanılması ve ilgilinin (önceki) rızası fiili suç olmaktan çıkarır. Konutun görülmesi konusunda kiracının rızası olmasa da kiralayan ya da üçüncü kişi, TBK'na dayanan hakkını kullandığını ileri sürerek, fiilin suç olmadığı savunmasını yapabilir. Fakat yukarıda da ifade edildiği üzere bu hükmün Anayasa'ya ne kadar uygun olduğu da tartışılabilir.

III. KİRALANANIN FOTOĞRAF VE VİDEOLARININ ÇEKİLMESİNİN KİRALANANI GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Borçlar Kanunu m. 319, kiralananın gezilip görülmesine katlanma yükümlülüğünden bahsetmiş, dolayısıyla fiziken gerçekleşen bir gezip görmeye işaret etmiş, yükümlülüğün ifası olarak fotoğraf-video çekimi ve bunların yayınlanmasına yer vermemiştir. Kiralayan tarafından böyle bir taleple gelindiğinde, kiracı hükme göre bu şekilde bir yükümlülüğünün olmadığını ileri sürmekte, kiralayan ise konutunu ekonomik anlamda daha iyi değerlendirebilmek için talebi konusunda ısrarcı olmaktadır. Kiralanan kiracının kullanımındayken fotoğraf-videosunun çekilip yayınlanmak istendiği bir durumda, kiracının yararı, kiralananın fiziken görülmesinden daha az zedelenmez. Zira fiziken görülmede, ilgili bir ya da birkaç kişi konutu görürken, fotoğraf-video yayınında kiracının özel alanı çok daha geniş bir kitleye ulaşmaktadır. Ayrıca sosyal medyadaki görme yeterli sayılmamakta, sonraki kiracı ya da mâlik adayları haklı olarak kiralananı fiziken de görmek istemektedirler. Böyle bir hâlde somut olaya göre kiracının özel hayatı, konut hakkı ve kişilik hakları ile kiralayanın mülkiyet hakkı ve üçüncü

[59] ARPACI, Kişiler, s. 142; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 21.01.2016 tarih ve E. 2015/12845 ve K. 2016/201 sayılı kararı, karar için bkz. KURAK, Necat: Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 381, 382. Fakat kararda TBK m. 319'un konut dokunulmazlığının bir kısıtlaması olduğu yönünde hüküm kurulmuştur.

[60] Bkz. II, B, a.

kişinin malvarlığı yararı çatışmaktadır. Aşağıda bu durum çeşitli ihtimaller doğrultusunda tercih edilmesi gereken hukukî yarar çerçevesinde değerlendirilmektedir.

A. Kiracının Rızasının Olmadığı Durumlarda Fotoğraf-Video Çekilmesi ve Yayınlanması

Kiralananın fotoğraf ve videolarının çekilmesine kiracının katlanmasının gerekip gerekmediği, kiralayanın görme hakkının kapsamı ve görme ile kiracının hukukî yararının zarar görüp görmediği açısından değerlendirilmelidir.

1. Kanunun Lafzen Yorumu ile Değerlendirme

Kiralananın görülmesine katlanma yükümlülüğü TBK'da "*gezip görme*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifade tarzından daha çok, kiralananın fiziken, çıplak gözle görülmesine işaret edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de alıcının veya kiralayanın, alacağı ya da kiralayacağı mal konusunda bir fikir edinmesi buna bağlıdır. Bakım açısından da onarılması veya iyileştirilmesi gereken yerin tespiti, yine onu görme ile olabilir. Bununla birlikte Kanunda bu görme borcunu ifa olarak karşılayan ya da onun bir parçası olabilen fotoğraf-video çekilmesine ve bunların yayınlanmasına katlanma yükümlülüğünden bahsedilmez.

Doktrinde kira konusunun fotoğraf-videolarının alınması ve yayınlanması, çeşitli açılardan değerlendirilmiştir. Bir görüşe[61] göre, kiralananın fotoğraf veya videosu varsa, görme zorunluluğunu ortadan kaldırdığı ölçüde gösterme yükümlülüğü ortadan kalkar. Diğer bir görüşe[62] göre ise çıplak gözle görmek, fotoğraf veya videodan görmekle eşdeğer değildir, bu yüzden kiracının gösterme yükümlülüğü ortadan kalkmaz. Bir başka fikre[63] göre de gezip görme esnasında kiracının rızası olmaksızın kiralananın fotoğraflanması veya videosunun çekilmesi, kişilik haklarının ihlali teşkil edebilir ve manevî tazminatı gündeme getirebilir. Ancak bu görüşler, fotoğraf-video çekme ve yayınına izin vermenin yükümlülük olup olmadığına değinmemektedir.

Kanunun lafzı fiziken gezilip görülmeye işaret etmektedir. Diğer yandan kira sözleşmesi taraflarından biri olan kiracı, tıpkı tüketici, işçi gibi, hukuk sisteminin koruması gereken bir süjedir. Dolayısıyla Kanun dar yorumlanmalı[64] ve hâlihazırda kiracının kiralananı sadece fiziken gösterme yükümlülüğü olduğundan bahsedilmelidir. Kişilik haklarına müdahale teşkil eden kısıtlamalar dar yorumlanmalıdır[65].

2. Kiracının Zedelenen Hukukî Yararı Olup Olmaması Bakımından Değerlendirme

Kiracının özel hayatı ve kişilik hakları açısından kira konusu eşya önemli bir noktada yer alabilir. Özellikle konut kiralarında, kiracı hayatının büyük bir bölümünü bu alanda geçirmekte, aile hayatı, yaşantısı, yakın çevresi ile olan ilişkileri bu çevrede kalmaktadır. Dolayısıyla kiralananın fotoğraf ve videolarının çekilerek yayınlanması, özellikle konut ve işyeri kiraları açısından bu yararları ihlal edebilir.

---

[61] ACAR, s. 416; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 286; Kira, s. 174; somut olaya göre ve zorunlu durumlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerektiğine dair, DOĞU, s. 316.

[62] İNCEOĞLU, s. 444.

[63] DOĞU, s. 318, 319.

[64] Yasanın öngördüğünden öteye gitmemesi gerektiği yönünde, BISANG/BURKHALTER/FUTTERLIEB/HEINRICH/MAAG/MÜLLER/ROHRER/STUCKI/TSCHUDI, s. 187.

[65] Bir hakkı kısıtlamadaki amacın meşruluğundan orantılılığın anlaşılması ve asgari düzeyde müdahaleye izin verilmesi gerektiği yönünde, TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 399.

Kiralanana ait fotoğraf ve videoların özel hayatı ihlal ettiğinden bahsedebilmek için ilk olarak bunların özel hayata dair veriler içermesi gerekir[66]. Konut ve işyeri dışındaki kiralarda bu ihlalin oluşup oluşmadığını tespit için uyuşmazlığı incelemelidir. Zira her zaman kiracının özel hayatına dair veri içermeyebilir. Örneğin, bir fotokopi makinası kiralandığında bu makinanın fotoğraflanmasında ayrık bir durum olmadıkça özel hayat ihlali yoktur. Elbette makine fotoğraflanırken kiracının özel hayatına dair verilere de yer verilmişse yine özel hayat ihlali gündeme gelir. Buna karşılık konutun fotoğraf ve videolarının çekilerek yayınlanmasında ekseriyetle özel hayat ihlalinin olduğu kabul edilmelidir. Çünkü uygulamada, yatak odası, banyo gibi kiracının çok mahrem alanları da fotoğraflanmakta ve yayınlanmaktadır. Aslında bu fotoğrafların özel hayata dair veri olduğundan bahsedebilmek için illaki mahrem alanlara ait olması da gerekmez. Kişinin herkesin görmesini istemediği bir alan olarak oturma odası dahi özel hayat alanı sayılır. Kiracı eşyalarının, hangi bitkiye ya da sanata ilgi duyduğunun, çocuğunun eşyalarının, hangi marka dolap kullandığının bilinmesini istemeyebilir. Dolayısıyla kişinin başkalarınca bilinmesini istemediği alanı özel ya da gizli alandır ve bunlara dair fotoğraf veya videoların yayını doğrudan özel hayatı ihlal eder.

İşyeri kirasına konu olan yerler için de ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Çünkü bu alanlar genellikle kamuya açık alanlardır. Bu sebeple her zaman özel hayat açısından ihlal oluşmayabilir. Örneğin, kafe işletmek için kiralanan bir alan, zaten herkesin girişine açıktır. Fotoğraflarının sosyal medyadan da görülmesi çoğunlukla zarara sebep olmaz, hatta işletmenin reklamı bile olabilir. Fakat bazı hâllerde zarara yol açması mümkündür[67]. Belirtilen kafe örneğinde, kiracının kahveleri nasıl öğüttüğü veya pişirdiğine dair bir fotoğraf, ticarî bir sırrı ihlal edebilir. Bu durumda hem haksız rekabet açısından hem de özel hayat açısından bir ihlal oluşur.

Fotoğraf-video çekimi ile yayınının konuta saygıyı ihlal edip etmediği de yine kira konusunun türüne ve uyuşmazlığa göre değerlendirilmelidir. Konut ve işyeri kiraları dışındaki kiralarda konuta müdahale edilmemişse, konuta saygının olmadığından da bahsedilemez. Ancak kira konusunun fotoğrafını çekmek için kiracının rızası olmadan konuta girilmişse, doğrudan konut söz konusu olduğu için ihlal gerçekleşir. Konut kiralarında ise rıza olmadan konuta girilmesiyle doğrudan ihlal oluşmaktadır. Konutun içinde eşya ya da birilerinin olup olmaması, ihlalin oluşumu açısından önemli değildir. İşyeri bakımından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumunda işyeri de konut gibi değerlendirildiğinden, yine benzer yorumu yapmak mümkündür.

Konuta saygının ihlali, özel hayatın ihlali anlamına da gelir. Özel hayat ise kişilik haklarının bir parçasıdır. Dolayısıyla kişinin özel ya da gizli alanının ihlal edildiği, bu arada konut fotoğrafının veya videosunun çekilerek yayınlandığı hâllerde özel alanı olması dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edildiğini de söylemek mümkündür.

3. Fotoğraf-Video Çekim ve Yayımının Görme Açısından İşlevselliğiyle İlgili Değerlendirme

Tüm görme sebepleri açısından kiralananın fotoğraftan görülmesi, çoğu zaman sadece fikir uyandırmakta, fakat karar almada yeterli gelmemekte, ilgililer bizzat da söz konusu eşyayı görmek istemektedir. Fotoğraf-video yayınlanmanın reklam niteliği yadsınamaz. Ancak bunun telafisi, kiralananın boşken fotoğraflanması gibi başka bir yöntemle de yapılabilir. Hatta kiracının ya da alıcının,

[66] Genel anlamda özel hayata dair video görüntülerinin sızdırılmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8'i ihlal ettiği yönünde, TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 434.

[67] Nitekim bazı örneklerde kiracının ekonomik faaliyetleri zarar görebilir. Genel olarak kiralananı görmenin özel hayata ve ekonomik faaliyetlere el atma şeklinde olmaması gerektiği yönünde, GÜMÜŞ, Kira, s. 175.

tefrişatla süslenmemiş şekilde yalın olarak eşyayı görmesi daha çok yararınadır. Dolayısıyla kiracı kullanırken kiralananın fotoğrafının veya videosunun çekilmesinin ve yayınlanmasının ne kadar amacına hizmet ettiği tartışılabilir hâle gelmektedir. Söz konusu değerlendirmeyi, kiracının özel alanını görebilen kitle açısından da yapmak mümkündür. Nitekim fiziken görmede sınırlı sayıda kişi kiralananı görebilirken, fotoğraf-video yayınında isteyen herkes bu yayınları görebilir. Böylece kiracının aile ortamı, özel hayatı çok daha fazla kişiye açık hâle gelmektedir.

B. Kiracının Rızası ile Fotoğraf-Video Çekilmesi ve Yayınlanması

Kira konusu kiracının kullanımındayken onun fotoğraf-video çekilmesine ve bunların yayınlanmasına izin verdiği durumlarda bir ihlalden bahsedilemez. Her ne kadar konut veya işyeri kiracının özel hayat alanı olsa da ve bu alan söz konusu yayınlarla kamuya açık hâle getirilse de kiracı buna rıza gösterdiği için durum hukuka aykırı olarak değerlendirilmemelidir.

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olması için fotoğraf-video çekimi ile yayınından önce verilmesi gerekir. Çekim veya yayından sonra alınan rıza, ancak tazminatta indirim veya tazminatın ortadan kalkma sebebi olarak değerlendirilebilir. Kiralanana girilmesine izin verilmesine rağmen, çekim veya yayın için izin verilmediği durumlarda, rıza olmadığı için yine durum hukuka aykırı olur. Bunun gibi sadece müstakbel alıcının eşine gösterme sözüyle fotoğraf çektiği, fakat ardından fotoğrafların herkesin görebileceği şekilde yayınlandığı durumlarda da sınır aşıldığı için hukuka uygunluktan bahsedilemez. Dolayısıyla fotoğraf-video çekim ve yayınının rıza ile hukuka uygun şekilde gerçekleşmesi için bunun çekimden önce verilmesi, yayımı için de izin alınmış olması gerekir.

C. Kiralanan Boşken Fotoğraf-Video Çekilmesi ve Yayınlanması

Kiracı henüz kira konusundan yararlanmaya başlamadan önce, onunla ilgili olan bir özel hayatı, kişilik hakkı veya konut hakkı söz konusu değildir. Dolayısıyla böyle bir durumda herhangi bir değerlendirme yapmaya gerek kalmadan, kiralayanın fotoğraf-video çekerek yayınlama konusunda kural olarak serbest olduğunu söylemek gerekir. Gerçekten de henüz sözleşme görüşmeleri başlamadan önce, kiracının kira konusu üzerinde hiçbir hukukî yararı yoktur. Bu sebeple korunması gereken bir değer de söz konusu değildir.

Bazı durumlarda kiralanan boşken fotoğraf veya videosunun çekilmesi ve yayınlanması da birtakım zararların oluşmasına illiyet bağı anlamında katkı yapmış olabilir. Örneğin, hırsızın bir konuta girmek için kiralananın önceden yayınlanmış fotoğraflarını dikkate alarak bir kroki çizdiği ve evin ilgili bölümlerini tespit ettiği düşünülebilir. Böyle bir hâlde kiralayan uzak bir illiyetle zarara katkıda bulunduğundan, bu zarardan sorumlu olması ancak kastı varsa ve illiyet bağının uygunluğu tespit edilebiliyorsa mümkündür.

SONUÇ

Kira sözleşmesi, kararlaştırılan süre boyunca kiralananın, kiracının münhasır kullanımına bırakılmasını gerektiren bir sözleşmedir. Bu durum, tam ve gereği gibi bir ifadan bahsedilebilmesi için zorunludur. Fakat kira sözleşmesindeki münhasır kullanımın önemi, sadece ifadan kaynaklanmaz. Konut ve işyeri kiralarında, özellikle konut kirasında, kiralanan aynı zamanda kiracının özel hayat alanı ya da onun parçasıdır. Dolayısıyla kira konusuna yapılan müdahale, bu değerlerin ihlali anlamına da gelebilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 319, kiralayana ve üçüncü kişilere tanıdığı görme hakkı ile kiracının münhasır kullanım hakkını daraltmıştır. Görme sebeplerinden olan bakım açısından, görme hakkının

ortaya çıkması doğaldır. Bakım için görme, hem zararın veya tehlikenin önleneceği yerin tespiti hem de bakımın yapılabilmesi için mutlaka gereklidir. Fakat bu görme de sınırları içerisinde olmalı, bakım için de olsa gereksiz müdahalelerden kaçınılmalıdır. Görme sadece kiralananın ilgili bölümüyle ve ilgili kişilerin görmesi ile sınırlanmalıdır.

Satış veya sonraki kira sebepleri için görme hakkının tanınmış olması ise tartışılabilir. Nitekim bu gibi olaylarda, kiralayanın mülkiyetinde tasarruf etme ve üçüncü kişinin sözleşmesel yararı ile kiracının özel hayatı, konut dokunulmazlığı ve kişilik hakları çatışmaktadır. Kanun koyucu ise bu yarar çatışmasında, kiralayan ile üçüncü kişinin malvarlıksal yararını tercih etmiştir. Oysa kiracının özel hayatı, konutuna saygı duyulması hakkı, kişilik hakları ve bunlara eklenen sözleşmeyi tam ifa beklentisi, bu malvarlıksal yararlardan daha üstündür. Bu sebeplerle kiracının rıza gösterdiği hâller dışında, görme hakkının yalnızca bakım sebebi için olması gerektiği kanaatindeyiz.

Konutun ve işyerinin fotoğraflarının çekilmesi ve bunların yayınlanması konusunda da kiracının yine aynı yararları gündeme gelmektedir. Kiracının rızasıyla ya da kiralanan boşken fotoğraf çekilmesinde ve bunların yayınlanmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ayrık bir durum olmadığı müddetçe bu hâller hukuka uygundur. Ancak kiracının fotoğraf-video çekilmesine ve yayınlanmasına rızası yoksa, TBK m. 319'a dayanılarak kiracı buna zorlanamaz. Kiracıya böyle bir yükümlülük getirmek, ne maddenin lafzından ne de amacından anlaşılmaktadır. Söz konusu madde, hakkın sınırlanmasına dair bir maddedir ve bu sebeple dar yorumlanmalıdır. Dolayısıyla ne hâlihazırdaki görme sebepleri genişletilmelidir ne de kiracının kullanımı esnasında fotoğraf-video çekilerek yayınlanması TBK m. 319 kapsamında değerlendirilmelidir.

Kaynakça

ACAR, Faruk: *Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-332)*, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2017.

ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2000.

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.

BELEN, Herdem/ KOÇAK DİKER, Duygu: "6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümleri Uyarınca Kiracının Borçları", *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 199-230.

BISANG, Raymond/BURKHALTER, Peter/FUTTERLIEB, Raoul/HEINRICH, Peter/MAAG, Andreas/MÜLLER, Jürg P./ROHRER, Beat/STUCKI, Katharina/ TSCHUDI, Matthias: *Das Schweizerische Mietrecht Kommentar*, Schultess Juristische Medien AG, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008.

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, Pozitif Matbaa, 1. Baskı, Ankara 2013.

DOĞU, Hakkı Mert: "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Gezilip Görülmesine Katlanma Borcu", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 309-323.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 23. Baskı, İstanbul 2022

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2022.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/SAYGILI, Abdurrahman: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 12. Bası, Ankara 2019.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt: I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (GÜMÜŞ, Borçlar Özel).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, (GÜMÜŞ, Kira).

HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: *Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*, Legal Kitabevi, 5. Bası, İstanbul 2018.

HIGI, Peter: (Heausgegeben von: GAUCH, Peter), *Obligationenrecht, Teilband V 2b Die Miete*, Dritte Auflage, Zürich 1984

İNCEOĞLU, Murat M.: *Kira Hukuku Cilt 1*, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2014.

KAHRAMAN, Zafer: "TBK m. 299-308 Maddeleri Şerhi", *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, Cilt-2, Editörler Kurulu: Prof. Dr. Rona SEROZAN, Prof. Dr. Turgut ÖZ, Prof. Dr. Faruk ACAR, Prof. Dr. Emre GÖKYAYLA, Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

KOÇAK DİKER, Duygu: *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi (TBK m. 316/II-III)*, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2018.

KURAK, Necat: *Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2021.

LÜTZENKİRCHEN, Klaus/DİCKERSBACH, Marc/ABRAMENKO, Andrik: Mietrecht Kommentar, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2015.

MÜLLER-CHEN, Markus/HUGUENİN, Claire/GİRSBERGER, Daniel: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Schultess Juristische Medien Verlag, Zurich-Basel-Genf 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Filiz Kitabevi, 16. Bası, İstanbul 2016.

ÖZSUNAY, Ergun: *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, Fakülteler Matbaası, 4. Bası, İstanbul 1979.

ÖZTAN, Bilge: *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, Yetkin Yayınları, 11. Bası, Ankara 2021.

PERMANN, Richard: *Kommentar zum Mietrecht*, Orell Füssli Verlag AG, 2. Auflage, Zürich 2007.

SAYMEN, H. Ferit: *Türk Medenî Hukuku, Cilt II, Şahsın Hukuku*, Hak Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1960.

SEROZAN, Rona/ENGİN, B. İlkay/ATAMER, Yeşim M.: *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, Oniki Levha Yayınları, 9. Bası, İstanbul 2022.

SUİÇMEZ, Nevran: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, Cilt: 19, Özel Sayı-2017, s. 1597-1622.

TANDOĞAN, Halûk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/2*, Vedat Kitapçılık, 4. Tıpkı basım, İstanbul 2008.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat: *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2019.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Birinci Cilt, Beta Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2022.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 14.04.2011 tarih ve E. 2010/16365, K. 2011/5950 sayılı kararı https://karararama.yargitay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

DEVLET DIŞI AKTÖRLER TARAFINDAN YÜRÜTÜLEN SİBER OPERASYONLARDA DEVLETLERİN SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi, Berkant Akkuş*

ÖZET

Devlet destekli siber operasyonlar, Devletlerin sorumluluğunun belirlenmesinde uluslararası sorumluluk hukuku açısından gerçek bir zorluk teşkil etmektedir. Temel sorunlardan biri çoğu durumda, en azından bugüne kadar, siber operasyonların faillerini, bireyleri veya Devlet temsilcilerini açıkça tanımlamanın ve davranışlarının Devletlere mi yoksa uluslararası hukukun diğer öznelerine mi atfedilebileceğini belirlemenin imkansızlığıdır. Genellikle devlet destekli olduğu iddia edilen siber operasyonların çoğu henüz açıkça bir devlete atfedilmemiştir. Uluslararası hukuk sorumluluk atfedilmesi konusundaki teknik soruna bir çözüm getirmemektedir. Ancak sorumluları belirlemek sadece teknik imkansızlıklarla da sınırlandırılamaz. Genel olarak, siber eylemlerin atfedilmesinin üç farklı boyutu vardır: birincisi, siber operasyonun başlatıldığı veya aktarıldığı makineye atfedilmesi; ikincisi, siber operasyonların gerçekleştiren kişiye atfedilmesi; ve üçüncüsü, başta bir Devlet olmak üzere bir varlığa atfedilmesi. Bu bildiri uluslararası hukuk perspektifinden sorumluluk atfedilmesi konusuna, yani bir davranışın bir Devlete veya uluslararası hukukun başka bir öznesine atfedilmesine odaklanmaktadır. Daha özel olarak, Devletin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında devlet dışı aktörler tarafından yürütülen siber operasyonların neticesinde devletlere sorumluluk atfedilmesi konusuna odaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Siber Saldırılar, Devlet Dışı Aktörler, Uluslararası Sorumluluk

THE STATE RESPONSIBILITY FOR THE ACTIONS OF NON-STATE ACTORS IN CYBER OPERATIONS

ABSTRACT

Non-state actors actively and intensively use cyberspace for manipulation, disruption, fraud, extortion, data theft, and money laundering. Non-state actors are involved in cyber operations as hacktivists, patriotic hackers, and cybermilitia. The issue of determining responsibility for operations carried out by non-state actors in cyberspace is problematic. There is a technical impossibility in identifying the perpetrators of cyber operations. Many state-sponsored cyber operations cannot be directly attributed to states. This article examines three different options for the attribution of cyber operations. One can attribute responsibility to the machine that initiated the cyber operation, or one can attribute responsibility to the person controlling the cyber operation. Alternatively, responsibility

* İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, berkantakkus91@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6652-2512.

can be attributed to the state, a state representative, or non-state actors. This article will focus on how to determine responsibility in cyber operations carried out by non-state actors in accordance with the instructions and directions of the state.

Keywords: Cyber Attacks, Non-State Actors, The Law of International Responsibility

GİRİŞ

Atfetme, bir eylem veya davranışın failine isnat edilmesi sürecini ifade etmektedir. Başka bir deyişle, "Kim yaptı?" sorusuna yanıt bulunması amaçlanmaktadır. İsnat olarak da adlandırılan atfetme, bir eylem veya ihmalin uluslararası hukuk kapsamında Devletin bir eylemi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini belirlemeyi amaçlayan hukuki işlemdir. Devlet soyut bir varlıktır. Bu nedenle, ancak bir Devlete atfedilen amaç için Devletin hareket etme aracı olarak kabul edilen bir veya daha fazla kişi aracılığıyla hareket edilirse devletin sorumluluğuna gidilebilir. Siber savaş olarak adlandırılan devlet destekli siber operasyonlar, uluslararası güvenlik ve uluslararası hukuk için tartışılması gereken problemler yaratmaktadır. Temel sorunlardan biri, ister özel şahıslar ister Devlet görevlileri olsun, siber operasyonların faillerini net bir şekilde tespit etmenin ve davranışlarının Devletlere veya diğer uluslararası hukuk kişilerine atfedilebilir olup olmadığını belirlemenin son derece zor ve bazen imkansız olmasıdır.

Bu bildiri, uluslararası hukuk perspektifinden isnat edilebilirlik sürecine odaklanmaktadır. Bildirinin yanıt aradığı ana araştırma sorusu: Bir siber operasyon, siber operasyona destek sağladığı ya da himaye ettiği iddia edilen Devlete isnat edilebilir mi olacaktır. Siber operasyonlara ilişkin hukuki sorunların yanıtları, isnat edilebilirlik problemi çözülmeden belirlenemeyeceğinden araştırma sorusu önem kazanmaktadır. Özellikle isnat edilebilirlik problemi çözülmeden, savunma tedbirleri ve karşı tedbirler alınamayacaktır ve Devletin sorumluluğu ileri sürülemeyecektir. Fail bir makine, bir kişi veya bir Devlet olarak tespit edilebilir. Ancak bu aşamadan sonra olası teknik veya hukuki yanıtların belirlenmesi gerekir.

Atfetme süreci aynı zamanda hukuki ve teknik bir süreçtir.[1] Siber operasyonlar söz konusu olduğunda atfetme eylemi üç kategoride toplanabilir. İlk olarak, siber operasyonun hazırlandığı, başlatıldığı veya aktarıldığı makinelere sorumluluk atfedilebilir. İkinci olarak, siber operasyonları yürüten kişiye sorumluluk atfedilebilir. Üçüncü olarak, genellikle bir Devlet olmak üzere bütünsel bir varlığa sorumluluk atfedilebilir.[2] Üç kategorinin her birinin farklı ve bağımsız olduğu açıktır. Fail makine veya olaya karışan kişiler hakkında herhangi bir bilgi sahibi olmadan bile, sorumlu Devlet bazı durumlarda tespit edilebilir.

[1] TSAGOURIAS, Nicholas: "Cyber Attacks, Self-defence and the Problem of Attribution", *Journal of Conflict and Security Law,* C. 17, S. 2, 2012, s. 233.
[2] ROSCINI, Marco: "Evidentiary Issues in International Disputes Related to State Responsibility for Cyber Operations", *Texas International Law Journal,* C. 50, S. 2, 2015, s. 240.

Atıf sürecini ayrıntılarıyla değerlendirmeden önce, siber operasyonu, doğasını ve sonuçlarını net bir şekilde belirlemek gerekmektedir.[3] Bu süreç, sadece siber operasyonlarla sınırlı olmayıp tüm soruşturmalar için geçerli olmalıdır. Uluslararası Adalet Divanı (UAD), *Nikaragua* davasında bu noktayı özellikle vurgulamıştır:

Mevcut davada Mahkeme'nin karşılaştığı en önemli zorluk, uyuşmazlıkla ilgili gerçeklerin tespit edilmesidir. Eylemin yapıldığı tartışmalı görünmemektedir, ancak kimin yaptığına dair çelişkili raporlar veya kanıt eksikliği bulunmaktadır. Davada asıl sorun, sorumluluğu tesis etmek amacıyla fiilin belirli bir Devlete isnat edilmesine ilişkin hukuki süreç değildir. Failin kimliğine ilişkin maddi kanıtları belirlemeye yönelik öncesindeki süreçtir. Bununla birlikte, eylem gizlenmiş olabilir. Mahkeme, eylem eğer kanıtlanmışsa Devlete isnat edilebilir olup olmadığını değerlendirme aşamasına geçmeden önce, gerçekte ne olduğunu tespit etmelidir.[4]

Nikaragua kararında belirtilen eylemin gizlenmiş olması sorunu, siber operasyonlar söz konusu olduğunda önem kazanmaktadır. Devletin öncelikle bir siber operasyonun mağduru olduğunu ve gerçekleri tespit etmesi gerekmektedir. Stuxnet vakasında, Natanz nükleer tesisinin santrifüjlerinin erken aşınması, kötü amaçlı bir yazılımdan ziyade ilk olarak santrifüjlerin arızasına veya kusuruna atfedilmiştir. Siber operasyonun ve etkisinin belirlenmesi, isnat etme sürecinde ön adım olarak yer almaktadır.

Siber operasyonların bir Devlete isnat edilmesi sorununun, siber hareketlerin bilgisayarlara veya bireysel faillere isnat edilmesi soruları ele alınmadan incelenmesi doğru değildir. Bir makineye veya bir kişiye sorumluluk atfedilmesi süreci teknik ve adli yöntemlere dayanmaktadır. Devlete sorumluluk atfedilmesi ise uluslararası hukuk ve olgusal kanıtlar doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Uluslararası hukuk teknik açıdan isnat edilebilirlik sorununu çözmekten uzaktır. Siber operasyonun bir Devlete atfedilmesi için olgusal kanıtlar gerekmektedir. Bu nedenle, makinenin veya sorumlu kişinin kimliğine bağlı olarak değişkendir.

Tek başına veya gruplar halinde hareket eden özel kişiler, Devlet faaliyetlerine giderek daha fazla dahil olmaktadırlar. Fiillerin bir Devletin topraklarında[5] veya bir Devletin vatandaşları tarafından işlenmiş olması, bu fiillerin Devlete atfedilmesi için yeterli sebepler değillerdir.[6] Bireyler Devletin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket etmeleri durumunda ve Devletin mevcudiyeti bulunmadığında kamu gücü kullanılır ise Devletin davranışları *a posteriori* olarak onaylanır. Bu bildiri, Devletin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında devlet dışı aktörler tarafından yürütülen siber operasyonların devlete atfedilmesinin mümkün olup olmadığı araştırma sorusuna odaklanmaktadır.

---

[3] BRENNER, Susan: "At Light Speed: Attribution and Response to Cybercrime/Terrorism/ Warfare", *The Journal of Criminal Law and Criminology,* C. 97, S. 2, 2007, s. 405.

[4] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 57.

[5] ICJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment on the Merits, 9 April 1949, ICJ Reports 1949, s. 18.

[6] KLABBERS, Jan: International Law, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s. 128.

Bir Devletin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında gerçekleştirilen eylemlerin atfedilmesi, siber bağlamda nasıl uygulanacağını belirlemeden önce analiz edilmesi gereken çeşitli yorumlara ve tartışmalara yol açmaktadır. Bundan önce, bir Devletin fiili bir organı tarafından yürütülen siber operasyonların atfedilmesi süreci ile bir Devletin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket eden devlet dışı aktörler tarafından yürütülen siber operasyonlara uygulanan süreci birbirinden ayırmak gerekmektedir.

I. DEVLETİN FİİLİ ORGANI İLE DEVLETİN TALİMATI, YÖNLENDİRMESİ VEYA KONTROLÜ ALTINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN EYLEMLER ARASINDAKİ AYRIM

Devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü altında gerçekleştirilen eylemler bazı durumlarda Devletin fiili organlarının eylemi olarak nitelendirilmektedir.[7] Ancak *de facto*, fiili organların durumu açısından bir ayrım gözetilmelidir. *De facto*, fiili organlar etiketinin iki farklı duruma atıfta bulunmak için kullanılması doğru değildir. Devletin fiili bir organı iç hukuka göre bir Devlet organı olarak nitelendirilebilmektedir. Fiili, *de facto* organın tüm davranışları, *ultra vires* eylemler teşkil etmesi durumunda dahi Devlete atfedilebilir olmalıdır. Mevcut durumda, bireyler Devlet organı olarak nitelendirilmemektedir. Bu nedenle bireylerin tüm eylemleri Devlete isnat edilememektedir. Devletin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında fiilen hangi eylemlerin gerçekleştirildiğini ve dolayısıyla Devlete atfedilebilir olup olmadığını belirlemek için vaka bazında bir analiz gerekmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı'nn (UAD) Bosna soykırımı davasındaki yorum metodu, bu bildiride incelenen çeşitli testler ve kavramlar arasındaki ayrımın net bir örneğini sunmaktadır. UAD, Srebrenitsa soykırımının Eski Yugoslavya Cumhuriyeti'ne (EYC) atfedilmesi konusunda üç aşamalı bir yorum süreci izlemiştir. İlk olarak, Mahkeme *de jure* bir devlet organının davranışına dayanılarak EYC'ye sorumluluk isnat edilmesinin mümkün olup olmadığını analiz etmiş ve olumsuz bir sonuca ulaşmıştır. İkinci aşamada Mahkeme, tam bağımlılık testini kullanarak, eylemlere karışan kuruluşların EYC'nin *de facto* organları olarak kabul edilip edilemeyeceğini analiz etmiş ve olumsuz bir sonuca ulaşmıştır. Bu durumda, Mahkeme Srebrenitsa soykırımının EYC'nin *de jure* veya *de facto* herhangi bir Devlet organı tarafından gerçekleştirilmediği görüşündedir. Son olarak Mahkeme, bu kuruluşların EYC'nin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket edip etmediklerini analiz etmiştir.[8] Talimat, yönlendirme veya kontrol altında hareket eden kuruluşların eylemlerinin devlete atfedilmesi problemi bu bildiride siber saldırılara uygulanarak incelenecektir.

[7] CASSESE, Antonio: "The *Nicaragua* and *Tadić* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", *European Journal of International Law,* C. 18, S. 4, 2007, s. 649-668.

[8] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, s. 207, para. 397.

A. Devletin Talimatı, Yönlendirmesi veya Kontrolü Altında İşlenen Fiillere İsnat Konusunda Yaklaşımların Çeşitliliğinin Değerlendirilmesi

UAD, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) ve Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), bir Devletin yönlendirmesi, talimatı veya kontrolü altında hareket eden devlet dışı aktörlerin davranışlarının atfedilmesi konusunda farklı yaklaşımlar izlemiş olup, bu bölümde bu yaklaşımlar analiz edilecektir.

1. Uluslararası Adalet Divanı'nın Nikaragua Davası ve Etkin Kontrol Testinin Değerlendirilmesi

Uluslararası Adalet Divanı *Nikaragua* davasında, Devletin, devlet dışı bir aktör üzerindeki kontrol derecesini değerlendirmek için iki farklı test uygulamıştır: Katı kontrol testi ve etkin kontrol testi. Katı kontrol testi, devlet dışı aktörün Devletin fiili bir organı olup olmadığını belirlemek için kullanılmaktadır. İkincil bir test olan etkin kontrol testi ise devlet dışı aktörler tarafından bir devlet kurumunun talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında gerçekleştirilen eylemlerin devlete atfedilmesi amacıyla genellikle daha katı bir yaklaşım olarak kabul edilmektedir.[9] Bununla birlikte, katı kontrol testi ve etkin kontrol testinin iki farklı amacı bulunmaktadır. Birinci amaç, bir kişi veya grubu fiili bir organ olarak nitelendirmeyi ve tüm eylemlerini Devlete atfetmeyi kapsamaktadır. İkinci amaç ise bir vekalet ilişkisi belirlemeyi değil, Devletin yeterli kontrolü altında gerçekleştirildiği durumlarda yalnızca bazı eylemlerin kazuistik bir temelde atfedilmesini amaçlamaktadır.[10] Bu bölümde *Nikaragua* davası değerlendirilerek, Uluslararası Adalet Divanı'nın sonraki içtihatlarında da teyit edilen etkin kontrol testinin nasıl geliştirildiği açıklanacaktır.

Nikaragua davası, 1981 yılında Nikaragua'nın Sandinista hükümetine karşı başlatılan bir gerilla isyan hareketi olan kontraların faaliyetlerinden kaynaklanmıştır. Kontralar Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından gizli ve açık olarak finanse edilmiş ve desteklenmiştir. Uluslararası Adalet Divanı ABD'nin uluslararası teamül hukuku uyarınca başka bir devletin iç işlerine müdahale etmeme, başka bir devlete karşı kuvvet kullanmama ve başka bir devletin egemenliğini ihlal etmeme yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Uluslararası Adalet Divanı ABD tarafından desteklenen devlet dışı aktörlerin eylemlerinin ABD'ye atfedilebilir olup olmadığını belirlemek için isnat edilebilirlik sorununu incelemiştir. Uluslararası Adalet Divanı isnat edilebilirlik problemini incelerken ikili bir ayrıma gitmiştir. Birinci ayrım, bir Devlet organı tarafından desteklenen, finanse edilen ve silahlandırılan ve onun kontrolü altında hareket eden kişileri nitelendirmektedir. İkinci ayrım ise bir Devlet tarafından silahlandırılan, finanse edilen ancak kontralar

[9] TALMON, Stefan: "The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities", *International & Comparative Law Quarterly,* C. 58, S. 3, 2009, s. 502.
[10] CASSESE, s. 650.

örneğinde olduğu gibi operasyonlarını yürütürken belirli bir ölçüde bağımsızlığını koruyan kişileri kapsamaktadır.[11]

Uluslararası Adalet Divanı *Nikaragua* davasında ilk olarak kontralar tarafından gerçekleştirilmeyen ancak Nikaragua tarafından ABD askeri personelinin ya da Tek Taraflı Kontrol Edilen Latin Varlıkları'nın (UCLA) doğrudan eylemi olduğu iddia edilen bir dizi olayı değerlendirmiştir.[12] Nikaragua'nın iddiasına göre, Nikaragua limanlarına ya da kara sularına mayın döşenmesi gibi olaylar ABD'nin doğrudan sorumluluğunu içermektedir.[13] Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nikaragua* davasında tespit ettiği üzere: Herhangi bir ABD askeri personelinin operasyonlarda doğrudan yer aldığı kanıtlanmamış olsa da, ABD ajanları operasyonların planlanması, yönlendirilmesi, desteklenmesi ve yürütülmesine katılmıştır.[14] Sonuç olarak, bir Devletin ajanlarının eylemlerin planlanması, yönlendirilmesi, desteklenmesi ve icrasına katılması fiillerinin Devleti bu eylemlerden sorumlu tutmak için yeterli olduğu görülmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı *Nikaragua* davasında kontraların tüm davranışlarının ABD'ye atfedilebilir olup olmadığını belirlemek zorundaydı. Bu doğrultuda Uluslararası Adalet Divanı gerekçesini katı kontrol testi olarak da adlandırılan tam bağımlılık testine dayandırarak kontraların ABD'nin bir organı olmadığını tespit etmiştir.[15]

Devlet dışı aktörlerin eylemleri, Devlet tarafından yeterli derecede kontrol altında gerçekleştirildikleri takdirde Devlete atfedilebilir. Kontralar her ne kadar ABD'nin bir organı olmasa da, Uluslararası Adalet Divanı bazı eylemlerinin yine de ABD'ye atfedilebilir olup olmadığını sorgulamıştır. Bu amaç doğrultusunda, Uluslararası Adalet Divanı tarafından katı kontrol testinin gereklilikleri yerine getirilmediğinde kullanılan ikincil nitelikteki etkin kontrol testi kullanılmıştır.[16] Etkin kontrol testi bir kişiyi veya grubu bir Devletin organı olarak nitelendirmeyi değil, daha ziyade tek bir eylemin bir Devletin etkin kontrolü altında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini ve dolayısıyla Devlete atfedilebilir olup olmadığını belirlemeyi amaçlamaktadır. Etkin kontrol testi için grubun genel bir kontrol veya bağımlılık derecesi yeterli değildir; ilgili her bir spesifik eylem üzerindeki etkin kontrolün kanıtlanması gerekmektedir.[17]

---

[11] CASSESE, s. 642.

[12] "UCLA" (Unilaterally Controlled Latino Assets) Tek Taraflı Kontrol Edilen Latin Varlıkları anlamına gelmektedir. UCLA Amerika Birleşik Devletler askeri ya da istihbarat personeli tarafından maaşa bağlanan ve istihbarat personelinin doğrudan talimatlarıyla hareket eden, kimliği belirsiz Latin Amerika ülkeleri uyruklu kişileri ifade etmektedir.

[13] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 75.

[14] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 86.

[15] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 115.

[16] MILANOVIC, Marko: "State Responsibility for Genocide", *European Journal of International Law,* C. 17, S. 3, 2006, s. 577.

[17] ALVAREZ, Elena: "The Attribution of International Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals Within the Territory of Another State", *InDret,* C.1, S.1, 2015, s. 11.

Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nikaragua* davasında, ABD'nin kontraların insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerini içeren askeri veya paramiliter operasyonları üzerinde etkin bir kontrolü olup olmadığını belirlemesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. İhlalin tespit edilmesi durumunda ABD'nin hukuki sorumluluğu doğacaktır. Uluslararası Adalet Divanı ise insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri kontraların eylemleri doğrultusunda gerçekleştiğinden, ihlallerin ABD'ye isnat edilemeyeceğine hükmetmiştir.[18] İhlallerin ABD'ye isnat edilebilmesi için Devletin ihlallerin işlenmesini yönlendirmiş veya zorlamış olması gerekmektedir.[19] Antonio Cassese bu kriteri şu şekilde yorumlamıştır:

Uluslararası Adalet Divanı'nın etkin kontrol ile ABD'nin kontralara sivillerin ayrım gözetmeksizin öldürülmesi gibi belirli operasyonlar konusunda doğrudan talimat vermesini, yani operasyonların ABD tarafından emredilmesini ya da kontraların her bir belirli operasyonunun ABD tarafından uygulanmasını, yani isyancıların bu belirli operasyonları zorla yerine getirmesini kastettiği açıkça görülmektedir.[20]

Nikaragua, ABD'nin kontraları askere alma, eğitme, silahlandırma, finanse etme yoluyla desteklediğini, aynı zamanda yardım etme faaliyetlerinde bulunarak kuvvet kullanma yasağını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Nikaragua'nın iddiaları doğrultusunda ABD, Nikaragua içinde ve Nikaragua'ya karşı askeri ve paramiliter eylemleri yönetmek ile sorumludur.[21]

Uluslararası Adalet Divanı tarafından kontraların silahlandırılması ve eğitilmesi faaliyetlerinin Nikaragua'ya karşı kuvvet kullanma tehdidi veya kullanımı içerdiği kabul edilmiştir. Bu durum, ABD tarafından verilen tüm yardımlar için geçerli değildir. Özellikle Uluslararası Adalet Divanı Nikaragua'nın iç işlerine bir müdahale eylemi olsa da, kontralara sadece fon sağlanmasının kendi başına bir kuvvet kullanımı anlamına gelmediği görüşündedir.[22]

Uluslararası Adalet Divanı silahlandırma ve eğitim faaliyetlerinden ABD'nin sorumlu olduğunu ve bu nedenle ABD'nin eylemlerinin hukuka uygun olmayan bir kuvvet kullanımı teşkil ettiğini tespit etmiştir.

Nikaragua davasında Uluslararası Adalet Divanı tarafından geliştirilen etkin kontrol testi genellikle katı bir standart olarak kabul edilmektedir.[23] Uluslararası Adalet Divanı iki aşamalı bir yöntem geliştirilmiştir. İlk aşama katı kontrol testinin analizidir ve ikinci aşama ise tamamlayıcı nitelikteki ikincil olan etkin kontrol testinin uygulanmasıdır. Bu yöntem, devlet dışı aktörlerin eylemlerinin bir Devlete

[18] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 116.
[19] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 109.
[20] CASSESE, s. 653.
[21] ICJ, Application of the Republic of Nicaragua, *Application instituting proceedings, case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (filed in the registry of the International Court of Justice on 9 April 1984), s. 16, para. 26.
[22] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 228.
[23] KLABBERS, s. 29.

atfedilmesiyle ilgili müteakip davalarda Uluslararası Adalet Divanı tarafından yeniden kullanılmıştır.[24] *Nikaragua* davasında geliştirilen yaklaşım aynı zamanda Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Tadić* davasında[25] bir sonraki bölümde inceleneceği üzere geliştirilecektir.

2. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Tadić Davası ve Genel Kontrol Testi

Tadić davasında, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi genel kontrol testi olarak adlandırılan başka bir yaklaşım benimsemiştir.[26] Bu yaklaşımın Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Nikaragua* davasında geliştirilen etkin kontrol testinden daha esnek olduğu kabul edilmektedir.[27]

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi *Tadić* davasında, devlet dışı bir aktörün davranışının bir Devlete atfedilebilir olup olmadığını belirlemek zorundaydı. Ancak sorun, bir Devletin davranışından dolayı sorumluluğunu belirlemek değil, silahlı bir çatışmanın uluslararası nitelikte mi yoksa uluslararası nitelikte olmayan bir çatışma mı olduğunu belirleyerek uygulanacak hukuku tespit etmekti.[28] Bu amaç ve hedef farklılığı, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi'nin *Tadić* davasında benimsediği yaklaşıma yönelik eleştirilerin temel dayanaklarından biridir.

Tadić davasında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Bosnalı bir Sırp olan Duško Tadić'i 1992 yılında Omarska, Keraterm ve Trnopolje kamplarında ve aynı zamanda Bosna-Hersek'in Prijedor belediyesinde işlenen çok sayıda suçtan dolayı yargılamıştır. Prijedor'un ele geçirilmesinden ve 1992 yılında Kozarac kasabasına karşı başlatılan saldırıdan sonra, Sırp olmayan siviller bu kamplarda alıkonulmuş, kötü muamele görmüş, cinsel saldırıya uğramış, işkence görmüş ve öldürülmüşlerdir.

İkinci Yargılama Dairesi ve ardından Temyiz Dairesi tarafından, Duško Tadić'in eylemlerinin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 2. maddesini ihlal edip etmediğinin belirlenmesi

[24] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007.
[25] ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v Dusko Tadić* (Trial Judgement), Judgment of 7 May 1997, IT-94-1-T; ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A.
[26] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A.
[27] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-A, Judgment of 24 March 2000 57, para. 145.
[28] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, para. 104.

gerekliliği ortaya çıkmıştır.[29] Bu madde, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin Ağır İhlallerini vurgular ve dolayısıyla uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışma sırasındaki durumlarla ilgilidir.[30]

Bosna-Hersek ile Yugoslavya Federal Cumhuriyeti arasında, Yugoslav Halk Ordusu'nun Yugoslavya topraklarından çekildiği 19 Mayıs 1992 tarihine kadar uluslararası nitelikte bir silahlı çatışma mevcuttu. Dolayısıyla Daire, bu tarihten sonra yani incelenen eylemlerin gerçekleştiği tarihte, silahlı çatışmanın hala uluslararası nitelikte mi olduğunu yoksa uluslararası olmayan bir nitelik mi kazandığını belirlemek zorundaydı.[31]

Daire, bir silahlı çatışma iki ya da daha fazla Devlet arasında gerçekleşiyorsa uluslararası nitelikte olarak sınıflandırılmalıdır yorumuyla, Bosnalı Sırp güçlerinin fiilen (*de facto*) Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin bir organı olup olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır.[32]

Temyiz Dairesi uluslararası insancıl hukuk bu soruyu ele almadığı için fiili, *de facto* organ olarak hareket eden bireyler üzerinde Devlet tarafından kontrol kavramını incelemek amacıyla Devlet sorumluluğu kuralına dayanmaya karar vermiştir.[33] Daire, Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Nikaragua* davasında benimsenen yaklaşımın kapsamlı ve eleştirel bir analizini yapmıştır. Bununla birlikte Daire, Nikaragua testini ikna edici bulmadığını belirtmiştir.[34] Daire, Nikaragua testinin Devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk sisteminin mantığı ve uluslararası yargı ile aynı zamanda Devlet uygulamaları ile çelişen doğası neticesinde ikna edici olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[35]

Bununla birlikte, Temyiz Dairesi'nin analizini *Nikaragua* davasındaki etkin kontrol testine atıfta bulunarak yanlış bir yoruma dayandırdığı görülmektedir.[36] Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi özellikle bu iddiayı desteklemek amacıyla çeşitli davalara atıfta bulunmuştur. Bu davalar:

---

[29] Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (adopted by UNSC Res 827 (1993) of 25 May 1993 amended by UNSC Res 1166 (1998) of 13 May 1998, Res 1329 (2000) of 30 November 2000, Res 1411 (2002) of 17 May 2002 and Res 1431 (2002) of 14 August 2002), Madde 2 "1949 Cenevre Sözleşmelerinin Ağır İhlalleri: Uluslararası Mahkeme, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallerini, yani ilgili Cenevre Sözleşmesi hükümleri uyarınca korunan kişilere veya mallara karşı aşağıdaki fiilleri işleyen veya işlenmesini emreden kişileri kovuşturma yetkisine sahip olacaktır: (a) Kasten öldürme; (b) biyolojik deneyler de dahil olmak üzere işkence veya insanlık dışı muamele; (c) kasten büyük acılara veya vücutta ya da sağlıkta ciddi yaralanmalara neden olma; (d) askeri gereklilikle gerekçelendirilmeyen, hukuka aykırı, kasten gerçekleştirilen kapsamlı tahribat ve mala el koyma; (e) bir savaş esirini veya bir sivili düşman bir gücün kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlamak; (f) bir savaş esirini veya bir sivili adil yargılanma hakkından kasten mahrum bırakmak; (g) bir sivili hukuka aykırı olarak sınır dışı etmek, nakletmek veya hukuka aykırı olarak hapsetmek; (h) sivilleri rehin almak."

[30] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, para. 80(i).

[31] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, para. 86.

[32] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, para. 87.

[33] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, para. 98.

[34] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, para. 115.

[35] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, para. 124.

[36] DE HOOGH, André: "Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadić Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia", *British Yearbook of International Law,* C. 72, S. 1, 2002, s. 290.

İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi *Yeager* davası,[37] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki *Loizidou v. Türkiye* davası,[38] ve son olarak Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi (Oberlandesgericht Düsseldorf) önündeki *Jorgić* davasıdır.[39] Ancak bazı yazarlar Daire'nin bu davaları yorumlamasını eleştirmişlerdir.[40] Nihayetinde Daire, Uluslararası Adalet Divanı'ndan farklı kendi yaklaşımını benimsemeye karar vermiştir.

Daire, özel kişilerin eylemlerinin Devlete atfedilmesinin mantığını incelemiştir. Bu doğrultuda Devletlerin bir yandan bireyler aracılığıyla fiilen hareket etmelerine, diğer yandan da bu bireyler uluslararası hukuku ihlal ettiklerinde kendilerini bu davranıştan ayrı tutmalarına izin verilmediğini belirtmiştir.[41] İsnat edilebilirlik için gerekli kontrol derecesi olgusal koşullara ve ilişkinin niteliğine göre değişebilecektir. İki kontrol derecesi arasında ayrım yapılmalıdır; özel kişiler ve örgütlenmiş, hiyerarşik olarak yapılandırılmış gruplar.

Özel şahıslar söz konusu olduğunda, bir eylemi Devlete atfetmek için, Devletin söz konusu eylemin gerçekleştirilmesi için özel talimatlar verdiğini kanıtlamak gerekmektedir. Özel talimat testi hem bireyler hem de örgütlenmemiş askeri gruplar için geçerlidir. Bu durum açıkça Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Nikaragua* davasında kullanılan etkin kontrol testinin bir yansımasıdır.[42]

Buna karşılık, organize ve hiyerarşik olarak yapılanmış gruplar söz konusu olduğunda Daire, *Nikaragua* davasındaki etkin kontrol testinden farklı olarak genel kontrol testini benimsemiştir. Bir Devletin organize bir grup üzerinde genel kontrole sahip olduğu tespit edildikten sonra, Devlete atfedilebilir kılmak için her bir eylemi analiz etmeye gerek yoktur.[43]

Etkin kontrol testi, Devletin grubu donatması, finanse etmesi, eğitmesi veya operasyonel destek sağlaması halinde yerine getirilir; genel kontrol testi ise askeri veya paramiliter faaliyetlerin planlanmasında genel olarak koordinasyon ve yardım gibi daha esnek kontrol biçimlerini içerir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından geliştirilen testte iki bölüm vardır. Bir yanı mali ve eğitim yardımlarını içermektedir, askeri teçhizat ve operasyonel destek sağlanması da bu kapsamaktadır. Diğer yanı ise askeri operasyonların organizasyonu, koordinasyonu veya planlanmasına katılımdır. Bu husus, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin müteakip içtihatlarında da teyit

[37] Iran-US CTR, *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Judgment of 2 November 1987, Iran-US CTR s. 17, para. 92; içinde alıntı: ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, s. 52, paras. 126-127.
[38] *Loizidou v. Turkey* (Application No. 15318/89), ECtHR[GC], Judgment of 18 December 1996, içinde alıntı: ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, s. 54, para. 128.
[39] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, s. 54, para. 129.
[40] MAHIOU, Ahmed: "Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité: cours général de droit international", *Le Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye,* C. 337, S. 1, 2009, s. 433 9–516.
[41] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, para. 117.
[42] CASSESE, s. 657.
[43] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, para. 120.

edilmiştir.[44] Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi askeri, ekonomik veyahut da başka bir şekilde olsun, sadece yardım sağlanmasının yeterli olmadığını teyit etmiştir.[45]

Temyiz Dairesi, Sırp Cumhuriyeti silahlı kuvvetlerinin davranışlarının Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne atfedilebileceğini ve dolayısıyla çatışmanın uluslararası bir nitelik taşıdığını tespit etmiştir.[46] Bu tespit, Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Nikaragua* davasında açıklanan etkin kontrol testini uygulayan ve fiili bir organ bulunmadığından çatışmanın uluslararası bir nitelik taşımadığını tespit eden Yargılama Dairesi'nin yaklaşımını tersine çevirmektedir.[47]

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanı arasında bir anlaşamama durumu olduğu görülmektedir. *Nikaragua* davasında Uluslararası Adalet Divanı iki test geliştirmiştir: Vekalet ilişkisinin belirlenmesi için katı kontrol testi ve vekalet ilişkisi kanıtlanmamış ise fiillerin atfedilmesi için etkin kontrol testi. Dolayısıyla, ikinci test olan etkin kontrol testi, bir Devletin fiili bir organını nitelemeyi amaçlamamaktadır.[48] Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi vekalet ilişkisi sorununa odaklanmıştır, bu nedenle etkin kontrol testini yanlış yorumlamış ve yanlış bağlamda kullanmıştır.[49] Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından geliştirilen genel kontrol testi, aslında *Nikaragua* davasında geliştirilen katı kontrol testiyle aynı duruma, yani vekâlet ilişkisinin belirlenmesine odaklanmaktadır. Ancak bu karışıklık hem Uluslararası Adalet Divanı'nı hem de genel kontrol testini olması gerektiği gibi yani Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin vekalet ilişkisi testini içeren 4. maddesi bağlamında değil, vekalet ilişkisinin kanıtlanmadığı durumlarda isnat edilebilirlik sorununu inceleyen 8. madde[50] bağlamında atıfta bulunan Uluslararası Hukuk Komisyonu'nu yanıltmıştır.[51] Bu karışıklık ve sonuçları, genel kontrol testinin hem vekalet ilişkisinin belirlenmesi hem de vekalet ilişkisinin kanıtlanmadığı durumlarda bazı fiillerin atfedilmesi bağlamında analiz edilmesini gerektirmektedir.[52]

---

[44] ICTY, Trial Chamber, *The Prosecutor v Dario Kordić & Mario Čerkez* (Judgment), IT-95-14/2-T, Judgment of 26 February 2001, 32, para. 115; ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor V. Mladen Naletilić, aka "Tuta" and Vinko Martinović, aka "Štela"*, IT-98-34-T, Judgment of 31 March 2003, para. 198; ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v Dario Kordić & Mario Čerkez*, IT-95-14/2-A, Judgment of 17 December 2004, para. 361.

[45] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Zenjnil Delalić Zdravko Musić also known as 'PAVO' and Hazim Delić Esad Landzo also known as 'ZENGA' (Čelebići Camp)* (Appeal Judgement), Judgment of 20 February 2001, Case No. IT-96-21-A 8, para. 15.

[46] ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A, para. 162.

[47] ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v Dusko Tadić* (Trial Judgement), Judgment of 7 May 1997, IT-94-1-T, para. 607.

[48] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 397.

[49] ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v Dusko Tadić* (Trial Judgement), Judgment of 7 May 1997, IT-94-1-T 'Separate and Dissenting Opinion of Judge Mcdonald Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute', s. 288.

[50] International Law Commission (ILC): Commentary to the Articles on State Responsibility, ILC Yearbook, Geneva 2001 s. 48.

[51] KRESS, Claus: "L'organe *de facto* en droit international public: Réflexions sur l'imputation à l'etat de l'acte d'un particulier à la lumière du développements récents", *Revue Générale de Droit International Public,* C. 105, S. 1, 2001, s. 131 93–144.

[52] SCHMITT, Michael: The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, Cambridge University Press, Cambridge 2013 s. 32.

B. Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu Maddeleri

Devlet Sorumluluğuna İlişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu Maddeleri, Devletin sorumluluğunun belirlenmesi amacıyla eylemlerin bir Devlete atfedilmesini de ele almaktadır. 8. madde, "Devlet tarafından yönetilen veya kontrol edilen davranış" şu şekildedir:

"Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken devletin talimatları, emri ya da denetimi altında ise uluslararası hukuka göre devletin davranışı olarak kabul edilir."[53]

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun talimatlar, yönlendirme ve kontrol olmak üzere üç alternatif kriteri, *Nikaragua* ve *Tadić* testlerinden farklıdır. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun yaklaşımı, Uluslararası Adalet Divanı tarafından izlenen yaklaşımdan daha az kısıtlayıcıdır.[54] İzlenen yaklaşım farklı yorumları mümkün hale getirecek kadar belirsiz olması anlamında iyi bir uzlaşma yolu olarak değerlendirilmiştir.[55] Bununla birlikte, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Adalet Divanı'nın etkin kontrol testini, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin genel kontrol testine tercih ettiği görülmektedir.[56]

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun bir yandan tek tek bireyler ve örgütlenmemiş gruplar, diğer yandan da Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından geliştirilen örgütlü gruplar arasındaki ayrımı takip etmediğine dikkat edilmelidir. Yaklaşım herhangi bir ayrım yapmaksızın, tüm bireyler veya gruplar için geçerlidir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu talimatlar, yönlendirme ve kontrol olmak üzere üç ayrı ve alternatif kriteri benimsemiştir.[57] Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin Şerhinde belirtildiği üzere, bu kriterler aslında iki kategoride sıralanabilir: Birincisi, Devletin talimatları doğrultusunda hareket eden özel kişilerin haksız eylemi gerçekleştirmesini içerir. İkincisi ise özel kişilerin Devletin yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket ettiği daha genel bir durumla ilgilidir.[58] Talimat kriteri açıkça Uluslararası Adalet Divanı ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından geliştirilen etkin kontrol ve özel talimat testleridir. Yönlendirme ve kontrol kriterleri Uluslararası Adalet Divanı'nın yaklaşımının ötesine geçmektedir ancak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin genel kontrol testi kadar geniş kapsamlı değildir. Gerekli yönlendirme ve kontrolün derecesi, şikâyet edilen davranışın gerçeklerine bağlıdır ve bu nedenle vaka bazında belirlenmesi gerekmektedir.

---

[53] Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (adopted by the International Law Commission at its 53rd session in 2001, annexed to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, and corrected by document A/56/49(Vol I)/Corr4), Article 8.; ERKİNER, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 309.

[54] FRANCIONI, Francesco: "The Role of the Home State in Ensuring Compliance with Human Rights by Private Military Contractors", *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Editör: Francesco Francioni ve Natalino Ronzitti, Oxford University Press, Oxford 2011 s. 103.

[55] CASSESE, s. 663.

[56] MILANOVIC, Marko: "State Responsibility for Acts of Non-State Actors: A Comment on Griebel and Plücken", *Leiden Journal of International Law,* C. 22, S. 2, 2009, s. 307-324.

[57] International Law Commission (ILC), s. 49.

[58] International Law Commission (ILC), s. 47.

C. Silahlı Eylemler ve Bosna Soykırımı Davaları: Etkin Kontrol Testinin Yeniden Değerlendirilmesi

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Tadić* kararından ve Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin kabul edilmesinden sonra, Uluslararası Adalet Divanı bu soruyu ilk olarak 2005 yılında *Kongo Ülkesinde Silahlı Eylemlere İlişkin Dava*'da, ikinci olarak ise 2007 yılında *Bosna Soykırımı* davasında iki kez daha inceleme imkanı bulmuştur.[59] Her iki davada da Uluslararası Adalet Divanı, muhakemesini Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni doğrultusunda gerçekleştirmiştir. Böylelikle Uluslararası Adalet Divanı tarafından daha önce *Nikaragua* kararında geliştirilen etkin kontrol testini yeniden kullanılmıştır.

1. Kongo Ülkesinde Silahlı Eylemlere İlişkin Dava

Uluslararası Adalet Divanı'nın *Silahlı Eylemler* davasında, Kongo Kurtuluş Hareketi'nin faaliyetlerinin Uganda'ya atfedilebilir olup olmadığını belirleme gerekliliği doğmuştur. Ancak *Silahlı Eylemler* davasında sadece bir paragraf isnat edilebilirlik sorununu değerlendirmek için ayrılmıştır ve Mahkeme tarafından sorun büyük ölçüde detaylandırılmamıştır.[60] *Silahlı Eylemler* davasında, Uluslararası Adalet Divanı *Nikaragua* davasında olduğu gibi isnat edilebilirliğin iki ana yönünü analiz ederek aynı muhakemeyi izlemeyi tercih etmiştir.

İlk olarak, Uluslararası Adalet Divanı tarafından Kongo Kurtuluş Hareketi'nin Uganda'nın bir organı veya onun adına hükümet yetkisinin unsurlarını kullanan bir kuruluş olarak kabul edilip edilemeyeceği problemi, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin 4. ve 5. maddelerine dayanarak analiz edilmiştir. Problemin yanıtı olumsuz olduğu için daha sonra Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin 8. maddesi temelinde, Kongo Kurtuluş Hareketi'nin davranışının Uganda'nın talimatıyla ya da Uganda'nın yönlendirmesi veyahut da kontrolü altında olup olmadığı incelenmiştir. Uluslararası Adalet Divanı her iki soruya da olumsuz yanıt vermiş ve Kongo Kurtuluş Hareketi'nin faaliyetlerinin Uganda'ya atfedilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.[61]

Mevcut çalışma bağlamında, Uluslararası Adalet Divanı isnat edilebilirlik meselesini büyük ölçüde geliştirmediği için bu davanın ilgisi sınırlıdır. Bununla birlikte, Uluslararası Adalet Divanı tarafından isnat edilebilirlik sorununun *Tadić* davasında benimsenen yaklaşım kullanılmadan veya bu yaklaşıma atıfta bulunulmadan analiz edildiğini belirtmek önemlidir. Uluslararası Adalet Divanı yalnızca önceki içtihadına yani *Nikaragua* davasına atıfta bulunmakla yetinmiştir.

---

[59] ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment on the Merits, 19 December 2005, ICJ Reports 2005.
[60] ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment on the Merits, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para. 160.
[61] ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment on the Merits, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para. 161.

b. Bosna Soykırımı Davası

Bosna Soykırımı davasında, Uluslararası Adalet Divanı *Nikaragua* davasında benimsediği yaklaşımı bir kez daha teyit etmiştir. Bu davada, *Silahlı Eylemler* davasının aksine, Uluslararası Adalet Divanı Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından *Tadić* davasında benimsenen yaklaşımı analiz etmiştir.[62] Bununla birlikte, genel kontrol testini bir kenara bırakmış ve daha önce Uluslararası Adalet Divanı tarafından kullanılan etkin kontrol testine geri dönmüştür.[63]

Bosna Soykırımı davasında, Uluslararası Adalet Divanı'nın Srebrenitsa'da gerçekleştirilen katliamların Sırbistan ve Karadağ'a atfedilebilir olup olmadığını belirlemesi gerekmiştir.[64] Uluslararası Adalet Divanı yalnızca Sırp Cumhuriyeti Ordusu (Republika Srpska) tarafından Srebrenitsa'da gerçekleştirilen katliamların Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ni ihlal eden soykırım eylemleri oluşturduğu yönünde karar vermiştir.[65] Uluslararası Adalet Divanı Sırp Cumhuriyeti Ordusu'nun eylemlerinin *Bosna Soykırımı* davasında davalı olan Sırbistan ve Karadağ'a atfedilebilir olup olmadığını ve dolayısıyla Sırbistan ve Karadağ'ın sorumlu olup olmadığını belirlemek zorundaydı. Mahkeme, isnat edilebilirlik sorusu ile ilgili olarak şunları kaydetmiştir:

Bu sorunun aslında Uluslararası Adalet Divanı'nın ayrı ayrı ele alması gereken iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak, Srebrenitsa'da işlenen fiillerin Davalının organları tarafından, yani aslında onun eylemlerinin araçları oldukları için davranışları zorunlu olarak ona atfedilebilecek kişi veya kuruluşlar tarafından işlenip işlenmediği tespit edilmelidir. Bir önceki soruya olumsuz yanıt verilmesi halinde, söz konusu eylemlerin, Davalının organları olmamakla birlikte yine de Davalının talimatlarıyla, yönlendirmesiyle veya kontrolü altında hareket eden kişiler tarafından işlenip işlenmediği tespit edilmelidir.[66]

Uluslararası Adalet Divanı ilk olarak Sırp Cumhuriyeti Ordusu'nun (Republika Srpska) Sırbistan ve Karadağ'ın *de jure* bir organı olup olmadığını incelemiş ve olumsuz yanıt vermiştir.[67] Uluslararası Adalet Divanı *Nikaragua* davasında geliştirilen tam bağımlılık testini[68] uygulayarak Sırp Cumhuriyeti Ordusu'nun Sırbistan ve Karadağ'ın *de facto* bir organı olup olmadığını da değerlendirmiş ve yine olumsuz yanıt vermiştir.[69]

---

[62] ABASS, Ademola: "Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur", *Fordham International Law Journal,* C. 31, S. 4, 2007, s. 890.
[63] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 406.
[64] MILANOVIC, s. 603.
[65] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 297.
[66] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 376.
[67] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 389.
[68] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 109.
[69] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 395.

Sırp Cumhuriyeti Ordusu Sırbistan ve Karadağ'ın ne *de jure* ne de *de facto* bir organı olduğundan, Uluslararası Adalet Divanı Sırp Cumhuriyeti Ordusu'nun Sırbistan ve Karadağ'ın talimatları doğrultusunda veya Sırbistan ve Karadağ'ın yönlendirmesi ya da kontrolü altında hareket edip etmediğini analiz etmiştir.[70] Uluslararası Adalet Divanı analizini Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin 8. maddesine dayandırmıştır.[71] Bu madde, uluslararası hukuk açısından uygulanabilir teamül normunu ortaya koymaktadır. Uluslararası Adalet Divanı *Tadić* davasında geliştirilen genel kontrol testini incelemiş ve şu sonuca varmıştır:

Doğası gereği birbirinden çok farklı olan iki hukuki problemin çözümünde aynı testin benimsenmesi doğru değildir. Bir Devletin başka bir Devletin topraklarındaki silahlı çatışmaya müdahil olma derecesi ve niteliği, söz konusu Devletin çatışma sırasında işlenen belirli bir fiilden dolayı sorumluluğunu doğurmak için gereken müdahil olma derecesi ve niteliğinden farklı olabilir.[72]

Ayrıca Uluslararası Adalet Divanı, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin izlediği yaklaşımı şu sözlerle eleştirmiştir:

Genel kontrol testinin Devletin sorumluluğunun kapsamını uluslararası sorumluluk hukukunu yöneten temel ilkenin çok ötesine genişlettiğini belirtmek gerekir. Devlet yalnızca kendi davranışlarından, yani her ne şekilde olursa olsun kendi adına hareket eden kişilerin davranışlarından sorumludur.[73]

Sonuç olarak Uluslararası Adalet Divanı genel kontrol testini uygulamayı tercih etmemiş ancak *Nikaragua* davasında geliştirdiği etkin kontrol testi yaklaşıma geri dönmeye karar vermiştir. Bu bağlamda Uluslararası Adalet Divanı, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin 8. maddesinde belirtilen uluslararası teamül hukuku kuralı uyarınca Davalının sorumluluğunun bulunup bulunmadığını yerleşik içtihadına dayanarak belirleyeceğini vurgulamıştır.[74]

Uluslararası Adalet Divanı eylemlerin, Eski Yugoslavya Cumhuriyeti'nin yönlendirmesi veya kontrolü altında gerçekleştirildiğini tespit etmek için yeterli olgusal temel bulunmadığı sonucuna varmıştır.[75]

---

[70] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 397.
[71] GRIEBEL, Jörn: "New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in Bosnia v. Serbia", *Leiden Journal of International Law* C. 21, S. 3, 2008, s. 601-622.
[72] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 405.
[73] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 406.
[74] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 407.
[75] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007, para. 412.

II. ÇEŞİTLİ YAKLAŞIMLARIN ANALİZİ

Önceki bölümlerde Uluslararası Adalet Divanı, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından benimsenen çeşitli yaklaşımlar açıklanmıştır. Bu farklı yaklaşımlar şu şekilde özetlenebilir: Eylemler herhangi bir birey, örgütlenmemiş grup veya örgütlü grup tarafından, Devletin fiilin işlenmesi için özel talimatları altında gerçekleştirilir ise bu eylemler Devlete atfedilebilir. Uluslararası Adalet Divanı, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Hukuk Komisyonu bu noktada hemfikirdir. Bu durum, Uluslararası Adalet Divanı tarafından benimsenen etkin kontrol testi ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilen özel talimatlar testi ile açıklanabilir.

Üç hukuk kurumu farklı yaklaşımlar benimsediğinden, bir Devletin özel talimatları olmaksızın gerçekleştirilen eylemler söz konusu olduğunda durum daha karmaşık bir hal almaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'na göre ister tek tek bireyler ister örgütlenmemiş gruplar veya örgütlü gruplar tarafından işlensin, etkin kontrol eksikliği eylemin bir Devlete atfedilmesini engellemektedir. Bu gibi durumlarda, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi eylemlerin örgütlü silahlı gruplar tarafından mı, yoksa tek tek bireyler veya örgütlenmemiş gruplar tarafından mı gerçekleştirildiğini belirleme yolunu tercih etmektedir. İlk senaryoda, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne göre eylemi gerçekleştiren örgütlü grup üzerinde genel bir kontrolün olması, eylemin Devlete atfedilmesi için yeterlidir. Bu yaklaşım *Tadić* davasında geliştirilen genel kontrol testinin yansımasıdır. İkinci senaryoda ise tek tek bireyler veya örgütlenmemiş gruplar tarafından işlenen bir fiil, özel talimatı olmadan Devlete atfedilemez. Bu yaklaşım ise Uluslararası Adalet Divanı tarafından tercih edilmektedir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu alternatif yönlendirme ve kontrol kriterlerini kullanarak ikinci yaklaşımı tercih etmektedir.[76] Uluslararası Hukuk Komisyonu tek bir birey, örgütlenmemiş bir grup veya örgütlü bir grup tarafından gerçekleştirilen davranışlar arasında ayrım yapmamaktadır. Fail üzerinde davranışla ilgili olarak belirli bir derecede kontrol veya yönlendirme olması, davranışın Devlete atfedilmesi için yeterli olacaktır.

III. YAKLAŞIMLARI SİBER OPERASYONLARA UYGULAMAK

Devlet destekli siber operasyonlar çoğu zaman devlet dışı aktörler tarafından yürütülmektedir. Bu durum, isnat edilebilirlik sorununu ve özellikle de devlet dışı aktörlerin davranışlarının Devlete nasıl atfedileceği sorusunu gündeme getirmektedir. İsnat edilebilirliği düzenleyen Devlet sorumluluğuna ilişkin kuralların siber davranışlar için de geçerli olduğu tartışmasızdır.[77]

[76] International Law Commission (ILC), s. 140.
[77] SHACKELFORD, Scott: "From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law", *British Journal of International Law,* C. 27, S.1, 2009, s. 195.

İnternetin her yerde ve her zaman var olan karakteri, siber operasyonlarda Devletin sorumluluğunun belirlenmesinde ve sorumluluğun devlete isnat edilebilmesinde esas alınan hukuk kurallarını yeniden yorumlamayı gerektirmektedir. Uluslararası Adalet Divanı tarafından belirlenen kontrol derecesinin, yeni teknolojinin kullanım sahasına uygulanabilir olamayacak kadar yüksek bir eşik olduğu açıktır.[78] Bununla birlikte, eşiği önemli ölçüde düşürme konusunda da dikkatli olunmalıdır. Bu nedenle, siber operasyonlarda isnat için en uygun eşiği tanımlamak amacıyla derinlemesine düşünmek gerekmektedir. Bu yaklaşımın iki temel nedeni bulunmaktadır; bunlardan ilki genel olarak internet kullanımıyla ilgilidir, sadece siber operasyonlarla ilgili değildir, ikincisi ise siber operasyonlara doğrudan odaklanmaktadır.

İlk olarak, internet daha dar bir organizasyon yapısıyla faaliyetleri eş güdümlü yönetmenin kolay bir yolunu sunmaktadır. Zapatista Ulusal Kurtuluş Ordusu'nu desteklemek amacıyla, 1998 yılında çeşitli aktörler tarafından yürütülen siber operasyonlar bu özelliğin açık bir örneğini teşkil etmektedir. 1997 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde bir grup siber aktivist tarafından kurulan Elektronik Rahatsızlık Tiyatrosu ve İtalya'da bir grup siyasi aktivist tarafından kurulup faaliyette bulunan Anonim Dijital Koalisyon, Zapatista Ulusal Kurtuluş Ordusu'nu desteklemek amacıyla ABD ve Meksika hükümetlerine karşı siber operasyonlar yürütmüştür.[79] Devlet dışı aktörler siber operasyonları sadece yürütmekle kalmamışlardır, aynı zamanda tasarlamışlardır. Siber operasyonları yürütmek için çevrimiçi bir araç olan FloodNet devlet dışı aktörler tarafından hazırlanmıştır ve ilgilenen herkes çevrimiçi eylemlere katılmaya çağırılmıştır. Eylemler düşük bir organizasyon derecesi ile iyi şekilde koordine edilmiştir. Benzer bir şekilde, Anonymous'un eylemleri organize olmayan bir grubun nasıl geniş çaplı, koordineli siber operasyonlar yürütebildiğini göstermektedir; aynı şey Rus İş Ağı için de söylenebilir.[80]

Bu gerçek hayattan örnekler, devlet dışı aktörlerin eylemlerinin bir Devlete atfedilebilir olup olmadığı sorusuyla doğrudan ilgili değildir. Ancak bir Devlet siber operasyonları kolaylıkla koordine edebilir ve devlet dışı aktörler üzerinde çok yüksek derecede kontrol sahibi olmaksızın onları bu eylemlere dahil edebilir. Bu durumda, isnat edilebilirlik için gerekli olan yüksek eşik dikkate alındığında, Devlet, siber eylemlerden hukuki olarak sorumlu tutulma riski olmaksızın hedeflerine ulaşmak için yeterli derecede kontrole sahip olabilir.

İkinci olarak, siber operasyonlar harekete geçmek ve başkalarını harekete geçmeye teşvik etmek için kolay bir araç sunmaktadır. Örneğin, standart silahlandırma ve eğitim kavramı silahların fiziksel olarak teslim edilmesini kapsamaktadır. Aynı zamanda silahlandırma ve eğitim kavramı silahların nasıl kullanılacağı konusunda bireyleri eğitmek üzere devlet görevlilerinin, ajanların gönderilmesi anlamına da gelmektedir. Siber uzayda ise aynı amaca çok daha kolay bir şekilde ulaşılabilmektedir. FloodNet gibi siber operasyonların yürütülmesi için kullanıma hazır kötü amaçlı yazılımların internette

[78] WOLTAG, Christof: Cyber Warfare: Military Cross-Border Computer Network Operations Under International Law, Intersentia, Cambridge 2014 s. 91.
[79] ROSCINI, Marco: "World Wide Warfare - *Jus ad bellum* and the Use of Cyber Force", *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* C. 14, S. 1, 2010, s. 100.
[80] WOLTAG, s. 90.

yayınlandığı varsayılırsa; bu durum, nihai kullanıcıların silahlandırılması anlamına gelebilir mi sorusu mutlaka değerlendirilmelidir. Gerçek silahlanma ve eğitim ile siber silahlanma ve eğitim arasında yapılan karşılaştırma yerinde olmayabilir ancak ulaşılan sonuç çoğu zaman aynı olacaktır. Benzer şekilde, eğitim çevrimiçi talimatlar aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Bu örnekler, gerçek dünyadaki ve siber uzaydaki benzer durumların nasıl farklı hukuki niteliklere ve etkilere sahip olabileceğini açıkça göstermektedir.

Devletler arasındaki iş birliği eksikliği, her türlü siber operasyonda ve özellikle de devlet destekli olduğu iddia edilen operasyonlarda isnat edilebilirlik açısından önemli bir zorluktur. Çoğu durumda, siber operasyonun bir parçası olan bilgisayarların ve insanların belirlenmesinin yanı sıra herhangi bir sponsor Devletin tespit edilmesi için gerekli bilgi ve kanıtlar yabancı bir ülkede bulunabilmektedir. Tespit ve ilişkilendirme süreçleri yabancı devletin iyi niyetine ve iş birliğine bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Estonya, Rusya'dan 2007 siber saldırılarının faillerinin tespit edilmesine yardımcı olması için pek çok talepte bulunmuştur. Ancak hukuki iş birliği talepleri Rusya tarafından yanıtsız bırakılmıştır.[81] Yaşanan gelişmeler doğrultusunda siber operasyonlarda hiçbir Rus vatandaşı fail tespit edilememiş ve tespit edilen tek fail Estonya topraklarından hareket eden bir Estonya vatandaşı olan Dmitri Galuškevitš olmuştur. Estonyalı yetkililer Galuškevitš'in kimliğinin tespit edilmesini ve mahkûm edilmesini sağlayan delilleri toplamayı başarmıştır.[82] Devletler arasında siber operasyonlarda delil paylaşımına yönelik iş birliğinin olmaması, siber operasyonların isnat edilebilirliğinde önemli bir engel teşkil etmektedir.

Devletin bireyleri yönlendirdiği veya kontrol ettiği siber uzay alanında isnat edilebilirlik uygulamasının somut bir örneğini vermek amacıyla; Estonya'ya karşı gerçekleştirilen, 2007 tarihli siber operasyonlar bir sonraki bölümde detaylı olarak incelenecektir.

A. 2007 Estonya DDoS Saldırıları

Estonya hükümeti Rusya'yı 2007'de gerçekleşen siber operasyonların arkasında olmakla suçlamıştır. Ancak Rusya'nın siber operasyonlara dahlini kanıtlayacak deliller mevcut değildir.[83] Bununla birlikte, bir Rus hareketinin üyeleri siber operasyonun içinde yer aldıklarını kabul etmişlerdir.

Rusya sürekli olarak siber operasyonlara herhangi bir müdahalesi olduğunu reddetmiştir. Ancak Kremlin için çalışan gençlik grubu Nashi'nin komiseri Konstantin Goloskokov, Financial Times'a yaptığı

[81] TIKK, Eneken: International Cyber Incidents: Legal Considerations, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn 2010, s. 27.
[82] Harju County Court (Estonia), *Dmitri Galuškevitš*, No. 1-07-15185, Judgment of 13 December 2007.; RAIN, Ottis: Analysis of the 2007 Cyber Attacks Against Estonia from the Information Warfare Perspective, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn 2010, s. 163-168.
[83] RIA Novosti: 2007, *Estonia Has No Evidence of Kremlin Involvement in Cyber Attacks*, http://en.ria.ru/world/20070906/76959190.html, (Erişim Tarihi: 20.06.2023).

açıklamada, saldırıyı kendisinin ve bazı ortaklarının başlattığını beyan etmiştir. Bu açıklamalar doğrultusunda ilk kez sorumluluk üstlenilmiştir.[84]

Ayrıca Rusya Parlamentosu üyesi Sergei Markov, asistanının Estonya'ya karşı siber operasyonlar gerçekleştirdiğini doğrulamıştır.[85] Rus azınlığa mensup 20 yaşındaki Estonyalı Dmitri Galuškevitš, Estonya Reform Partisi'nin web sitesini engelleyen siber operasyonların tespit edilen ve mahkûm edilen tek faili olmuştur.[86]

İddiaların doğruluğu ya da gerçekleşen siber operasyonların hukuki niteliği bu bildiride tartışılmayacaktır. Bu bildiride yapılacak analiz, yalnızca devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen siber operasyonların Rusya'ya atfedilmesi için gerekli koşulların oluşturulmasının mümkün olup olmadığına odaklanacaktır.

Estonya'ya yönelik siber operasyonlar iki aşamaya ayrılabilir. İlk aşama, ağırlıklı olarak duygusal motivasyonla 27-29 Nisan 2007 tarihleri arasında gerçekleşmiştir. İkinci aşama ise daha eş güdümlü, çok yönlüdür ve 30 Nisan'dan 18 Mayıs 2007 tarihine kadar sürmüştür.[87] İlk aşama ağırlıklı olarak çeşitli çevrimiçi forumlar ve sohbetler aracılığıyla eş güdümlü hareket edilen, hükümet ve medya web sitelerine yönelik hizmet engelleme (DoS) saldırılarından oluşmuştur. Zararlı sonuçlar doğuran ikinci aşama siber operasyonlarda ise büyük bir zombi bilgisayar ağı olan botnetler kullanılmıştır. Botnetler ile çok sayıda bilgisayarın bir internet protokolü (IP) adresine saldırması sağlanmıştır. Hizmet engelleme (DoS) saldırılarının yerini alan çok yönlü dağıtık hizmet engelleme (DDoS) saldırılarında failler, çeşitli ülkelerdeki vekil (proxy) sunucularını kullanarak ve IP adreslerini yanıltarak isnat edilebilirlik sorununu daha zor hale getirmişlerdir. DoS ve DDoS saldırılarına ek olarak, siber operasyonlar tahrifat, web sitelerini, yorumları hedef alma ve istenmeyen e-posta şeklinde de gerçekleşmiştir.

Bu bildiride yapılan tümdengelimsel akıl yürütme, kamuya açık hale getirilen sınırlı olgu ve bilgilere dayanmaktadır ve bu nedenle vakanın kapsamlı veya nihai bir analizini teşkil etmemektedir. Siber operasyonların çoğunun Estonya'da yaşayan Rus azınlığı destekleyen devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirildiği açıktır. Rusya'nın sorumlu tutulabilmesi için siber operasyonlar üzerinde ne derece kontrol sahibi olması gerekmektedir sorusu daha detaylı incelenmelidir.

Siber operasyonlar çeşitli çevrimiçi sohbetler ve forumlar aracılığıyla eş güdümlü olarak düzenlenmiştir. Sonuç olarak, devlet dışı failler dağınık ve örgütsüz görünmektedir. Bu nedenle devlet dışı failler tek bir organize grup oluşturmamaktadırlar. Bunun yerine, failler büyük ölçüde tek tek bireyler ya da örgütlenmemiş gruplar gibi görünmektedir. Ortak bir amacı desteklemek için siber operasyonlar

---

[84] Financial Times: 2009, *Kremlin-Backed Group Behind Estonia Cyber Blitz*, http://www.ft.com/cms/s/0/57536d5a-0ddc-11de-8ea3-0000779fd2ac.html#axzz2TBcey8a5, (Erişim Tarihi: 20.06.2023).

[85] Radio Free Europe/Radio Liberty: 2009, *Behind The Estonia Cyberattacks*, http://www.rferl.org/content/Behind_The_Estonia_Cyberattacks/1505613.html, (Erişim Tarihi: 20.06.2023).

[86] BBC: 2008, *Estonia Fines Man for Cyber War*, http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7208511.stm, (Erişim Tarihi: 20.06.2023).

[87] TIKK, s. 20.

yürütmeye karar veren devlet dışı aktörler, hedefler hakkında bilgi toplamaya ve çevrimiçi siber operasyonları yürütmek için araçlar geliştirmeye yönelmişlerdir.

Eğer durum böyle olsaydı, herhangi bir bireyin tüm siber operasyonlar üzerinde etkin bir kontrole sahip olduğunu kabul etmek ve dolayısıyla bir Devletin bireyler üzerinde kontrol uyguladığını iddia etmek zor olurdu. Siber operasyonlarda yer alan aktörlerin niteliği ve çeşitliliği göz önüne alındığında bu genel sonuca ulaşmak mümkündür. Ulaşılan genel sonuç söz konusu aktörlerden bazılarının Rusya'dan gelen özel talimatlar doğrultusunda hareket etmiş olabileceği ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır.

Sonuç olarak, Uluslararası Adalet Divanı'nın gerçekleşen siber operasyonların Rusya'ya atfedilemeyeceğini açıkça tespit edeceği görülmektedir çünkü etkin kontrol testi karşılanamayacaktır. Devletin, grubu silahlandırdığı, eğittiği ve hatta finanse ettiği durumlara kıyasla daha az bir kontrol uyguladığı açıktır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tek tek bireyler ve örgütlenmemiş gruplar için de benzer yaklaşımı benimseyecektir. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından geliştirilen talimat kriteri de açıkça karşılanmayacaktır.

Atfedilmenin iki olası gerekçesi çözülmemiştir. Bu gerekçeler, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin genel kontrol testi temelinde organize gruplara atfedilme ve Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından belirlenen yönlendirme ve kontrol kriterleridir. Genel kontrol testi, her bir eylem için özel talimatlara gerek olmaksızın grup üzerinde daha geniş bir kontrol derecesini kapsar. Genel kontrol testi kapsamında finansman sağlanması örneği kullanılabilir. Siber operasyonda rol alan faillerin kesin olarak örgütlü bir grup oluşturduğunu iddia edemeyiz ancak bazıları örgütlü gruplara mensup olabilir. Bu durumda bile kontrol derecesi önemsizdir. Rusya gerçekten de insanları siber operasyonları gerçekleştirmeye teşvik eden bazı forumların veya sohbetlerin arkasında olsa bile, ki bugüne kadar bunun tespit edilemediğini belirtmek gerekir, ve daha sonra bu eylemlerin nasıl gerçekleştirileceğine dair talimatlar vermiş olsa bile, bu kontrol veya yönlendirme biçimi genel kontrol testinin eşiğinin ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun kriterlerinin altında kalmaktadır.

Bu bildiride yapılan analiz, Estonya'ya karşı gerçekleştirilen siber operasyonlarla ilgili isnat edilebilirlik sorusuna kapsamlı veya nihai bir cevap vermemektedir. Daha fazla bilgi ve kanıt mevcut olsa bile, uluslararası hukuka göre Rusya'ya siber operasyonları isnat etmenin son derece zor olacağı açıktır.

Devlet dışı aktörleri siber operasyonlar yürütmeye teşvik etmek için gerekli kontrol derecesi, özellikle düşük olabilir. Devletlerin siber operasyonları giderek daha fazla kullanmaya başlaması doğrultusunda siber operasyonlara ilişkin davalar uluslararası bir mahkeme tarafından değerlendirildiğinde, yargıçların siber operasyonlara ilişkin senaryolarda daha düşük bir eşiğin gerekli ya da en azından değerlendirilebilir olup olmadığı sorusunu sorması makul görünmektedir. Ancak eşiğin çok aşağıya çekilmesinin, yanlış yorumlama ve hatalı atıflarla sonuçlanabilecek aşırı gevşek isnat edilebilirlik kriterlerine kapı açma riskini gözden kaçırmamak önemlidir.

B. Özel Siber Güvenlik Şirketleri

Özel siber güvenlik şirketlerinin bir Devletin *de facto*, fiili organları olarak hareket etmeleri veya devlet otoritesine kullanmalarına izin verilmesi olasılığında, özel siber güvenlik şirketlerinin eylemleri bir Devlete atfedilebilir. Bu gibi durumlarda, *ultra vires* olsalar bile özel siber güvenlik şirketlerinin tüm eylemleri Devlete atfedilebilir. Ancak pek çok özel siber güvenlik şirketi bu kategorilerin dışında kalmaktadır ve dolayısıyla eylemleri otomatik olarak Devlete atfedilemez. Özel siber güvenlik şirketleri Devletin *de facto*, fiili organı olmadıkları durumlarda ancak Devletin belirli bir derecedeki kontrolü altında faaliyet göstermeleri halinde eylemleri Devlete atfedilebilir.

Özel siber güvenlik şirketleri meselesi daha geniş kapsama sahip bir kavram olan özel askeri ve güvenlik şirketleri (ÖGŞ) ile birlikte incelenebilir. ÖGŞ'ler, daha önce silahlı kuvvetler tarafından yerine getirilen işlevleri yerine getirmek üzere Devletler tarafından giderek daha fazla istihdam edilmekte ve bu da pek çok hukuki soruyu gündeme getirmektedir.[88] ÖGŞ'lerin bir Devlete karşı davranışında, Uluslararası Adalet Divanı'nın etkin kontrol testi oldukça kısıtlayıcı kalmaktadır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin genel kontrol testi ise daha uygun görünmektedir. Devletlerin özel askeri ve güvenlik şirketleri başvurması bağlamında etkin kontrol ve genel kontrol testlerini değerlendirdiğimizde:

Nikaragua testi kapsamında, bir ÖGŞ'nin insan hakları ihlalinden dolayı ev sahibi devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için, şirketin veya çalışanlarının bir insan hakkını ihlal eden belirli bir faaliyeti yürütürken ev sahibi devletin etkin kontrolü altında hareket ettiklerinin kanıtlanması gerekmektedir. Cassese testi olarak da bilinen Tadić testi kapsamında, ev sahibi devletin özel askeri yükleniciler üzerinde genel veya genel nitelikte bir siyasi-askeri kontrolünün olması yeterlidir, özel aktör tarafından haksız fiilin işlenmesini yönlendirmiş olması gerekli değildir.[89]

Devletler özel aktörleri siber operasyonlar yürütmek üzere görevlendirirken sadece sonuçla ilgili talimatlar verebilir ve ne tür bir siber operasyon yürütüleceğine karar vermeyi özel aktörlerin takdirine bırakabilir. Örneğin, bir Devlet özel aktörlerden başka bir Devlette bulunan bir nükleer santrali bozmak ve fiziksel zarar vermek için siber operasyonlar yürütmelerini isterse, bu durum etkin kontrol testine göre Devlete atfedilmesi zor olabilirken, genel kontrol testine göre atfedilebilir olacaktır. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından tanımlanan alternatif talimat, yönlendirme veya kontrol kriterleri bu tür bir davranışı özel siber güvenlik şirketini işe alan Devlete atfedilebilir kılacaktır.

SONUÇ

Devletin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında yürütülen siber operasyonlar, Devlet destekli siber operasyonların ana kategorilerinden birini oluşturmaktadır. Bu bildiride de ortaya konulduğu üzere, mevcut uluslararası hukuk sistemi siber alana uygulanabilir olmakla birlikte, iki önemli zorlukla

[88] TONKIN, Hannah: State Control Over Private Military and Security Companies in Armed Conflict, Cambridge University Press, Cambridge 2011.
[89] FRANCIONI, s. 102.

karşı karşıyadır. İlk olarak, Devletin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında gerçekleştirilen eylemlerin atfedilmesine ilişkin yaklaşımların çeşitliliği, isnat edilme sürecini belirsiz hale getirebilme potansiyeline sahiptir. İkinci olarak, aşırı katı kriterlerin kullanılması isnat edilebilirlik sürecini uygulamada özellikle zorlaştırabilmektedir.

Kaynakça

ABASS, Ademola: "Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur", *Fordham International Law Journal,* C. 31, S. 4, 2007, s. 871-910.

ALVAREZ, Elena: "The Attribution of International Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals Within the Territory of Another State", *InDret,* C.1, S.1, 2015, s. 1-40.

Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (adopted by the International Law Commission at its 53rd session in 2001, annexed to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, and corrected by document A/56/49(Vol I)/Corr4)

BBC: 2008, *Estonia Fines Man for Cyber War*, http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7208511.stm, (Erişim Tarihi: 20.06.2023).

BRENNER, Susan: "At Light Speed: Attribution and Response to Cybercrime/Terrorism/ Warfare", *The Journal of Criminal Law and Criminology,* C. 97, S. 2, 2007, s. 379-475.

CASSESE, Antonio: "The *Nicaragua* and *Tadić* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", *European Journal of International Law,* C. 18, S. 4, 2007, s. 649-668.

DE HOOGH, André: "Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadić Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia", *British Yearbook of International Law,* C. 72, S. 1, 2002, s. 255-292.

ERKİNER, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.

Financial Times: 2009, *Kremlin-Backed Group Behind Estonia Cyber Blitz*, http://www.ft.com/cms/s/0/57536d5a-0ddc-11de-8ea3-0000779fd2ac.html#axzz2TBcey8a5, (Erişim Tarihi: 20.06.2023).

FRANCIONI, Francesco: "The Role of the Home State in Ensuring Compliance with Human Rights by Private Military Contractors", *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Editör: Francesco Francioni ve Natalino Ronzitti, Oxford University Press, Oxford 2011.

GRIEBEL, Jörn: "New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in Bosnia v. Serbia", *Leiden Journal of International Law,* C. 21, S. 3, 2008, s. 601-622.

Harju County Court (Estonia), *Dmitri Galuškevitš*, No. 1-07-15185, Judgment of 13 December 2007.

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 2007.

ICJ, Application of the Republic of Nicaragua, *Application instituting proceedings, case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (filed in the registry of the International Court of Justice on 9 April 1984).

ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment on the Merits, 19 December 2005, ICJ Reports 2005.
ICJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment on the Merits, 9 April 1949, ICJ Reports 1949.
ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986.
ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Zenjnil Delalić Zdravko Musić also known as 'PAVO' and Hazim Delić Esad Landzo also known as 'ZENGA' (Čelebići Camp)* (Appeal Judgement), Judgment of 20 February 2001, Case No. IT-96-21-A 8.
ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-A, Judgment of 24 March 2000 57.
ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor vs Dusko Tadić* (Judgment), Judgment of 15 July 1999, IT-94-1-A.
ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v Dario Kordić & Mario Čerkez*, IT-95-14/2-A, Judgment of 17 December 2004.
ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v Dusko Tadić* (Trial Judgement), Judgment of 7 May 1997, IT-94-1-T.
ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v Dusko Tadić* (Trial Judgement), Judgment of 7 May 1997, IT-94-1-T 'Separate and Dissenting Opinion of Judge Mcdonald Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute'
ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor V. Mladen Naletilić, aka "Tuta" and Vinko Martinović, aka "Štela"*, IT-98-34-T, Judgment of 31 March 2003.
ICTY, Trial Chamber, *The Prosecutor v Dario Kordić & Mario Čerkez* (Judgment), IT-95-14/2-T, Judgment of 26 February 2001, 32.
International Law Commission (ILC): Commentary to the Articles on State Responsibility, ILC Yearbook, Geneva 2001 s. 48.
Iran-US CTR, *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Judgment of 2 November 1987, Iran-US CTR.
KLABBERS, Jan: International Law, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
KRESS, Claus: "L'organe *de facto* en droit international public: Réflexions sur l'imputation à l'etat de l'acte d'un particulier à la lumière du développements récents", *Revue Générale de Droit International Public,* C. 105, S. 1, 2001, s. 93-144.
Loizidou v. Turkey (Application No. 15318/89), ECtHR[GC], Judgment of 18 December 1996.
MAHIOU, Ahmed: "Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité: cours général de droit international", *Le Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye,* C. 337, S. 1, 2009, s. 9-516.
MILANOVIC, Marko: "State Responsibility for Acts of Non-State Actors: A Comment on Griebel and Plücken", *Leiden Journal of International Law,* C. 22, S. 2, 2009, s. 307-324.
MILANOVIC, Marko: "State Responsibility for Genocide", *European Journal of International Law,* C. 17, S. 3, 2006, s. 553-604.
Radio Free Europe/Radio Liberty: 2009, *Behind The Estonia Cyberattacks*, http://www.rferl.org/content/Behind_The_Estonia_Cyberattacks/1505613.html, (Erişim Tarihi: 20.06.2023).

RAIN, Ottis: Analysis of the 2007 Cyber Attacks Against Estonia from the Information Warfare Perspective, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn 2010.

RIA Novosti: 2007, *Estonia Has No Evidence of Kremlin Involvement in Cyber Attacks*, http://en.ria.ru/world/20070906/76959190.html, (Erişim Tarihi: 20.06.2023).

ROSCINI, Marco: "Evidentiary Issues in International Disputes Related to State Responsibility for Cyber Operations", *Texas International Law Journal,* C. 50, S. 2, 2015, s. 233-273.

ROSCINI, Marco: "World Wide Warfare - *Jus ad bellum* and the Use of Cyber Force", *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* C. 14, S. 1, 2010, s. 85-130.

SCHMITT, Michael: The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, Cambridge University Press, Cambridge 2013.

SHACKELFORD, Scott: "From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law", *British Journal of International Law,* C. 27, S.1, 2009, s. 192-251.

TALMON, Stefan: "The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities", *International & Comparative Law Quarterly,* C. 58, S. 3, 2009, s. 493-517.

TIKK, Eneken: International Cyber Incidents: Legal Considerations, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn 2010.

TONKIN, Hannah: State Control Over Private Military and Security Companies in Armed Conflict, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

TSAGOURIAS, Nicholas: "Cyber Attacks, Self-defence and the Problem of Attribution", *Journal of Conflict and Security Law,* C. 17, S. 2, 2012, s. 229-244.

WOLTAG, Christof: Cyber Warfare: Military Cross-Border Computer Network Operations Under International Law, Intersentia, Cambridge 2014.

ÇOĞULCULUĞU SAĞLAMANIN BİR ARACI OLARAK DİJİTAL KAMUOYU

Ar. Gör. Dr. Cansu KOÇ BAŞAR*

ÖZET

Kamuoyu, belirli bir zamanda ve belirli konu ile ilgili olarak bu konunun muhatabı olan kişiler grubunun ya da gruplarının sahip oldukları kanaat olarak açıklanabilir. Kamuoyu, yönetilenler ile yönetenler arasındaki temas noktalarından biridir. Çağdaş demokrasilerde siyasal eşitliğe dayalı serbest seçimler demokrasiyi sağlayacak ilk aşama olarak görülebilir. Buna karşın çoğulcu demokrasinin sağlanmasında seçimlerin zorunlu fakat tek unsur olmadığı da ortadadır. Çoğulcu demokrasinin sağlanmasında hukukun üstünlüğü, insan hakları, sivil toplum gibi pek çok unsur ile beraber kamuoyu etkisinin olması da beklenen ve gerekli bir unsurdur. Bu yolla çoğulcu demokrasilerde olması gereken sınırlı ve denetlenebilir iktidar anlayışından bahsedilebilir. Siyasal karar alma süreçlerinde kamuoyu etkisinin varlığı çoğulculuğun bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamuoyu oluşumunda aile, eğitim, kültür gibi pek çok kaynak bulunmaktadır. Basın da kamuoyu oluşumunda başlıca kaynaklardan biridir. Nitekim siyasal meselelere halkın dikkatini toplayan en önemli araçların basın-yayın organları olduğu söylenebilir. Günümüzde yaşanan dijitalleşme sürecinde ise yeni medya teknolojileri, konvansiyonel medyaya alternatif hâle gelmiştir. Web gelişimi ile beraber artık dijital alanlar bilgi yaymanın birincil alanı olarak görülmeye başlamıştır. Web 3 ile daha da gelişen dijital platformlardaki etkileşim ve iletişim esasen Web 2 teknolojisinin sağladığı dijital ortamlarda, dijital kamuoyu oluşturmayı mümkün hâle getirmiştir. Sosyal medyanın kamuoyu oluşumundaki etkisi bu konuda ön plana çıkmaktadır. Dijital platformlar yoluyla iletişim ve etkileşim kapsamlı ve hızlı hâle gelmekte, fiziksel ortam engeli aşılmakta ve bilgi akışı yoğunlaşmaktadır. Dolayısıyla aktif tutum sağlamanın hızlı ve düşük maliyetli bir yöntemi olarak dijital platformlar, kamuoyu oluşturarak çoğulculuğu sağlamın bir aracı olarak değerlendirilebilir durumdadır. Kapsamı ve hızı başta olmak üzere tüm avantajlarına karşın dijital platformlarda oluşacak kamuoyu bakımından çoğulculuğun sağlanması konusunda bazı sıkıntıların olduğunu da yadsımamak gerekir. Dijital kamuoyunun çoğulculuğu sağlayabilmesi konusundaki öncelikli sorunlardan biri dijital okur-yazarlığa ilişkindir. Nitekim dijital platformlarda yer alan ve kamuoyu oluşturma kabiliyetine sahip olan kişiler dijital okur-yazarlık kabiliyetine sahip olan bireylerdir. Bu konuda ise yaş, cinsiyet, engellilik durumu, teknolojiye erişim imkânı gibi hususlarda eşitsizliklerin olduğu görülmektedir. Dijital kamuoyu sahip olduğu dinamik ve karmaşık yapısıyla çoğulculuğu sağlamada mevcut avantajlı yönleriyle, fakat riskleri ve eksiklikleri de göz ardı edilmeden, analiz edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Dijitalleşme, Kamuoyu, Çoğulculuk, Dijital Okur-Yazarlık.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (e-posta: cansu.koc@deu.edu.tr), ORCID ID: 0000-0002-3597-971X.

DIGITAL PUBLIC OPINION AS A MEAN TO ENSURE PLURALISM

ABSTRACT

Public opinion can be explained as the opinion held by the group or groups of people who are the addressees of this subject at a certain time and about a certain subject. Public opinion is one of the contact points between the governed and the governed. In contemporary democracies, free elections based on political equality can be seen as the first step to ensure democracy. On the other hand, it is obvious that elections are necessary but not the only element in ensuring pluralist democracy. Along with many factors such as the rule of law, human rights and civil society, the influence of public opinion is an expected and necessary element in ensuring pluralist democracy. In this way, we can talk about the limited and controllable power that should be in pluralist democracies. The presence of public influence in political decision-making processes emerges as a requirement of pluralism. There are many resources such as family, education and culture in the formation of public opinion. The press is also one of the main sources of public opinion formation. In fact, it can be said that the most important means that draw the public's attention to political issues are the media organs. Current digitalization process, new media technologies have become an alternative to conventional media. Digital spaces are now seen as the primary area of spreading information with the development of the Web. In fact, the interaction and communication on digital platforms that have further developed with Web 3 has made it possible to create digital public opinion in the digital environments provided by Web 2 technology. The effect of social media in forming public opinion comes to the fore in this regard. Communication and interaction through digital platforms become comprehensive and fast, the barrier of physical environment is overcome and the flow of information intensifies. Therefore, digital platforms, as a fast and low-cost method of maintaining an active attitude, can be considered as a means of ensuring pluralism by creating public opinion. Despite all its advantages, especially in its scope and speed, it should not be denied that there are some difficulties in ensuring the pluralism of the public opinion that will be formed on digital platforms. One of the primary problems for the digital public to ensure pluralism is related to digital literacy. Thus people who take part in digital platforms and have the ability to form public opinion are individuals who have digital literacy skills. In this regard, it is seen that there are inequalities in issues such as age, gender, disability, and access to technology. The digital public opinion should be analyzed with its dynamic and complex structure and its existing advantages in ensuring pluralism, but without ignoring its risks and shortcomings.

Keywords: Digitalization, Public Opinion, Pluralism, Digital Literacy.

GİRİŞ

Kamuoyu belirli bir konu hakkında o konunun muhatabı olan kişi grubu ya da gruplarının sahip olduğu kanaat ve görüşler olarak ifade edilebilir. Kamuoyu yalnızca demokratik rejimlerde değil demokrasi dışındaki rejimlerde de oluşur. Buna karşın özellikle çoğulcu demokrasilerde hem sağlıklı kamuoyu oluşumu hem de kamuoyunun siyasal ve toplumsal karar alma süreçlerine etki etmesi gerekli

ve beklenen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim demokratik rejimlerde halkın sadece seçim dönemlerinde aktif tutum sergilemesi demokrasinin varlığı için yeterli değildir. Siyasal ve toplumsal konularda farklı görüşlerin oluşması, bu görüşlerin tartışılması ve analiz edilmesi ve kararların buna göre alınması demokrasinin ve çoğulculuğun sağlanmasında zorunlu unsurlar olarak görülmektedir. Demokratik rejimler bakımından siyasal ve toplumsal konulardaki karar alma süreçlerinde kamuoyu etkisinin varlığı, halk yönetimini güçlendirecek, çoğulculuğu sağlayacak, sınırlı ve denetlenebilir iktidar anlayışını hayata geçirebilecek en önemli araçlardan biridir. Nitekim kamuoyu, çağdaş temsili demokrasilerde halk ile temsilcileri arasındaki bir temas noktasıdır.

Kamuoyunun oluşum kaynaklarının başında aile, eğitim, kültür gibi kaynakların yanı sıra basın-yayın organları da bulunmaktadır. Günümüzde yaşanan teknolojik gelişmelerle ise dijital platformlar, tek taraflı bilgi akışının hâkim olduğu konvansiyonel medyaya alternatif oluşturmaya başlamıştır. Özellikle Web 2 teknolojisi ile gelişen sosyal medya ağları, dijital ortamda siyasal ve toplumsal konulara ilişkin olarak hızlı ve kapsamlı kamuoyu oluşumuna olanak tanımaktadır. Klasik kamuoyu oluşum unsurları, dijital ortamda oluşan kamuoyu bakımından farklılık göstermektedir. Özellikle kamuoyu oluşturacak grup ya da grupların aynı fiziksel ortamda bulunmama dolayısıyla yaşayabilecekleri zorluk ve bağlantı kopukluğu, dijital kamuoyu oluşumu söz konusu olduğunda ortadan kalkmaktadır. Bilgi akşının çok hızlı olması, bilginin dünyanın her yerine ve herkese yayılabilmesi, düşük maliyetle hızlı ve kapsamlı bir aktarımın olması dijital kamuoyunun, demokrasinin işleyişinde ve çoğulculuğun sağlanmasında önemli bir araç olarak görülebileceğini düşündürmektedir. Bununla beraber dijital kamuoyunun çoğulculuğun sağlanmasında ortaya çıkarabileceği etki ve esasen çoğulcu demokratik rejimleri güçlendirmesi yönündeki beklenti, bazı sorunlu noktalarla da karşılaşmaktadır. Özellikle aktif bilgisayar ve internet kullanım oranlarının meslek gruplarına, eğitim durumuna, maddi duruma, cinsiyete, yaşa ya da engellilik durumuna göre belirli gruplarda yükselişi ya da düşüşü bu konuda dikkat çekmektedir. Nitekim dijital kamuoyunu oluşturacak olanlar, dijital alanda varlık gösterenler yani aktif bilgisayar ve internet kullanımı olan bireyler olacaktır.

Sözü edilen tespitler doğrultusunda bu çalışmada öncelikle kamuoyu kavramı ve kamuoyunun siyasal ve toplumsal konularda karar alma süreçlerine etkisi meselesi ele alınacak, daha sonra dijital kamuoyu kavramı ve dijital kamuoyunun oluşum süreci özellikle kapsam ve süreç unsurları göz önünde bulundurularak analiz edilecektir. Bu incelemeden sonra ise dijital ortamda oluşan kamuoyunun çoğulculuğu sağlamadaki bazı avantajlı ve riskli görülen yönleri üzerinde durulacaktır.

I. KAMUOYU KAVRAMI

Kamuoyu kavramı çeşitli anlamlarda ve farklı içeriklerde olsa da devletli toplumların var olduğu tarihin her döneminde kullanılmaktadır. Antik Yunan'da kamusal alan – özel alan ayrımının ortaya çıkması ile kullanılmaya başlayan bu kavram, 18. yüzyıl modern devletleri ile günümüzdeki anlamına uygun bir içerik kazanmıştır.[1] Kamuoyu kavramının günümüzdeki anlamını kavramak için öncelikle bu

[1] Necdet Ekinci, "Antik Yunan ve Roma "Kamuoyu" Kavramı", Akademik Bakış Dergisi, Sayı:61, Mayıs-Haziran 2017, s.178-179.

kavramın unsurlarına bakılabilir. Kamuoyunun unsurlarından biri olan "kamu" kavramı, belirli bir konu hakkında bilgi ve görüş sahibi olan kişilerden meydana gelen grup ya da grupları ifade eder. Kamuoyunun diğer bir unsuru olan "oy" kavramı ise eğilim, görüş, kanaat anlamlarına işaret etmektedir. Bu bağlamda kamuoyu kavramı, belirli bir zamanda ve belirli konu ile ilgili olarak bu konunun muhatabı olan kişiler grubunun ya da gruplarının sahip oldukları kanaat olarak açıklanabilir.[2]

Kamuoyu, tek tek kişilerin bireysel kanaatlerinin ortalaması olarak görülmemelidir. Güncel konulara ilişkin olarak belirli bir durum karşında ortaya çıkan durum ve konu ile ilgili olan grup ya da grupların hâkim görüşleri kamuoyu oluşturabilir niteliktedir. Bu anlamda kamuoyu, kanunları destekleyerek onların etkinliklerini sağlayabilir, sosyal kuruluşlar bakımından sürdürülebilirlik unsuru olarak değerlendirilebilir, sosyal standartlar belirleyebilir, bunları koruyabilir ve neticede toplumsal iradenin ortaya konulmasının araçlarından biri olarak görülebilir.[3]

Sosyal ya da siyasal sistemi ne olursa olsun hemen hemen her toplumda yönetilenler ile yönetenler arasında çeşitli derecelerde temas olması gerekir. Demokratik toplumlarda olduğu gibi totaliter toplumlarda da özellikle yönetimle görevli siyasal kurumlar, yönetilen durumda olanların kanaatlerini bilmek eğilimindedir. Kamuoyu da yönetilenler ile yönetenler arasındaki temas noktalarından biridir. Bu bakış açısıyla kamuoyu hükümet dışı gruplardan hükümete yönelen ve hükümet tarafından da göz önünde bulundurulması gerekli görülen kanaatler olarak da ifade edilebilir.[4]

Kamuoyu, demokratik olsun ya da olmasın her toplumda o toplumun özelliğine göre belirlenecek oran ve şekilde etkili bir siyasal araç olarak görülmektedir. Bununla beraber demokratikleşmeyi sağlamada, demokrasilerin çoğulculuk niteliğini taşımasında kamuoyunun sağlıklı ve etkin bir şekilde belirlenmesi ayrıca önemlidir. Her ne kadar diğer rejimler bakımından da kamuoyu etkisi önemli olsa da özellikle çoğulcu demokrasilerde bu önem artacaktır. Nitekim çoğulcu demokrasilerde farklı fikirlerin siyasal karar alma süreçlerine etki edebilmesi için kamuoyunun etkili olması beklenir ve gereklidir. Toplumda yer alan farklı grupların belirli konularda sahip oldukları kanaatlerin siyasal karar alma süreçlerine etki etmesi çoğulcu demokrasinin bir gereği olarak görülür. Bu bakımdan kamuoyunun siyasal karar alma süreçlerine etkisi ve çoğulculuğun sağlanmasındaki rolü, kamuoyunun işlevi bakımından ön plana çıkmaktadır.

II. SİYASAL KARAR ALMA SÜREÇLERİNDE KAMUOYU ETKİSİ - ÇOĞULCULUK

Kamuoyu çoğulcu demokrasilerde siyasal karar alma süreçlerini etkileyen en önemli unsurlardan biridir. Çoğulcu toplum yapılarında kamuoyu, farklı istek ve hedeflerin kitlesel olarak duyurulmasını sağlar.[5] Dolayısıyla çoğulcu demokrasilerde kamuoyu etkisi siyasal karar alma süreçleri bakımından özellikle önemlidir.

---

[2] Münci Kapani, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, 33. Basım, Ankara, 2013, s.160-161.
[3] Bkz. Âlim Şerif Onaran, Kamuoyu El Kitabı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s.29.
[4] Duygu Sezer, Kamu Oyu ve Dış Politika, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s.1-2.
[5] Bihterin Dinçkol, "Yönetilenlerin "Öz" Yönetimi-Kamuoyu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:5 Sayı:10, Güz, 2006/2, s.50.

Çoğulcu demokrasilerde farklı grupların bulunması, bu grupların farklı görüş ve kanaatlerini ifade etmesi ve bu görüş ve kanaatlerin etkili olabilmesi demokrasiye çoğulculuk niteliğini kazandırmaktadır. Farklı görüş ve kanaatlere sahip pek çok grubun bulunması demokrasilerin temelini sağlamlaştıracak bir unsur olarak görülebilir. Nitekim çoğulcu demokrasilerde esas olan farklı görüş, kanaat, istek ya da hedeflere sahip olan pek çok grubun siyasal karar alma süreçlerine etki edebilmesidir.[6] Dolayısıyla belirli bir konunun muhatabı olan bir grubunun ya da gruplarının sahip oldukları kanaat olarak açıklanan kamuoyu, çoğulcu demokrasiler bakımından siyasal karar alma süreçlerine etki edecek oldukça önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Demokrasinin kaynağı halktır ve dolayısıyla halkın çeşitli yollarla yönetime dâhil olması gerekecektir. Kamuoyu oluşumu da demokratik rejimler bakımından bu noktada önem kazanmaktadır.[7] Nitekim demokratik rejimlerden temel olarak beklenen halkın görüşünün siyasal kararlara yansımasıdır. Bu yansıma ise seçimler ve çağdaş çoğulcu demokrasilerde siyasal katılım ile sağlanır.[8] Çağdaş demokrasilerde siyasal eşitliğe dayalı serbest seçimler demokrasiyi sağlayacak ilk aşama olarak görülebilir. Bununla beraber çoğulcu demokrasinin sağlanmasında seçimlerin zorunlu fakat tek unsur olmadığı da ortadadır. Çoğulcu demokrasinin sağlanmasında hukukun üstünlüğü, insan hakları, sivil toplum gibi pek çok unsur ile beraber kamuoyu etkisinin olması da beklenen ve gerekli bir unsurdur. Bu yolla çoğulcu demokrasilerde olması gereken sınırlı ve denetlenebilir iktidardan bahsedilebilir.[9] Kamuoyunun çoğulculuğun sağlanmasında, sınırlı ve denetlenebilir bir iktidar oluşumundaki etkisi göz önünde bulundurulduğunda çoğulcu demokrasiden bahsedebilmek için kamuoyunu oluşturan faktörlerin sağlıklı işleyişinin gerekliliği de ortaya çıkmaktadır.

Kamuoyu kaynakları arasında öncelikle aile, eğitim kurumları ve kültür, meslek ve iş bağlılığı ile basın- yayın organları sayılabilir.[10] Diğer unsurları göz ardı etmeksizin basının kamuoyu oluşturmadaki gücünün kapsamlı ve etkin olduğu da özellikle dikkat çekmektedir. Kimi zaman basın ve kamuoyu kavramları eş anlamlıymış gibi kullanılmaktadır. Basın, halkın uzak ya da yakın geçmişe ve şimdiki zamana dair bilgi edinmesinde başlıca vasıtalardan biri ve hatta en önde gelenidir. Dolayısıyla siyasal meselelere halkın dikkatini toplayan en önemli araçlar basın-yayın organları olarak karşımıza çıkmaktadır.[11] Günümüzde yaşanan teknolojik ilerlemeler ile ise kitle-iletişim araçları kamuoyunun oluşumu konusunda hem kapsam hem de süreç olarak farklılaşan, yaygın ve hızlı bir kamuoyu oluşturma alanı meydana getirmektedir. Yaşanan dijitalleşme sürecinde gazete ve televizyonun kamuoyu oluşturmadaki hızını ve kapsamını aşan dijital platformlar bulunmaktadır. Bu durum ise ortaya çıkardığı avantajlı ve bazı riskli yönleri ile dijital kamuoyu kavramını karşımıza çıkarmaktadır.

[6] Bkz. Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 12. Baskı, Ankara, 2015, s.254-255.
[7] Seha L. Meray, "Halk Efkarı ve Yoklaması", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:9, Sayı:03, 1954, s.259.
[8] Bihterin Vural Dinçkol, "Yurttaşlık ve Seçilme Hakkı Üzerine Bir Değerlendirme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, 2013, s.109.
[9] Erdoğan, s.259-280.
[10] Bkz. Onaran, s.30-40.
[11] Bkz. Meray, s.270.

III. DİJİTAL KAMUOYU KAVRAMI

Kamuoyunun oluşumu için öncelikle gereken unsur bir konunun muhatabı olan grubun ya da grupların oluşması, "kamunun" ortaya çıkmasıdır. Bu bakımından kitle-iletişim araçları, basın-yayın organları ön plana çıkmaktır. Bir ya da daha fazla grubunun oluşmasıyla beraber de bu gurup ya da grupların ortak kanaatleri belirlenecek, bu noktada da gerekli olan bilgiyi edinme ihtiyacı konusunda da yine basın-yayın organları devreye girecektir. Kamuoyunun ortaya çıkması için öncelikle belirli bir konunun muhatabı olan, o konu ile ilgilenen ve esasen o konu hakkında görüş sahibi olmada ve bunu dile getirmede istekli olan bir grubun ya da grupların olması gerekir. Bu konuda bahsedildiği üzere basının harekete geçirme gücü yüksektir. Bu bağlamda ayrıca kamuoyunu oluşturacak olan grup ya da grupların yani kamunun bazı ortak özellikleri üzerinde durulabilir.

Kamuoyunu oluşturacak olan grup ya da gruplar arasında öncelikle bir duygu ve çıkar birliği olduğu söylenebilir. Aynı zamanda bu grup ya da gruplar diğerlerinden farklı çıkar ve tavırlara da sahiptirler. Kamuoyunu oluşturan ve esasen ortak istek, hedef ve çıkarlarda birleşen gruplar genellikle farklı eğitim, meslek, kültür ya da yaşam standartlarından gelen bireylerden oluşur. Bu gruplar isimsiz gruplardır, fakat bu gruplarda yer alan bireyler belirli bir konuda o konuya karşı takınılacak tutum, uygulanacak kural ve usuller konusunda temelde fikir birliği sağlayarak anlaşmışlardır. Kamuoyunu oluşturacak grupların ortaya çıkmasında sözü edilen fikir birliğinin sağlanmasında zorlayıcı unsurlar da bulunmaktadır. Kamu gruplarını oluşturacak bireyler fiziksel olarak ayrı yerlerde bulunduklarından dolayı birbirlerini etkilemeleri zorlaşmaktadır ve aralarındaki ilişki gevşek olduğundan dolayı ortak hareket etmeleri mümkün olmayabilir.[12]

Kamuoyunu oluşturacak kamu gruplarının oluşmasındaki zorluklar bakımından günümüze kadar gelen süreçte ve günümüzde de basın kolaylaştırıcı rol üstlenmektedir. Bugün gelinen dijitalleşme sürecinde ise sosyal medya kullanımı, sosyal medyada ve diğer dijital platformlarda iletişim-etkileşim kurma imkânının bulunması ve bunun oldukça kolay-kapsamlı olması, gruplar arasındaki uzaklık ve bağlantı kopukluğu zorluğunun önüne geçilmesini ve bu zorluğun hemen hemen ortadan kalkmasını sağlamaktadır. Kamuoyunun dijital ortamda oluşabilmesi, fiziksel olarak aynı ortamda bulmamayı tamamen bir sorun ya da zorluk olmaktan çıkarabilir. Dolayısıyla kamuoyu kapsamı, dijital platformlar kullanıldığında değişecek, etkileşim hızlanacak kamuoyu oluşum süreci de farklılaşacaktır. Gazete, radyo, televizyon gibi basın-yayın organlarının kaynaklık ettiği kamuoyu oluşumundan dijital ortamda gelişen kamuoyunun etkinliğine bakışta bahsedilen avantajlı yönler olduğu gibi dijitalleşmenin kendine has dezavantajlarının dijital kamuoyu oluşumu konusunda da ortaya çıkabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla dijital ortamda oluşan kamuoyunu avantajlı ve riskli yönleri ile beraber görmek gerekecektir.

[12] Bkz. Dinçkol, Kamuoyu, s.50.

A. Dijital Kamuoyunun Oluşumu

Web gelişimi ile gelinen noktada internet sistemi sadece bilgi almanın değil etkileşimin de merkezi haline gelmiştir. Web 1, üretilen içeriğin sınırsız olduğu ancak alıcının yok denecek kadar az etkisiyle sadece okuyabileceği şekilde oluşturulan online alanı işaret etmektedir. Web 1'de kullanıcı bakımından gerçekleştirilen eylem, pasif fakat bilgi edinebilen "okuma" olarak ifade edilebilir. Web 2 ise Web 1'in kullanıcılar bakımından ortaya çıkardığı tek yönlü, statik durumu ortadan kaldırmıştır. Web 2, iş birliği yapma ve online bilgi paylaşımının mümkün olduğu (sosyal ağlar, bloglar gibi) ikinci nesil internet teknolojisi, bir sosyal web alanı olarak tarif edilebilir. Bu sosyal web alanında kullanıcılar bakımından bilgi edinme ve yayma ya da görüş paylaşma mümkündür, yani Web 2 ile kullanıcılar pasif okuyucu pozisyonunu aşmış ve kısmen aktif hâle gelmiştir. Web 3 ise Blokzincir ağları üzerine kurulan, tek bir sunucuya bağlı olmayan, kullanıcı etkileşiminin sağlandığı üçüncü nesil internet teknolojisi olarak tarif edilebilir. Web 3'te kullanıcıların etkileşim kurmaları ve dijital ortamda tam olarak aktif hâle gelmeleri söz konusudur.[13]

Web'in bu şekilde gelişmesi ile beraber artık bilgi yaymanın birincil alanı olarak karşımıza dijital alanlar çıkmaktadır. Dolayısıyla kamuoyunun klasik unsurları, günümüzde oluşan kamuoyunu açıklamakta yetersiz kalabilmektedir. Dijital ortamda bilgi edinen ve ortak tutum, tavır geliştiren gruplar, yani dijital platformlarda oluşan kamuoyu oldukça dinamik ve karmaşık bir yapıya sahiptir.[14]

Web 3 ile daha da gelişen dijital platformlardaki etkileşim ve iletişim esasen Web 2 teknolojisinin sağladığı dijital ortamlarda dijital kamuoyu oluşturmaya başlamıştır. Sosyal medyanın kamuoyu oluşumdaki etkisi bu konuda ön plana çıkmaktadır. Sosyal medyanın kamuoyu oluşumundaki rolü, kapsamı ve hızı da göz önünde bulundurularak, gazete ve televizyon gibi basın-yayın organlarının kamuoyu oluşturmadaki gücü ile kıyaslanabilir.

Sosyal medya, yeni medya teknolojilerinin ürünüdür ve insanların sanal dünyada sosyalleşmesine olanak tanımaktadır. Sosyal medya aracılığıyla dünyanın her yerindeki insanlar dijital platformlarda bir araya gelmekte ve etkileşimde bulunabilmektedir. Günümüzde konvansiyonel medyaya alternatif hâle gelen yeni medya teknolojileri, insanların iletişim sürecini çok kısa sürelere indirmektedir.[15]

Kamuoyu bir grup içindeki kanaatlerin kapsamı olarak ifade edilirken aynı zamanda kanaatlerin oluşumda bir süreci de işaret etmektedir. Nitekim kamuoyu, herhangi bir grup içinde yer alan bireylerin tartışmaları ve karşılıklı etkileşimleri sürecidir. Kamuoyunun dinamik yönü olarak kanaatin oluşum süreci gösterilebilir. Sözü edilen bu süreçte belirli bir konunun muhatabı olan kişilerin birbirileri ile

[13] Bahadır Avşar, "Web 1.0'dan Metaverse'e Tarihsel Süreç ve Teorik Temeller", Metaverse Geleceğin Dünyalarını İnşa Edecek Teknolojiler, Fırsatlar ve Tehditler, Ed. Sinan Esen, Nobel Yay., Ankara, 2022, s.7-15.

[14] Linxing Yu / Huaming Chen / Wenqi Luo, Chang Li, "Online Public Opinion Evaluation through the Functional Resonance Analysis Method and Deep Analysis", PLoS One, 2021, https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0261009, (Abstract), E.T. 03.02.2023.

[15] Deniz Yengin / Tamer Bayrak, "Sosyal Medyada Dijital Kamuoyu", The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication, TOJDAC April 2017, Volume:7, Issue:2, s.380.

etkileşimi söz konusudur. Bireylerin başkalarının aynı konu hakkında nasıl bir tutum aldıklarını öğrenme imkânları olur ve kamuoyunu oluşturacak olan kanaatler, bu dinamik süreç yani etkileşim süreci içinde belirlenebilir.[16] Dijital kamuoyu kavramından bahsederken ise özellikle kamuoyu oluşumdaki süreç unsurunun oldukça hızlı bir biçimde ilerlediği görülmektedir. Sosyal medyada gelişen dijital platformlarda bilgi oldukça büyük bir hızda oluşmaktadır. Kullanıcı bireyler olarak bilgiyi işleyen insanlar ise büyük bir hızla gelişen aynı bilgiyi dünyanın her yerine internet aracılığıyla anlık olarak ulaştırabilmektedir.[17]

Dijital kamuoyu oluşumunda kapsam olarak ise dünyanın her yerine yayılan bilgiden ve dolayısıyla bu bilgiye sahip olabilecek dünyanın her yerindeki insandan bahsedilmektedir. Dijital ortamda belirli bir konuda ilgisi odaklanan insanların fiziksel yakınlıklarına hiçbir biçimde gerek duyulmadan bilginin paylaşılması ve etkileşimin sağlanması söz konusudur. Süreç bakımından da dijital platformlar anlık bilgi akışı sağlamaktadır. Dolayısıyla kamuoyu oluşumda gerekli olan süreç de gelişen teknoloji ile beraber oldukça kısa sürelere inmektedir ve dijital kamuoyu hızlı ve geniş kapsamlı olması özellikleri ile ön plana çıkmaktadır. Bu görünümüyle dijital kamuoyunun oluşumu bireylerin doğrudan aktif olduğu, tek taraflı bilgi akışından farklı olarak anlık ve çok sayıda kişinin bilgi paylaştığı bir kanaat oluşum sürecini karşımıza çıkarmaktadır.

B. Dijital Kamuoyunun Çoğulculuğu Sağlamada Avantajlı Görülebilecek Bazı Yönleri

Web gelişimi bireylerin siyasal karar alma süreçlerine katılım imkânlarını, toplumsal olaylara karşı reaksiyon verme kabiliyetlerini güçlendirmektedir. Bu anlamda Web 2 teknolojisi ile yerleşmeye başlayan kullanıcının aktif olduğu dijital alanlar fikirlerin ve kanaatlerin özgürce tartışıldığı, tek taraflı olmayan ve eğer bu dijital alanlar olmasaydı görünmez olacak ya da görmezden gelinebilecek seslerin kendine ifade şansı bulduğu demokratik bir araç hâline gelmiştir. Dijital platformlar dijital kamusal alan alanlar oluşturabilecek nitelikte görünmektedir. Nitekim internet ortamı ağ etkileşimlidir, sınırlı sosyal mekânlardan oluşmamaktadır. Dolayısıyla klasik kamusal alanının ortaya çıkardığı iletişimsel ve politik katılım konusundaki engeller, dijital platformlar sayesinde aşılabilir. Ayrıca siyasal ve toplumsal sorunlara reaksiyon vermede, siyasal karar alma süreçlerine katılmada zaman bakımından ortaya çıkabilecek sorunlar da internet hızı ile ortadan kalkabilir. Öncelikle internet ile bilgi akışı yoğunlaşmaktadır, belirli bir konunun muhatabı olan o konuya duyarlı kişilerin sayıları da böylece artmaktadır. Bu bağlamda Web gelişimi bireylere hızlı, düşük maliyetli ve kapsamlı bilgi edinme, haberleşme, kanaat oluşturma ve bunu paylaşma olanağı sunmaktadır.[18] Bu imkânlar ile beraber dijital platformlar aracılığıyla oluşturulabilecek dijital kamusal alanlar yaratılabilir. Ortaya çıkan dijital kamusal alanlarda ise dijital kamuoyu oluşabilecektir. Dijital platformlarda oluşacak kamusal alan ve

[16] Sezer, s.7-8.
[17] Yengin / Bayrak, s.380.
[18] Bkz. Alper İşleyen, İnternet, "Kamusal Alan ve Demokrasi: Ekşi Sözlük'te Bedelli Askerlik Tartışmaları Örneği", Nosyon: Uluslararası Toplum ve Kültür Çalışmaları Dergisi, 2019/2, s.54.

kamuoyu, siyasal karar alma süreçlerine etki edebilecek ve liberal demokrasinin eleştirilen ve aksayan bazı yönlerini bir ölçüde aşabilecek güçte görünmektedir.

Klasik temsili demokrasinin eleştirisini yapan Joseph Schumpeter, klasik demokrasinin unsurlarının öncelik sırası konusundaki soruna dikkat çekmektedir. Demokratik rejimlerde yurttaşların siyasal karar alma süreçlerine katılımı ve siyasal karar verme gücü, demokrasinin öncelikli unsuru olmalıdır. Diğer bir unsur ise yurttaşların temsilcilerini seçmesidir. Schumpeter'in belirttiği üzere, klasik demokrasilerin girdiği açmaz temsilci seçimin öncelikli görülmesidir. Yurttaşların siyasal karar alma süreçlerine katılımı ise ikincil planda kalmaktadır. Bu yaklaşımla klasik demokrasiler seçimle özdeşleşen bir görüntü ortaya çıkarmakta ve demokrasinin ana hedefi olan halkın karar verici pozisyonunda olduğu siyasal sistemden uzaklaşmaktadır. Yurttaşların görevi seçimlerde oy vermek olarak görüldüğünde, karar verici pozisyonunda görülenler siyasi liderler olmaktadır.[19] Richard Sennett ise yurttaşların siyasal konulardaki ilgisizliği ve bunun klasik liberal demokrasi anlayışını meşruiyet krizine sokması üzerinde durmaktadır. Sennett'e göre siyasal konularda yurttaşların ilgisiz ve dolayıyla etkisiz kalması esasen demokrasilerin meşruiyetine zarar vermekte, ancak bu da yine siyasal ilgisizlik ya da yurttaşların tepkisizliği gibi nedenlerle ortaya çıkmamakta ya da konuşulmamaktadır.[20] Schumpeter ve Sennett'in yapmış olduğu eleştiriler klasik demokrasinin geldiği noktada bir anlamda örtüşen gerçeklikler olarak değerlendirilebilir. Yurttaşların siyasal karar alma süreçlerine etki edebilecekleri konusunda şüpheci davranmaları ve hatta bunun mümkün olmayacağını düşünmeleri siyasal ilgisizliği, kayıtsızlığı ya da ilgilenilen ve bilgi sahibi olunan konularda dahi tamamen pasif tutum almayı beraberinde getirebilir. Siyasal konularda yurttaşların ilgisiz kalması ve pasif tutumu ise demokrasilerde olması gereken halk yönetimini seçime indirgeyecektir. Yurttaşlar siyasal ve toplumsal konularla ilgili olarak yalnızca seçim zamanlarında aktif tutum sergilerken seçim dışında görünmez ve sessiz kitleler olarak konumlanacaktır.

Siyasal karar alma süreçlerine etki edebilme olanağı konusunda yurttaşların bunun mümkün olduğunu kavrayabilmesinin özellikle önemli olduğu söylenebilir; çünkü aksi söz konusu olduğunda siyasal ilgisizlik kaçınılmaz görünmektedir. Dijital platformlar yoluyla iletişimin kapsamlı ve hızlı hâle gelmesi, fiziksel ortam engelinin aşılması, bilgi akışının yoğunlaşması mümkün hâle gelmektedir. Dolayısıyla aktif tutum sağlamanın hızlı ve düşük maliyetli bir yöntemi olarak dijital platformlar, çoğulcu demokrasinin girdiği meşruiyet krizinden çıkışın da bir aracı olarak kullanılabilir. Farklı görüşlerden pek çok insanın hızlı bir biçimde etkileşime geçtiği, bilgi edinebildiği ve kanaatlerini paylaşabildiği dijital platformlar kamuoyu oluşturma ve dolayısıyla siyasal karar alma süreçlerine etki etme, toplumsal konularda yönlendirici olabilme kabiliyetine de sahip olacaktır. Ayrıca sadece belirli bir ülkenin yurttaşları tarafından belirli bir ülke sınırlarındaki politikalara etki etmenin yanı sıra çevre, iklim, afet,

[19] Bkz. Joseph A. Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, Sublime Books, Second Edition, 2014, Part IV; John E. Elliott, "Joseph A. Schumpeter and The Theory of Democracy", Review of Social Economy, Vol:52, No:4, 1994, s.290.

[20] Bkz. Richard Sennett, Kamusal İnsanın Çöküşü, çev. Serpil Budak / Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yay.,3. Basım, İstanbul, 2010, s.17,355.

savaş, şiddet gibi konularda ulusal sınırları aşan kamuoyu görüşlerinin hızlı bir biçimde ortaya çıkması ve ulusüstü kamuoyunun oluşması da dijitalleşme ile mümkün hâle gelmektedir.

C. Dijital Kamuoyunun Çoğulculuğu Sağlamada Riskli Görülebilecek Bazı Yönleri

Dijital kamuoyu oluşumunu sağlayan bireylerin sayısının oldukça fazla olduğunu, internet ortamının kapsamının geniş olduğunu, bilgi akışının oldukça hızlı ilerlediğini ve dolayısıyla dijital platformlarda kamuoyu oluşturmanın ve bunun düşük maliyetli, hızlı ve kapsamlı olması gibi temel nedenlerle çoğulculuğu sağlayabilecek nitelikte olduğunu ortaya koymakla beraber dijital platformlarda oluşacak kamuoyu bakımından çoğulculuğun sağlanması konusunda bazı sıkıntıların olduğunu da yadsımamak gerekir.

Dijital kamuoyunun çoğulculuğu sağlayabilmesi konusundaki öncelikli sorun dijital okur-yazarlığa ilişkindir. Nitekim dijital platformlarda yer alan ve kamuoyu oluşturma kabiliyetine sahip olan kişiler dijital okur-yazarlık yetisine sahip olan kişilerdir. Bu konuda ise yaş, cinsiyet, engellilik durumu, teknolojiye erişim imkânı gibi konularda eşitsizliklerin olduğu görülmektedir.

Dijital okur-yazarlık oranlarının cinsiyetler arasında farklılık göstermesi cinsiyete dayalı ayrımcılığın görünümlerinden biri olarak değerlendirilebilir. 2021 yılı verilerine göre internet bağlantısına sahip olmayan 3.7 milyar insanının çoğunluğunu kadınların oluşturduğu tahmin edilmektedir.[21] TÜİK' in 2006 yılı hariç olmak üzere 2004-2018 yılları arasında yapmış olduğu hane halkı bilişim teknolojileri kullanım araştırmasında da görüleceği üzere Türkiye bakımından da erkekler ve kadınlar arasında bilgisayar kullanım oranları değişmektedir. Aşağıda yer alan ve TÜİK' in bahsi geçen araştırmasına dayanılarak hazırlanan Tablo 1'de her sene bilgisayar kullanım oranının arttığı görülmektedir. Buna karşın 2018 yılında dahi bilgisayar kullanımı hiç olmayan erkeklerin oranı yüzde 31,4'tür. Bu oran kadınlarda yüzde 49,4'e çıkmaktadır. Tablo 1'de gösterilen verilerle hem bilgisayar kullanmayanların toplam oranları hem de toplam oranlar arasında cinsiyete dayalı farklılaşma gözlemlenebilir.

[21] United Nations, Human Rights Council, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/09/gender-digital-divide-reflection-overall-discrimination-faced-women-and, E.T. 04.02.2023.

Cinsiyete Göre Bireylerin Bilgisayar Kullanım Oranı[22]

-	Bilgisayar Kullananlar			Hiç Kullanmadı		
Yıl	Toplam	Erkek	Kadın	Toplam	Erkek	Kadın
2012	48,7	59,0	38,5	51,3	41,0	61,5
2013	49,9	60,2	39,8	50,1	39,8	60,2
2014	53,5	62,7	44,3	46,5	37,3	55,7
2015	54,8	64,0	45,6	45,2	36,0	54,4
2016	56, 9	64,1	45,9	45,1	35,9	54,1
2017	56,6	65,7	47,7	43,4	34,3	52,3
2018	59,6	68,6	50,6	40,4	31,4	49,4

Tablo 1

Tablo 1'de görülen bilgisayar kullanım oranları kadın ve erkekler arasında dijital okur-yazarlık konusunda fark oluştuğunu, dolayısıyla internet ortamında gelişecek olan dijital kamuoyunda tam olarak cinsiyet eşitliği perspektifinin sağlanamadığını da göstermektedir. Bilgisayar kullanımının yanı sıra TÜİK verilerine göre internet kullanımı bakımından da kadınların erkeklere kıyasla daha az internet kullandığını ortaya koymaktadır. TÜİK verilerine göre 2022 yılında hiç internet kullanmayan erkek oranı yüzde 10,9'ken bu oran kadınlarda yüzde 19,1'e yükselmektedir.[23] İnternet kamuoyu oluşumunda şu an için önde gelen platformlardan biri olan Twitter'ın erkek ve kadınlarda kullanım oranı ise TÜİK verilerine göre 2022 yılı için sırasıyla yüzde 25,3 ve yüzde 15,3 şeklindedir.[24] Çoğulculuğun sağlanmasında bir araç olarak kullanılabilecek dijital platformlarda kadınların erkeklere göre daha az sayıda yer alması liberal demokrasinin eleştirilen ve açmazı olarak görülen sorunlarının internet kamuoyu konusunda da ortaya çıktığını göstermektedir. Eğer çoğulculuğun bir aracı olarak dijitalleşme kullanılacaksa dijital platformları kullanma imkân ve donanımına sahip olan kişilerin belirli bir grup üzerinde yoğunlaşmaması, bu imkân ve donanımın toplumların tüm kesimlerine yayılması beklenir.

Liberal demokrasinin en önemli sorunlarından biri olarak görülen durum, siyasal katılım imkânından mahrum kalan bireylerin ortaya çıkması ve bu bireylerin etkisizlikleri dolayısıyla uğradıkları zarardır.[25] Aksi halde demokrasinin halk yönetimi şeklinde temel anlamından uzaklaşmak söz konusu olur. Liberal demokrasinin siyasal katılımda yasal ve fiili olarak cinsiyet eşitliği sağlayamaması çoğulcu demokrasinden uzaklaşılması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Kadın ya da erkeklerin dijital platformlara

[22] TÜİK, Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması, 2004-2018, Cinsiyete Göre Bireylerin Bilgisayar Kullanım Oranı 2004-2018, https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587, E.T.12.02.2023.

[23] TÜİK, Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması, 2022, Cinsiyete Göre Bireylerin İnternet Kullanım Oranı 2021-2022, https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587, E.T.13.02.2023.

[24] TÜİK, Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması, 2022, Cinsiyete Göre Bireylerin Son 3 Ay İçinde Sosyal Medya ve Mesajlaşma Uygulamalarını Kullanma Oranı 2022, https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587, E.T.13.02.2023.

[25] Bkz. Robert A. Dahl, Demokrasi Üzerine, çev. Betül Kadıoğlu, Phoenix Yay., 5. Baskı, Ankara, 2019, s.58.

dâhil olması, bu platformlarda bilgi alma, yayma, görüş ve kanaatlerini paylaşmaları bakımından yasal bir ayrımcılığa maruz kalmamaları eşit katılım olduğu yanılmasını da ortaya çıkarabilir.

Buna karşın liberal demokrasinin feminist eleştirisinde üzerinde durulan başlıca konulardan biri de yasal eşitlik ile fiili eşitliğin aynı anda sağlanamamasınadır. Örneğin liberal demokraside kadınlara ve erkeklere oy kullanma hakkı eşit olarak tanındığında siyasal katılım konusunda cinsiyet eşitliğine dair tüm ayrımcılığın ortadan kalktığı yanılsaması ortaya çıkar. Oy kullanma hakkı ile beraber kadınların diğer tüm hak ve özgürlüklere sahip olduğu düşülür ve yasal eşitliğin fiili eşitliği de kendiliğinden getirmesi beklenir. Oysa yasal eşitliğin sağlanması fiili eşitlik için gerekli fakat yeterli değildir. Bunun en açık göstergesi yasal eşitlik olmasına karşın siyasal yaşamdaki kadınların sayısının erkeklere oranla az kalmasıdır. Dolayısıyla bir grup olarak kadınların demokratik rejimler içindeki katılım sorunları ayrıca ele alınmalıdır.[26] Çoğulcu demokrasinin araçlarından biri olarak kullanılabilecek dijital platformlar, sosyal medya ve burada oluşacak kamuoyu da sadece birey sayısı olarak değil bu bireylerin kimlikleri bakımdan da düşünülmelidir. İnternet ortamında oluşan kamuoyu analiz edilirken kadınların erkelere kıyasla daha az bilgisayar ve internet kullanım oranları olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Eğer dijital kamuoyu çoğulculuğu sağlamada etkili bir araç olarak kullanılabilecekse kadınların dijital okur-yazarlığı geliştirilmeli, bu konuda özellikle kız çocuklarının eğitimi üzerinde durulmalıdır. Benzeri durum yaş, engellilik durumu, maddi durum gibi konularda da ortaya çıkmaktadır. Aşağıda yer alan Tablo 2'de iş gücü durumuna göre 2022 yılına ait internet kullanım oranları gösterilmektedir.

Cinsiyete ve İşgücü Durumuna Göre Bireylerin Son 3 Ay İçinde İnternet Kullanım Oranı[27]

Yıl	Ücretli	İşveren	İşsiz	Öğrenci	Emekli	Engelli-Hasta
2016	81,4	89,6	72,2	93,0	29,6	12,8
2017	86,5	93,5	76,1	93,2	38,0	16,3
2018	89,7	95,2	86,4	94,8	48,5	24,1
2019	92,9	93,9	85,9	94,2	51,9	21,3
2020	94,9	95,7	88,2	94,7	59,8	35,4
2021	96,1	98,3	90,9	97,8	64,6	40,3
2022	96,4	98,8	91,2	96,1	65,6	41,9

Tablo 2

Tablo 2'de görüldüğü üzere çalışan, öğrenci ya da çalışamaz durumda olan engelli, hasta bireyler bakımından internet kullanım oranları değişmektedir. Özellikle engelli ve hasta bireylerin

[26] Bkz. Anne Phillips, Demokrasinin Cinsiyeti, çev. Alev Türker, 3. Basım, İstanbul, 2015, s.179-182.
[27] TÜİK, Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması 2004-2022, Cinsiyete ve İşgücü Durumuna Göre Bireylerin Son 3 Ay İçinde İnternet Kullanım Oranı 2004-2022, https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587, E.T.15.02.2023.

internet kullanım oranlarının oldukça düşük olduğu görülmektedir. Engelli bireyler bakımından teknolojik erişimin ve bilgisayar, internet kullanımının kolaylaştırılması yönünde çaba harcanmalıdır. İnternet kullanımını sağlayabilecek engelli bireyler bu konuda desteklenmeli ve teknolojiye erişimleri kolaylaştırılmalıdır.

Yaş grubuna göre internet kullanım oranları incelendiğinde ise tüm yaş gruplarında zamanla internet kullanım oranlarının artma eğiliminde olduğu gözlemlenmektedir. Buna karşın internet kullanıcıları arasında yaş gruplarının da önemli ölçüde farklılaştığı dikkat çekmektedir. Yaş grupları içerisinde en çok 16-24 yaş grubunun internet kullanıcısı olduğu, bunu 25-34 yaş grubunun takip ettiği görülmektedir. Dolayısıyla ileri yaş gruplarında internet kullanım oranlarının daha genç yaş gruplarına göre düşük kaldığı söylenebilir.[28] Bu bağlamda internet kamuoyunu oluşturacak konularda yaş grubu olarak ortalama 20-40 yaş aralığının etkin olduğu da göz ardı edilmemelidir.

SONUÇ

Dijital platformların öncelikle kapsam ve süreç olarak kamuoyu oluşumu konusunda önemli bir avantaj sağladığı görülmektedir. Dijitalleşme ile bilgi akışı anlık sağlanabilmekte ve dünyanın her yerine, herkese düşük maliyetlerle ulaşılabilmektedir. Bu alan hızlı, güncel ve aynı zamanda çok sayıda insanı kapsayacak dijital kamusal alanların ve dijital kamuoyunun oluşumuna olanak tanımaktadır. Bahsedilen özellikleri ile dijital kamuoyunun siyasal ve toplumsal karar alma süreçlerine etkisi çoğulculuğu sağlamada bir araç olarak görülebileceğini ortaya koymaktadır. Buna karşın mevcut durumda dijital ortamlarda var olan grupların oranları arasında cinsiyet, yaş, gelir düzeyi, eğitim durumu gibi nedenlerle farklılık olduğu gözlemlenmektedir. Dezavantajlı grupların bu konuda güçlendirilmesi dijitalleşmeyi çoğulculuk ve demokrasi için etkin bir araç olarak kullanmayı destekleyebilecektir.

Kaynakça

Avşar, Bahadır, "Web 1.0'dan Metaverse'e Tarihsel Süreç ve Teorik Temeller", Metaverse Geleceğin Dünyalarını İnşa Edecek Teknolojiler, Fırsatlar ve Tehditler, Ed. Sinan Esen, Nobel Yay., Ankara, 2022, ss.3-28.

Dahl, Robert A., Demokrasi Üzerine, çev. Betül Kadıoğlu, Phoenix Yay., 5. Baskı, Ankara, 2019.

Dinçkol, Bihterin "Yönetilenlerin "Öz" Yönetimi-Kamuoyu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:5 Sayı:10, Güz, 2006/2, ss.49-66.

Ekinci, Necdet, "Antik Yunan ve Roma "Kamuoyu" Kavramı", Akademik Bakış Dergisi, Sayı:61, Mayıs-Haziran 2017, ss.178-192.

Elliott, John E., "Joseph A. Schumpeter and The Theory of Democracy", Review of Social Economy, Vol:52, No:4, 1994, ss.280-300.

Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 12. Baskı, Ankara, 2015.

[28] Hasan Güler / Yunis Şahinkayası / Hamide Şahinkayası, "İnternet ve Mobil Teknolojilerin Yaygınlaşması: Fırsatlar Ve Sınırlılıklar", Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:7, Sayı:14, Aralık 2017, s.194,202.

Güler, Hasan / Şahinkayası, Yunis / Şahinkayası, Hamide, "İnternet ve Mobil Teknolojilerin Yaygınlaşması: Fırsatlar Ve Sınırlılıklar", Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:7, Sayı:14, Aralık 2017, ss.186-207.

İşleyen, Alper, "İnternet, Kamusal Alan ve Demokrasi: Ekşi Sözlük'te Bedelli Askerlik Tartışmaları Örneği", Nosyon: Uluslararası Toplum ve Kültür Çalışmaları Dergisi, 2019/2, ss.50-63.

Kapani, Münci, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, 33. Basım, Ankara, 2013.

Meray, Seha L., "Halk Efkarı ve Yoklaması", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:9, Sayı:03, 1954, ss.256-303.

Onaran, Âlim Şerif, Kamuoyu El Kitabı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.

Phillips, Anne, Demokrasinin Cinsiyeti, çev. Alev Türker, 3. Basım, İstanbul, 2015.

Schumpeter, Joseph A., Capitalism, Socialism and Democracy, Sublime Books, Second Edition, 2014.

Sennett, Richard, Kamusal İnsanın Çöküşü, çev. Serpil Budak, Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yay.,3. Basım, İstanbul, 2010.

Sezer, Duygu, Kamu Oyu ve Dış Politika, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.

TÜİK, Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması, 2004-2018, Cinsiyete Göre Bireylerin Bilgisayar Kullanım Oranı 2004-2018,

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587.

TÜİK, Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması, 2022, Cinsiyete Göre Bireylerin İnternet Kullanım Oranı 2021-2022,

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587.

TÜİK, Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması, 2022, Cinsiyete Göre Bireylerin Son 3 Ay İçinde Sosyal Medya ve Mesajlaşma Uygulamalarını Kullanma Oranı 2022,

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587.

TÜİK, Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması 2004-2022, Cinsiyete ve İşgücü Durumuna Göre Bireylerin Son 3 Ay İçinde İnternet Kullanım Oranı 2004-2022,

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2022-45587.

United Nations, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/09/gender-digital-divide-reflection-overall-discrimination-faced-women-and.

Vural Dinçkol, Bihterin, **"**Yurttaşlık ve Seçilme Hakkı Üzerine Bir Değerlendirme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, 2013, ss.101-109.

Yengin, Deniz / Bayrak, Tamer, "Sosyal Medyada Dijital Kamuoyu", The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication, TOJDAC April 2017, Volume:7, Issue:2, ss.376-386.

Yu, Linxing / Chen, Huaming / Luo, Wenqi / Li, Chang, "Online Public Opinion Evaluation through the Functional Resonance Analysis Method and Deep Analysis", PLoS One, 2021,

https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0261009.

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ MEMURLARIN DİSİPLİN SORUŞTURMA VE YAPTIRIMLARINA ETKİSİ

Av. Doç. Dr. Celâl IŞIKLAR*

ÖZET

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231 inci maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu (HAGB), ceza yargılaması sonunda verilen hükmün belli şartlarla açıklanmasının gelecekteki bir tarihe ertelenmesidir. HAGB kararı, Ceza Muhakemesi Kanunu m.223/1'de sayılan kararlardan olmadığı gibi, maddi anlamda kesin hüküm veya nihai bir karar da değildir. Açıklanması ertelenen (yani askıya alınan) karar sanık hakkında hukukî bir sonuç doğurmaz. Sanık öngörülen süre içinde şartlara uyarsa, mahkeme sanık hakkındaki hükmü ortadan kaldırır ve düşme kararı verir. Dolayısıyla, HAGB kararı disiplin soruşturması açısından kesin delil olarak kabul edilemez. Öncelikle HAGB kararına dayanarak ilgili hakkında memuriyete almama veya memurluktan çıkarma şeklinde bir işlem yapılamaz. Ancak bazen kanun aksini öngörmüş olabilir.

Bilindiği gibi ceza soruşturması ile disiplin soruşturması birbirinden bağımsızdır ve ayrı ayrı yürütülebilir. Yani personelin fiili aynı zamanda hem adli suç hem de disiplin suçu oluşturabilir. Bu itibarla, disiplin ihlali halinde ilgili personel hakkında disiplin soruşturması da yapılabilir. Keza idare ilgililere toplanan deliller doğrultusunda disiplin cezası da verebilir. Zira gerek HAGB kararı, gerek düşme kararı beraat niteliği taşımaz. Ancak mahkûmiyet niteliği olmadığından, yetkililer HAGB kararına dayanmamalı ve suçsuzluk karinesini ihlâl etmemelidir. Bu sebeple yetkililer disiplin cezasının gerekçesinde faili adlî suç işlemiş gibi gösteren ifadelerden kaçınmalıdır. Disiplin cezası mümkün olduğu kadar idari disiplin soruşturmasına ve dosyadaki bilgi ve belgelere dayanmalıdır. Bu çerçevede disiplin soruşturması işlemlerinde sırf HAGB kararına atıf yapılmış olması, tek başına masumiyet karinesini ortadan kaldırmaz.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre, mahkûmiyet olarak değerlendirilemeyeceğinden HAGB kararı kamu hizmetine girişe engel değildir. Aynı şekilde personele suçlu gibi davranılıp disiplin yaptırımı da uygulanamaz. Ancak HAGB kararına dayanmamak şartıyla, disipliner uygulama yapılabilir. Bu durumdaki personele 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.137 uyarınca görevden uzaklaştırma tedbiri de uygulanabilir.

Anahtar Kelimeler: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB), Disiplin, Soruşturma, Masumiyet karinesi, Memuriyet.

* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku BD Öğretim Üyesi, AYİM Onursal Başsavcısı, Ankara Barosu avukatı, e-posta: celal.isiklar@karatay.edu.tr, ORCID ID: 0000-00002-7239-6142.

THE EFFECT OF DELAYİNG THE PRONOUNCEMENT OF THE JUDGEMENT ON DICIPLINARY INVESTIGATIONS AND SANCTIONS REGARDING GOVERNMENT OFFICERS

ABSTRACT

The Consept of delaying the pronouncement of the judgment (DPJ), which is regulated in Article 231 of the Criminal Procedure Code No. 5271, is to postpone the announcement of the verdict given at the end of the criminal trial, under certain conditions, to a future date. The DPJ decision is not one of the decisions listed in Art. 223/1 of the Criminal Procedure Code, nor is it a final decision or a final decision in material terms. The decision, the announcement of which has been postponed (that is, the suspended decision), does not have a legal consequence for the accused. If the accused complies with the conditions within the stipulated time, the court cancels the verdict on the accused and decides to dropping the case. Therefore, the DPJ decision cannot be accepted as definitive evidence in terms of disciplinary investigation. Based on the decision of the DPJ, no action can be taken against the relevant person in the form of non-admission to public service or dismissal from public office. However, sometimes the law may have stipulated the opposite.

As it is known, the criminal investigation and the disciplinary investigation are independent of each other and can be carried out separately. In other words, the act of the personnel may constitute both a judicial crime and a disciplinary offense at the same time. In this respect, a disciplinary investigation may also be conducted against the relevant personnel in the event of a disciplinary violation. Because both the decision of the DPJ and the decision to dropping the case do not constitute an acquittal. However, since there is no qualification of conviction, the authorities should not rely on the decision of the DPJ and should not violate the presumption of innocence. For this reason, the authorities should avoid statements that make the perpetrator appear as if he has committed a criminal offense in the justification of disciplinary punishment. Disciplinary action should be based as much as possible on an administrative disciplinary investigation and the information and documents in the file. In this context, the mere reference to the decision of DPJ in disciplinary proceedings does not, by itself, remove the presumption of innocence.

According to the decisions of the Constitutional Court and the Council of State, the decision of the DPJ does not prevent entry into public service, as it cannot be considered as a conviction. In the same way, personnel cannot be treated as criminals and disciplinary sanctions cannot be applied. However, disciplinary application can be made provided that it is not based on the decision of the DPJ. The personnel in this situation may also be suspended from duty pursuant to article 137 of the Civil Servants Law No. 657.

Keywords: The delaying the pronouncement of the judgment (DPJ), Discipline, Investigation, Presumption of innocence, The public service.

GİRİŞ

Ceza hukuku anlamında suç teşkil eden bir fiilin, aynı zamanda disiplin ceza ve soruşturmasına konusu disiplinsizlik oluşturması mümkündür. Bunun aksi de söylenebilir. İşte böyle bir suçtan dolayı ceza yargılaması yapılan sanık hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 221. maddesinde belirtilen şekilde hüküm kurulabileceği gibi erteleme kararı da verilebilir. Bu çerçevede sanık hakkında CMK m. 231. maddesinde düzenlenmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verilmesi söz konusu olabilir. HAGB kararı normal şartlarda hukuk sonuç doğurmamakla birlikte, kamu görevi yürüten memur hakkında disiplin soruşturması sürecinin işletilmesini gerektirebilir. Başka bir deyişle AGB kararı verilse dahi kamu görevlisi hakkında yargılama süreci esnasında veya sonunda ayrıca disiplin soruşturması yapılması ve disiplin cezası tesisi mümkündür.

Bu çalışmada özelde HAGB karar ve sürecinin edinilmiş Devlet Memurluğu satatüsüne etkisi ele alınacak olmakla birlikte yeri geldikçe diğer kamu görevlilerine de göndermede bulunulacaktır. Buna ilaveten HAGB kararının özel düzenlemelerden dolayı kamu hizmetine girişte engel oluşturup oluşturmayacağına da değinilecektir.

I. GENEL HATLARIYLA HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMU

A. Tanımı, Kapsamı ve Şartları

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde hükmün ertelenmesi yollarından biri olarak düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, yargılama süreci tamamlanmış ve sanığın suçluluğu sabit görülmüş bir ceza davasında, duruşması yapılan fail hakkında kurulan hükmün, Kanun'da yazılı belli şartlara bağlı olarak daha sonraki bir zamana bırakılmasıdır.[1] Anayasa Mahkemesi'ne göre, HAGB başta suça sürüklenen çocuklar olmak üzere, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûmiyeti bulunmayan kişilerin toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve yararlı bir birey olarak tekrar topluma kazandırılması amacıyla belli şartlara bağlı olarak tanınan bir imkândır.[2]

Kurumun tanım, kapsam ve şartlarını düzenleyen CMK'nun "Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" başlıkla 231. maddesinin 5 ve 6. Fıkraları şöyledir:

> *"(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.*
>
> *(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;*

---

[1] HAGB kurumu hakkında bkz. Mustafa ARTUÇ: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 1; Ali Tanju SARIGÜL: "Türk Ve Alman Hukuku'nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," *TBB Dergisi*, S.118, 2015, s.130; HOROZGİL, Denizhan: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, AÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Ankara 2016, s.6.

[2] AYM, 17.6.2015, E.2015/23, K.2915/56, Erişim: kararlaryeni.anayasa.gov.tr, E.T. 15.3.2023. Aynı yönde, SARIGÜL, s.139.

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez."

Görüldüğü üzere HAGB kararı ancak Kanun'da belirtilen objektif ve sübjektif şatların birlikte gerçekleşmesi halinde verilebilir. Objektif şartlar, - daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamak, - belirlenen somut ceza (iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezası) sınırını aşmamış olmak, - varsa somut nitelikteki maddi zararların (peşinen veya m.231/9'aaa göre taksitle) giderilmesi olarak sayılabilir. Sübjektif şartlar ise; - Mahkemenin sanık hakkında yeniden suç işlemeyeceği kanaatine varması ve - sanığın HAGB uygulanmasını talep etmesidir.[3]

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte niteliği itibariyle aynı zamanda bir maddi ceza hukuku kurumudur.[4] Kurumun tatbiki için, öncelikle uygulanması mümkün olan ve bütün unsurlarıyla tam olan bir hükmün kurulması şarttır. Kısacası burada birincisi mahkûmiyet, ikincisiyse bu mahkûmiyet kararının açıklanmasının geri bırakılması şeklinde iki karar söz konusudur.[5] Açıklanması geri bırakılan hüküm esâsında mahkûmiyet hükmüdür.[6]

HAGB kararı, CMK m.223/1'de sayılan kararlardan olmadığından bir hüküm olmadığı gibi, yargılamaya son vermediğinden bir nihai karar da değildir. HAGB kararı, bu itibarla kurulan hüküm sanık hakkında hukukî bir sonuç doğurmaz. HAGB hâlinde, öngörülen denetimli serbestlik süresini iyi hâlli ve gereklerine uyularak geçirilirse, hüküm ortadan kaldırılır ve kamu davası düşürülür. Bu zaman zarfında, failin sanık statüsü devam eder ve karar sonuçları itibariyle askıdadır.[7] HAGB kararı, içinde açıklanması şartlı olarak ertelenen (sanığın

---

[3] Geniş bilgi için bkz. İhsan BAŞTÜRK: *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi*, 2. B, Bilge Yayınevi, Ankara 2021, s.201 vd.; M. Emre TULAY: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği Ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme," *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, Y. 2021, S. 4, s.481 vd.; Seda Yağmur SÜMER: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Memuriyete Etkisi," TBB Dergisi, S.161, 2022, s.93 vd.; HOROZGİL, s.45 vd. Bunlara sanığa ve suça/cezaya ilişkin olarak da ayrılabilir: SARIGÜL, s.139 vd.

[4] Devrim GÜNGÖR/ Güneş OKUYUCU ERGÜN: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," *AÜHFD*, C.65, S.4, 2016, s.1955; SARIGÜL, s.131-132; HOROZGİL, s.12. HAGB'nin kesinleşip infaz edilmekte olan hükümlere de uygulanabileceğini kabul eden Yargıtay'a göre karma bir kurumdur: Yargıtay CGK, 03.02.2009, K 2009/12, KESKİN, s.6; CGK, 19.2.2008, E.2008/346, K.2008/25; CGK, 3.2.2009, E.2009/11-250, K.2009/13, SARIGÜL, s.132.

[5] GÜNGÖR/OKUYUCU ERGÜN, s.1955; SÜMER, s.89.

[6] Bu sebeple kuruma "Mahkûmiyet Hükmünün Açıklanmasının Geri Bırakılması" demek daha doğru olur, Yener ÜNVER, / Hakan HAKERİ: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.684.

[7] HAGB hakkında geniş bilgi için bkz. Mustafa ARTUÇ, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 2.B., Ankara 2013, s. 1, 3, 8. Ayrıca, Nusret İlker ÇOLAK/Dursun ÖZDEMİR, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve

suçluluğunu da tespit eden) bir mahkûmiyet hükmünü de içeren karardır;[8] ancak maddî anlamda kesin hüküm özelliği bulunmamaktadır.

Nitekim Yargıtay kararlarında, açıklanması geri bırakılan hükümle sanığın bulunduğu hal üzere bırakıldığı, aynen yargılanan kimsenin durumunda kaldığı, yapılan yargılamanın geçici bir süre askıda kaldığı, yargılanan kimsenin askı süresi boyunca sanık sıfat, devam etmekle birlikte hükümlü sayılamayacağı, dolayısıyla hükmün belirli bir süre sanık hakkında hüküm ifade etmediği belirtile gelmektedir.[9]

Eklemek gerekir ki Anayasa m.174'de koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçların (CMK m.231/4) yanı sıra (5739 sayılı Kanun ile 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'da belirtilen haller, 941 sayılı Çek Kanunu m.5/10 gibi) özel hüküm öngörülen hallerde HAGB kararı verilemez. Yine evleviyetle uygulanması gereken uzlaşmaya tâbi suçlarla ilgili olarak da hükmün açıklaması geri bırakılamaz. AİHM ve AYM içtihatlarında da kötü muamele, işkence, cinsel saldırı gibi suçlarda HAGB kararı verilemeyeceğine hükmedilmiştir.[10]

B. Hukuki Etki ve Sonuçları

HAGB kararı sanığın yüklenen suçu işlediği sabit olduğu ve yükümlülük yüklediği için beraat kararı niteliğinde değildir. Nitekim bu yükümlülüğün yerine getirilmesi sonucunda verilecek davanın düşmesi kararı da beraat hükmü niteliğinde değildir. HAGB'nin bu sebeple Devlet memurluğunu üzerindeki etkisi önemlidir. HAGB kararının ilk ve asıl hukuki etki ve sonucu m.231/5'de, diğerleri m.231/7-14'de hüküm altına alınmıştır.

1. Kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmaması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, her şeyden önce kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder (m.231/5, son cümle).[11] Hükmün açıklamasının geri bırakılması kararı verilen uyuşmazlıkta, esâsen sanığın fiili işlediğinin sabit olduğu kanaati belirtilmekte, mahkûmiyet hükmü kurulmakta, ancak bu hüküm açıklanmamakla bu mahkûmiyet hüküm ve sonuç

Memuriyete Etkisi, TAAD, C.1, Y.2, S.5, 2011, s.93 vd.; Kubilay TAŞDEMİR, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2016, s.345 vd.; Enes YILMAZ: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme," *Kırıkkale Hukuk Mecmuası,* C.1, S.2, 2021, s.275.

8 Yasin SEZER/Ali İhsan İPEK, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Kamu Personel Hukukuna Etkisi," *TAAD,* C.1, Y.1, S.3, s.45; Enver KUMBASAR, Hükmün Açıklanmasının geri Bırakılması, MÜSBE, İstanbul 2011, s.216 (Yayınlanmamış doktora tezi). Bu yönde, Yargıtay CGK, 7.4.2009, 3-64/83; 2.CD., 20.6.2006, 6118/12280.

9 Yargıtay HGK 1.2.2012, E.2011/19-639, K.2012/30; HGK, 23.10.2018, E.2017/4-1353, K.2018/1552; HGK, 3.1.2019, E.2017/13-681, K.2019/46.

10 TULAY, s.496-497.

11 Harun KALE: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi," *Terazi Hukuk Dergisi,* C.6, S.60, 2011, s.45; Uğur SÖKMEN: "Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri," *Maliye Dergisi*, S. 158, 2010, s.632-633; YILMAZ, s.274 vd.

doğurmamaktadır. Bu itibarla, meselâ bir kamu görevlisi hakkında HAGB karar verilmişse, ilgilinin statüye ilişkin şartları kaybettiği söylenemez.

Gerçekte uyuşmazlığın esasını çözen hüküm niteliğinde olmadığından HAGB kararının "lehe veya aleyhe bir sonuç" doğurma özelliği bulunmamaktadır. Yâni beraat veya mahkûmiyet hükmü gibi hukuki bir sonuç doğurmaz. Bu kararla sanıklara işlemiş oldukları belirli suçlardan ötürü adli bakımdan lekelenmemeleri için bir fırsat tanınmaktadır. HAGB'nin, kişilerin suç işlemediğine dair sonuç doğuran cezanın ertelenmesine benzeyen "sui generis" nitelikli bir kurum olduğu söylenebilir.[12] İkinci karar, yâni HAGB ilk kararın üzerine inşa edilmekte ve birinci kararın varlık kazanmasına engel oluşturmaktadır. Bu itibarla, ikinci kararın (HAGB kararının) en temel özelliği birinci kararın hukuken sonuç doğurmamasıdır.[13]

2. Diğer Etki ve Sonuçları

Kararın diğer hukuki etki ve sonuçlarını şu şekilde sıralayabiliriz:[14]

a) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez (CMK m.231/7).

b) HAGB kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre suça sürüklenen çocuklarda üç yıldır (ÇKK m. 23). Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu zorunlu denetim süresi boyunca ceza içeren hüküm askıya alınmıştır. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak; a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur (CMK m.231/8).

c) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir (CMK m.231/10).

d) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir (CMK m.231/11). Taksirli suç işlenmesi hükmün

[12] SEZER/İPEK, s.45; KESKİN, s.5.

[13] Danıştay 12 D, 17.03.2021, E.2020/5219 K.2021/1423, KESKİN, s.6.

[14] KESKİN, s.11 vd.; TULAY, s.499: YILMAZ, s.276 vd.; SÜMER, s.102 vd.

açıklanmasını gerektirmez. Kasıtlı suçtan verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması şarttır.

e) HAGB kararına itiraz edilebilir. İtiraz mercii, karar ve hükmü inceler; usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldırır ve gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderir (CMK m.231/12).

f) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir (CMK m.231/13).

C. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Hizmetine Girişe ve Kayba Etkisi[15]

Çalışmamızın kapsamı dışında kalmakla birlikte konunun daha iyi anlaşılabilmesi için kısaca HAGB'nin Devlet Memurluğuna ve diğer kamu görevlisi statülerine kabule etkisi üzerinde durmak faydalı olacaktır.

Anayasanın "Kamu Hizmetine Girme Hakkı"nı düzenleyen 70. maddesinde her Türk'ün kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu ve hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği belirtilmektedir. Bu sebeple özel bir düzenleme olmadığı sürece mahkûmiyet hükmünün geri bırakılmış olsun olmasın kamu görevlisi statüsüne girişi engellemesi mümkün değildir. Birçok kanunda bazı suçlardan dolayı ve/veya belli ceza miktarının üstünde mahkûmiyeti bulunmamak memuriyete kabul şartı olarak düzenlenmiştir. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 48'de devlet memuru olmak için kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına veya sayılan suçlardan dolayı mahkûm olmamak şarttır.[16] DMK m.98'de ise memur olmak için gerekli şartların taşınmadığının anlaşılması veya sonradan kaybedilmesi halinde memuriyetin sona ereceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre Kanunda sayılan katalog suçlardan birine mahkûm olan veya kasıtlı olarak bir yıl ya da daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olan kişi kanun hükmü gereği memuriyetini kaybedecektir.[17]

Öncelikle belirtelim ki Danıştay kararlarında da kabul edildiği üzere mahkûmiyet hükmünün geri bırakılmış olması Devlet memurluğa girişe engel teşkil etmediği gibi, memurluğun kaybı gerekçesi olamaz.[18] Danıştay'a göre, "davacının durumunun Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesi kapsamında olduğu ve bu maddede aranılan koşulların gerçekleşmiş olduğu sonucuna ulaşılarak sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmedilmesi karşısında, hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayacağının da anılan maddede açıkça belirtilmiş olması nedeniyle

---

15 SÜMER, s.107 vd.

16 DMK m.48: "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."

17 SEZER/İPEK, s.58; SÖKMEN, s.619; YILMAZ, s.285-286; HOROZGİL, s.165.

18 SEZER/İPEK, s.61-62; SÖKMEN, s.634; YILMAZ, s.286, 287; HOROZGİL, s.166.

davacının memuriyetine engel bir mahkûmiyet hükmünün bulunduğundan söz etme olanağı kalmamıştır."[19]

Şu kararlara göre de ister DMK m.48'e, ister DMK m.125/E'e dayanılsın HAGB'li mahkûmiyet kararı memurluktan/kamu görevinden çıkarma sonucu doğurmaz. Danıştay, polis memuru iken, dolandırıcılık suçundan kesinleşmiş mahkûmiyeti nedeniyle görevine son verilen kimsenin, söz konusu mahkûmiyeti hakkında, daha sonradan CMK'nın 231 inci maddesinin yürürlüğe girmesi nedeniyle yeniden değerlendirme yapılıp hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda, artık bu aşamada memur olma şartını yitirdiğinden söz edilemeyeceğinden, bu işlem nedeniyle memuriyetine son verilmesi doğru olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.[20]

Danıştay'ın memuriyete giriş şartlarının kaybıyla ilgili olarak başlangıçta istikrar bulmasa da HAGB'nin memuriyete etki etmemesi yönünde kararlar verdiği, ancak son zamanlarda görüşünü değiştidiği iade edilmektedir.[21]

Altını çizmek gerekir ki, mevzuatımızda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kamu hizmetine girişe ve/veya devama engel oluşturduğu düzenlemelere de bulunmaktadır. Bu takdirde HAGB'li mahkumiyeti bulunan kişinin memurluğa alınamayacağı veya memurluktan çıkarılabileceği açıktır.[22]

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ MEMURLAR HAKKINDAKİ DİSİPLİN SORUŞTURMASI SÜRECİNE ETKİSİ

A. Genel Olarak Disiplin İhlalleri ve Disiplin Soruşturmasının Bağımsızlığı Esâsı[23]

Disiplin hukuku ile ceza hukuku terimleri arasında genellikle benzerlik bulunmakla beraber bunların arasında kavramsal farklılık bulunduğu, dolayısıyla her zaman aynı anlama gelmedikleri açıktır. Bunların başında disiplin ihlali oluşturan davranışın ceza hukuku anlamında suç teşkil eden fiille çoğunlukla birebir örtüşmemesi gelir. Keza disiplin soruşturması ile ceza soruşturması da farklı süreçlerdir.

Doktrin ve uygulamada disiplinsizlik oluşturan davranışlara disiplin suçu denmekte ise de, başta Devlet Memurların Kanunu olmak üzere birçok kanunda "Suç' terimi kullanılmamaktadır.[24] Örneğin DMK'da

---

[19] Danıştay 12.D, 9.7.2008, E.2007/2534, K.2008/4502.

[20] Danıştay 12.D., 9.7.2008, E.2007/12534, K.2008/14502. Aynı yönde, 12.D., 7.7.2009, E.2008/810, K.2009/4097, SEZER/İPEK, s.63; 12.D, 12.02.2013, E.2010/1591, K.2013/439, ÇINARLI/ARSLAN HIZAL, s.26.

[21] Bu değerlendirme ve karar örnekleri için bkz. SÜMER, s.119-129.

[22] Bunlara 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu m.10/1-f, 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun m.13/3-d ve 6191 sayılı Sözleşmeli Er ve Erbaş Kanunu m.3/d hükümlerini örnek verebiliriz. Bkz. SÜMER, s.113 vd.; HOROZGİL, s.168.

[23] Geniş bilgi için bkz. Celâl IŞIKLAR: *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.86-94; 269-273.

[24] Örneğin, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m.72. hükmüne göre, "Hâkim ve savcılar hakkında ceza soruşturması veya kovuşturmasına başlanmış olması, aynı olaydan dolayı disiplin soruşturmasını gerektirmeyeceği gibi, ilgilinin mahkûm olması veya olmaması ayrıca disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez."

disiplin ihlalleri m.125'te (ve m.127'de) "fiil ve haller" olarak adlandırılmaktadır. Suç ile disiplin ihlali arasındaki farkları şöyle özetleyebiliriz: Ceza hukukundaki suç kavramında tek bir fiil, disiplin ihlallerinde «hal ve fiiller» söz konusudur. Yine çoğu kez yasaklanan veya emrolunan davranışın somut ifâdesi ve yansıması olan hukuk kuralının kapsamı ve muhtevası, kriminal suç gibi dar tutulmamıştır, sınırları net olarak belirlenmemiştir. Disiplin yaptırımlarına esas ihlali davranışın suç normu gibi haksızlık olgusu içermesi şart değildir, en azından bu durum açık değildir. Disiplin ihlali, çoğu zaman hal ve hareketler (DMK m.125/A-a, B-a, C-a vb.), hatta bazen suç fiilleri demetidir (DMK m.125/E-g: Yüz kızartıcı suç).

Aralarındaki farklardan dolayı disiplin suçu yerine "disiplin fiili", disiplin cezası yerine "disiplin yaptırımı", hatta «disiplin önlemi» gibi terimler teklif edilmektedir. Bizim tercih ettiğimiz "disiplin ihlali", kısmî hizmet düzeni ile belirli bir faaliyete ilişkin ve sınırlı kişilerden oluşan bir grup/topluluğu kapsayan kısmî bir kamu hizmeti düzeniyle özellikli bir bağdan dolayı öngörülen vecibeleri ihlale yönelik davranışlar olarak tanımlanabilir.[25]

Soruşturma süreçleri de biri idari diğeri adli olmakla farklı mahiyet taşıdıkları gibi birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı yürütülürler. Aynı vaka ve fiillerden dolayı adlî makamların ceza kovuşturması yapması idari makamların da disiplin soruşturması yapmasına mani olmayacağı gibi, tam tersine disiplin takibatı da adlî sürece engel teşkil etmez. Buna, disiplin soruşturmasının (adlî soruşturma ve kovuşturmadan) bağımsızlığı esâsı denir. Disiplin soruşturmasının bağımsızlığı esâsı, neredeyse tüm disiplin soruşturmalarında olduğu gibi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da hüküm altına alınmıştır. DMK'nun 125'inci maddesinin son fıkrası uyarınca, *"disiplin soruşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi hâlinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez."* Aynı Kanun'un 131 inci maddesine göre de; *"aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması disiplin kovuşturmasını gerektirmez./Memurun Ceza Kanunu'na göre mahkûm olması veya olmaması hâlleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olmaz."* Yukarıda, zikredilen DMK'nun 131 inci maddesinin gerekçesinde de, ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında temel mahiyet farkı olduğu ifade edilmiştir.

Gerek disiplin ve ceza soruşturmasının birbirinden bağımsızlığı esası sebebiyle, gerek ceza hukuku ile disiplin hukuku birbirinden farklı nitelikte kural ve ilkelere tâbi olmasından dolayı disiplin soruşturmasında (mahkûmiyet hükmü hariç) ceza yargılamasından çıkan sonuca değil, yargılamaya konu suçun vasıf ve mahiyetine bakılır. Anayasa Mahkemesi de ceza yargılaması sonunda sanığın isnat edilen suçu işlenmediği yolunda verilen kesin hükmün disiplin soruşturmasını bağlamadığına hükmetmiştir.[26]

Gerek doktrinde gerek pratikte disiplin soruşturmasının bağımsızlığı ilkesi gereği, işlediği bir suçtan dolayı yargılanan ve/veya mahkûm olan veyahut beraat eden bir kamu görevlisi hakkında aynı fiilden

[25] IŞIKLAR, s.94.

[26] AYM, İkinci bölüm, Kürşat Eyol başvurusu, B. No: 2012/665, K.T. 13.6.2013, Erişim: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/665, 11.2.2023.

dolayı disiplin yaptırımı uygulanabileceği kabul edilmektedir.[27] Bunun gibi ceza yargılaması sonucu suçluluğu sabit bulunan kamu görevlilerinin, haklarındaki hükmün açıklanması geri bırakılsa dahi, evleviyetle aynı fiile ilişkin olarak disiplin soruşturmasına tâbi tutulabileceğinde tereddüt duyulmamalıdır. Bu takdirde disiplin soruşturması ceza yargılaması öncesi veya bu süreç esnasında başlatılabileceği gibi HAGB kararı verildikten sonra da gerçekleştirilebilir. Önemli olan her halükârda disiplin uygulamasının başta masumiyet karinesi olmak üzere adil yargılama hakkının ihlal etmemesidir. Bu süreçte ayrıca maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi ile mahkeme kararlarının gerekçeli olması gibi anayasal hakların çiğnenmemesine da dikkat edilmelidir. Buna disiplin soruşturmasının disiplin zamanaşımı süresi geçirilmeden başlanılmasının ve disiplin cezasının bu süresi içinde verilmesinin gerektiğini de ekleyebiliriz.[28]

B. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı ve Disiplin Soruşturması Süreci[29]

HAGB kararı, fiil hakkında bir tespitte bulunmakla beraber kesin hüküm olarak kabul edilemeyeceğinden ve deneme süresi sonunda geri bırakılan hüküm düşme kararıyla ortadan kalktığından, disiplin soruşturması açısından kesin delil olarak kabul edilemez.[30] Başka bir ifâdeyle, kesin bir mahkûmiyet kararı aranan hâllerde, HAGB kararına göre memuriyete almama veya memurluktan çıkarma şeklinde bir işlem yapılamaz.[31] Bir uyuşmazlıkta Danıştay, fuhşa teşvik etmek veya yer temin etmek, bunun yolunu kolaylaştırmak veya aracılık etmek", suçunun Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmış olması nedeniyle davacının bu suçu işleyip işlemediğinin ancak ceza mahkemesince verilecek karar ile belirlenebileceği; ceza mahkemesince verilen adlî para cezasıyla cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararın Yargıtay tarafından bozulması karşısında, davacının devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına esâs

---

[27] İsnat edilen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması/delil yetersizliği gerekçesi ile verilen kararların disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmediği yönünde, yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararı, disiplin cezası verilmesi konusunda mutlak anlamda bağlayıcı nitelikte değildir." Danıştay 10.D, 27.10.1987, E.1987/2015, K.1987/1721; DİDDK, 20.06.2003, E.2003/67, K.2003/436; 12.D, 27.12.2013, E.2013/902, K.2013/12974; 16.D, 14.05.2015, E.2015/8150, K.2015/271, Kararlar için bkz. Lokman YENİAY: "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Yargı Ayrılığı Sistemi Üzerine Bir İnceleme," *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi,* C.26, S.1, 2020, s.179. Aynı doğrultuda, AYM, B. No: 2012/574, 6.2.2014, YENİAY, s.178, dp.41. Aynı doğrultuda, Yargıtay 5. HD, 11.11.2020, 2016/29950, K.2020/2058.

[28] ÇOLAK/ÖZDEMİR, s.116; HOROZGİL, s.170; YILMAZ, s.289.

[29] Bkz. IŞIKLAR, s.299-307; Özkan COŞAR,: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Hukukuna Etkisi,* Erişim: https://www.malikilavuz.com, E.T. 20.5.2023.

[30] Mülga TCK'daki tecil ile karş. Mehmet KARAASLAN: "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", *AÜHFD,* C.58, S.1, 2009, s.107-109; İbrahim PINAR/Öner ÇALIŞKAN: *Disiplin Suç ve Cezaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s.705, 717.

[31] SEZER/İPEK, s.62, 67; KARAASLAN, s.108; İbrahim PINAR: "Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, Cezaların Ertelenmesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararlarının Memuriyete/ Kamu Görevine Alınmaya ve Memuriyetin/Kamu Görevinin Devamına Etkileri," *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y.3, S.26, Ekim 2008, s. 87; Rezan EPÖZDEMİR: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması,* 2.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.301; Enver KUMBASAR: *Hükmün Açıklanmasının geri Bırakılması,* MÜSBE, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 2011, s.216; ÇOLAK/ÖZDEMİR, s.112 vd.; Adil BUCAKTEPE: *Ceza Mahkûmiyetinin Devlet Memurluğuna Etk*isi, Ekin Kitabevi, Bursa 2015, s.147 [Memurluk].

teşkil eden fuhşa aracılık ve yer temini fiilini işlediğine dair adlî yargıda kesinleşmiş bir karar bulunmadığından, İdare Mahkemesince, adlî yargıda davacı hakkında verilecek kararın sonucu beklenerek bakılan uyuşmazlıkta bir karar verilmesi gerektiği şeklinde karar vermiştir.[32]

Hükmün açıklamasının geri bırakılması kararı verilen uyuşmazlıkta, esâsen sanığın fiili işlediğinin sabit olduğu kanaati belirtilmekte, mahkûmiyet hükmü kurulmakta, ancak bu hüküm açıklanmamakla bu mahkûmiyet hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Bu bakımdan masûmiyet ilkesi gereği hükmün açıklanmasının geri bırakılması disiplin soruşturmasını bağlamamalıdır.[33]

Bununla beraber, idare doğrudan bu karara dayanmaksızın ve suçsuzluk karinesi ihlâl etmemek kaydıyla eldeki delillere göre aynı fiilden dolayı fail hakkında disiplin soruşturması yapabileceği gibi disiplin cezası da tesis edilebilir.[34] Zirâ delil yetersizliğine dayanarak verilen beraat kararlarında bile sanığa disiplin cezası verilebiliyorsa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında disiplin cezası verilmesine engel bir durum yoktur. Çünkü hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, açıklanması ertelenmiş bir mahkûmiyet kararıdır ve yargılamada tartışılan deliller neticesinde fiiller hakkında bir değerlendirme yapılmış, sanığın fiili işlediği yönünde bir kanaat ortaya konmuştur.[35] Daha somut bir anlatımla, memurun işlediği yüz kızartıcı suçtan dolayı ceza mahkemesince verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, doğrudan doğruya memurun DMK'nun 48/A-5 ve 98'inci maddeleri uyarınca devlet memurluğundan çıkarılmasını gerektirmez.[36] Buna karşılık, bu karar disiplin soruşturması sonucunda memurun suç teşkil eden fiilinin aynı Kanun'un 125/E-g maddesi uyarınca memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareket olarak değerlendirilmesine ve devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesine engel oluşturmaz.[37]

Bununla beraber HAGB kararı ve ardından iyi hâlle geçirilen deneme süresi sonunda verilen düşme kararı, nasıl mahkûmiyet hükmü olarak kabul edilemez ise, beraat niteliği taşıdığı da değerlendirilemez. Esâsen, mahkeme bu kararı sanki hüküm açıklanacakmış gibi sonuna dek araştırma ve inceleme yapıp, suçun sübutu hâlinde vermek zorundadır. Zirâ, ceza mahkemesinin kararı güçlü delil niteliğinde olduğu gibi, bu yargılamada tespit edilen somut deliller disiplin soruşturmasında da dikkate alınmak

---

[32] Danıştay,16.D., 25.6.2015, E.2015/6306-K.2015/4109, *DD*, S.140, s.271 vd.

[33] EPÖZDEMİR, s.311

[34] KARAARSLAN, s.107; KALE, s.46; ÇINARLI/ARSLAN HIZAL, s.23; PINAR/ÇALIŞKAN, s.714; Kubilay TAŞDEMİR: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılm*ası, Kendi Yayını, Ankara 2016, s.345.

[35] Karş. Serkan ÇINARLI/Sevinç ARSLAN HIZAL: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi," *Jürix,* s.17/29, https://jurix.com.tr/ article/9143, E.T.:10.5.2023.

[36] Bu kapsamda Danıştay, polis memuru iken, dolandırıcılık suçundan kesinleşmiş mahkûmiyeti nedeniyle görevine son verilen kimsenin, söz konusu mahkûmiyeti hakkında, daha sonradan CMK'nın 231 inci maddesinin yürürlüğe girmesi nedeniyle yeniden değerlendirme yapılıp hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda, artık bu aşamada memur olma şartını yitirdiğinden söz edilemeyeceğinden, bu işlem nedeniyle memuriyetine son verilmesi doğru olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Danıştay, 12.D., 9.7.2008, 2007/12534-2008/14502. Aynı yönde, Danıştay, 12.D., 9.7.2008, 2007/2534-2008/4502, 12. D., 7.7.2009, 2008/810-2009/4097, SEZER/İPEK, s.63.

[37] ÇOLAK/ÖZDEMİR, s.117-118. Aynı doğrultuda, 12.D., 9.4.2010, 2009/8837, 2011/1933.

durumundadır.[38] Bu bakımdan, idare HAGB kararı verilmiş olsa bile disiplin soruşturması yapabilir ve gerekiyorsa disiplin cezası verebilir.[39] Yukarıdaki örnekte, idare (Yüksek disiplin kurulu) disiplin soruşturması sonunda kişinin yüz kızartıcı fiilde bulunduğu kanaatine varırsa, memura DMK'nun 125/E maddesine göre devlet memurluğundan çıkarma işlemi tesis edebilir.

C. Hükmün Açıklanması Geri Bırakılmış Olaylara İlişkin Disiplin Soruşturmasının Masumiyet Karinesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak Masumiyet karinesi

Adil yargılanma hakkının esasını oluşturan masumiyet karinesi birçok milli ve milletlerarası metinde teminat altına alınmıştır. Nitekim masumiyet karinesi Anayasa'mızın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında *"suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"* şeklinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise *"Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır."* şeklinde düzenlenmiştir. Masumiyet karinesi ister suç iddiası, ister koruma tedbiri uygulanması şeklinde olsun, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan "suçlu" olarak kabul edilmemesi anlamına gelir. Başka bir deyişle suçluluğu ispat edilinceye kadar kişinin masumiyeti asıldır. Bunun sonucu olarak, kamu görevlileri veya mercileri beraat etmiş veya bir şekilde hakkındaki ceza yargılaması mahkûmiyet dışında bir kararla sonlandırılmış kişileri suçlu olarak nitelendiremez.[40]

Hakkındaki ceza yargılaması devam eden veya kesin mahkûmiyet hüküm dışında bir kararla sonuçlanan kişi hakkında, gerek kamu otoritelerinin herhangi bir tasarrufuyla gerekse yargı mercilerinin başka karar ve hükümleriyle sırf ceza yargılama sürecine ve ceza mahkemesi kararına dayanarak suçlu muamelesi yapılamaz. Buna açıklanması geri bırakılan hükümler de dâhildir.

2. Disiplin Soruşturmasında Masumiyet Karinesi İhlali Olgusuna Doktrinin Bakışı

Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre ceza davası dışında ve fakat ceza davasına konu olan fiiller nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması, özellikle gerekçede suçunun sübuta erdiğine dair ifâdelere yer verilmesi suçsuzluk karinesi ile çelişebilir. Bunu değerlendirirken, salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmiş olmasına bakılmamalı, cezanın gerekçesi bütün hâlinde ele alınmalıdır. Bu bakımdan ceza gerekçesinde ilgiliyi adlî suçu işlemiş gibi gösteren ifâdelerden kaçınmalı, kullanılan dile dikkat edilmeli ve ceza mümkün olduğu kadar idari disiplin soruşturmasına ve dosyadaki bilgi ve belgelere dayandırmalıdır.[41] İdari uyuşmazlık çözümünde, ilgilinin ceza yargılamasında sanık

---

[38] Erhan GÜNAY: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s.426; SEZER/İPEK, s.70-71; TAŞDEMİR, s.347. Kararın doğrudan disiplin cezasına dayanak yapılamayacağı yönündeki aksı görüşte, ARTUÇ, s.422; KUMBASAR, s.280-281.

[39] SEZER/İPEK, s.69-70; KUMBASAR, s.280-281; ÇOLAK/ÖZDEMİR, s.121

[40] Akif YILDIRIM: "Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Masumiyet Karinesi," Jürix, s.2, https://jur x.com.tr/art cle/4193, E.T. 15.5.2023 [Masumiyet].

[41] YILDIRIM, *Disiplin,* s.7/9 ve *Masumiyet*, s.7/17; HATİPOĞLU, s.93; IŞIKLAR, s.306 vd.; SÜMER, s.111; Oğuz SANCAKDAR/Elif ALTINOK ÇALIŞKAN/Gizem DURSUN ÖZDEMİR/Pınar YAĞCI/Serkan SEYHAN/Egemen

olduğuna değinilmiş ve/veya bir şekilde HAGB kararına atıf yapılmış olması masumiyet karinesinin ihlal edildiğini göstermez.[42] Bununla birlikte HAGB'in disiplin yaptırımı uygulanmasına tamamen engel teşkil ettiğini savunan görüşlere işaret edilmektedir.[43]

3. Anayasa Mahkemesi'nin Disiplin Soruşturmasında Masumiyet Karinesi İhlali Olgusuna İlişkin Yaklaşımı[44]

Anayasa Mahkemesi'ne göre disiplin soruşturması süreci masumiyet karinesi ihlal edilmeden yürütülmeli ve sonuçlandırılmalıdır. Normal şartlarda, disiplin soruşturmasında ceza yargılamasında elde edilmiş olan bir delile dayanılması ya da ceza yargılamasına doğrudan atıf yapılması tek başına masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirilemez. Ancak adli ve idari makamların kişiyi suçlu ilan etmesi, kişiye suç isnat etmesi veya buna benzer çıkarımlarda bulunması halinde masumiyet karinesinin ihlal söz konusu olabilir. Ceza mahkemesinin mahkûmiyet dışındaki kararlarında da disiplin soruşturması sürecinde ilgili suçlu gibi gösterilmemelidir. Mahkeme bir işlem ve kararın masumiyet karinesini ihlal edip etmediğini tespit ve tayinde, kararın gerekçesinin bir bütün halinde ele alınması gerektiğine işaret etmekte, ayrıca bu konuda kullanılan dilin kritik öneme sahip olduğunu söylemektedir.[45]

Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, Mahkemenin, ceza mahkemesince verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının, disiplin yargılaması bakımından bağlayıcılığı konusuna bakış açısının, delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararlarındaki durumla paralellik arz ettiği görülmektedir.[46] Mahkemeye göre MAGB kararının verildiği hallerde bu kararların "ilgili kişinin suçsuz olduğu anlamına gelmediği" şeklinde yorumlanması masumiyet karinesinin ihlali demektir.[47] Anayasa Mahkemesi'ne göre, *"Kişi hakkında verilen beraat kararı sorgulanmadığı sürece, aynı maddi olay*

KARACA: *Disiplin Hukuku,* Turhan Kitapevi, Ankara 2022, s. 245-246; YÜZBAŞIOĞLU, Cihan: "Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi", Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014/1, C.1, S.1, 2014, s.713-714; EPÖZDEMİR, s.339.

42 KESKİN, s.31.

43 SÜMER, s.110 vd.

44 BAŞTÜRK, s.497-501; YILMAZ, s.281 vd.; COŞAR, s.?; SÜMER, s.128-135.

45 AYM, Birinci Bölüm, Turgut Duman Başvurusu, BN: 2014/15365, 29.05.2019, Erişim: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15365, E.T. 22.2.2014.

46 Örnek olarak bkz. AYM, 13.6.2013, 2012/665 ve 13.6.2013, 2012/665, Sezgin HATİPOĞLU: "Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukuku Bakımından Bağlayıcılığı," *DD*, S.141, 2016, s.93-94.

47 Bu başvuruya esas mülga AYİM kararında yer alan "davacının almış olduğu disiplin cezaları, sicil üstlerince hakkında not düşülen menfi kanaatler, aşırı borçlanmaları ve yargılanmasına, mahkûmiyetine neden olan suçun vasıf ve mahiyeti dikkate alındığında" ifâdesi, AYM'ye göre Mahkemenin ceza davasının sonucuna değil sâdece yargılaya sebep olan suçun vasıf ve mahiyeti ile davacının disiplin durumuna atıf yaptığını göstermekte olup masumiyet karinesine yönelik bir müdahale oluşturmamaktadır. Bu gerekçeyle AYM başvurunun kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "açıkça dayanaktan yoksun olması" sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. (AAYM İkinci Bölüm, Kürşat Eyol Başvurusu, B. No: 2012/665, K.T.13.06.2013, p.27, Erişim: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/665, E.T. 30.3.2023.

çerçevesinde daha düşük ispat standardı kullanılarak kişinin disiplin sorumluluğu çerçevesinde yaptırıma tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir." [48]

Anayasa Mahkemesi, disiplinsizlik sebebiyle TSK'nde ayırma işlemi tesis edilen bir uyuşmazlığa ilişkin davayı reddeden AYİM kararına karşı yapılan başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. AYM'ye göre, ceza muhakemesi hukuku ve disiplin hukuku farklı kural ve ilkelere tâbi disiplinlerdir. Kamu görevlisinin davranışı, suç tanımına uymasının yanı sıra disiplin sorumluluğunu da gerektirebilir. Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür. Ceza muhakemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında, ceza mahkemesi hükmü disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir. Bu çerçevede; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaat bulunmakta ve bu kanaat "*kasten yeni bir suç*" işlenmemesi şartına bağlı olarak hüküm doğurmamakta; hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet konusunda vicdani kanaate ulaşmış mahkemenin, buna ilişkin hükmü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini, bu süre zarfında hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ve bu süre sonunda kişinin başka suç işlememesi hâlinde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilmesini ifâde etmekte; idari uyuşmazlığın çözümüne esâs teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi, masûmiyet karinesinin ihlâl edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli olmamakta; kararın gerekçesinin bütün hâlinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekmektedir. AYİM kararında, uygulanan disiplin işleminin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılırken, ceza davasının sonucundan bağımsız olarak ve diğer nedenlerle birlikte ortaya çıkan disiplin durumu dikkate alınarak işlem tesis edildiğine vurgu yapılmaktadır. Bu itibarla, AYİM kararında yer alan " *davacının almış olduğu disiplin cezaları, sicil üstlerince hakkında not düşülen menfi kanaatler, aşırı borçlanmaları ve yargılanmasına, mahkûmiyetine neden olan suçun vasıf ve mahiyeti dikkate alındığında* " ifâdesi Mahkemenin ceza davasının sonucuna değil, sâdece yargılanmasına neden olan suçun vasıf ve mahiyeti ile davacının disiplin durumuna atıf yaptığını gösterdiğinden masûmiyet karinesine yönelik bir müdahâle olmadığını belirten AYM, kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *"açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.[49]

AYM'ye göre, kişinin suçluluğunu ima eden ya da kabul eden bir yargı söz konusu olmadıkça, sâdece soruşturma açılmış olması da disiplin veya idari yaptırım işlemlerinin başlatılması veya

---

[48] AYM Genel Kurul, Hüseyin Şahin Şaşvurusu, B. No:2013/1728, K.T. 12.11.2014, Erişim: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1728, E.T. 30.3.2023, AİHM kararları da bu doğrultudadır: AİHM, Ringvold v Norveç, B.No:34964/97, K.T. 11.02.2003.

[49] AYM Birinci Bölüm, B. No: 2012/665, K.T. 13.6.2013. Bu karar ile ilgili bir değerlendirme için bkz. Akif YILDIRIM: "Disiplin Soruşturmalarında "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" Kararlarına Dayanılması Masûmiyet Karinesinin İhlâli Sayılır mı?" *Jürix,* s.4/9, Erişim: https://jur x.com.tr/art cle/2355, E.T. 15.3.2023; YILDIRIM, *Masûmiyet*, s.6/17.

Bunun gibi, AYM Birinci Bölüm, B. No: 2013/4694, K.T. 10.6.2015, AYM kararlarına erişim: http://Kararlaryeni.Anayasa.Gov.Tr/Bireyselkarar/Content, E.T. 7.3.2023.

uygulanması için yeterli görülebilir.[50] AYM, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi üzerine işe iade davasının reddedildiği ve Disiplin Kurulun da mahkeme kararı kesinleşmeden işten çıkarma disiplin cezası verdiği bir uyuşmazlıkla ilgili bireysel başvurunun kabulüne ilişkin kararının gerekçesinde, *"Kamu otoriterleri veya görevlileri tarafından hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişiyle ilgili olarak yargılama süreci bir mahkûmiyet hükmüyle kesinlik kazanmadan suçluluğa dair herhangi bir kanaat ifâde edilmiş olması ya da ceza yargılaması mahkûmiyet dışında bir kararla sona ermesine rağmen sona ermeye ilişkin kararda sanığın suçlu olabileceğinin ifâde edilmiş olması durumunda masûmiyet karinesinin ihlâli söz konusu olabilecektir."* şeklinde değerlendirmeler yapmıştır.[51]

Mahkemenin oyçokluğuyla masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar verdiği başka bir uyuşmazlıkta, tahsildar başvurucu yaptığı tahsilatı belediye hesaplarına yatırmadığı ve uhdesinde tuttuğu için 657 s. DMT m.125/E-g alt bendi uyarınca (memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak) devlet memurluğundan çıkarılmıştır. Bafra Ağır Ceza Mahkemesi isnat edilen eylemin gerçekleştiği kanaatine ulaşarak mahkumiyete ve HAGB karar vermiştir. İdare mahkemesi açılan iptal davasını reddetmiş, Danıştay 12.Daire de 19.9.2018 de kararı onamıştır. Gerekçede, ilgilinin fiilini memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareket olarak nitelemiş ve karşılığının devlet memurluğundan çıkarma cezası olduğunu ifade eden mahkemenin bu nitelemeyi yaparken özensiz bir dil kullanmış olsa da sonuca ulaşırken başvurucunun eyleme ilişkin ikrarından, disiplin soruşturmasına ilişkin bilgi ve belgelerden hareket ettiğini, bunu yaparken başvurucunun masumiyetine gölge düşürecek şekilde ceza yargılamasını esas almamış ve/veya ceza yargılaması sürecini sorgulamadığı belirtilmiştir.[52]

4. Danıştay'ın Disiplin Soruşturmasında Masumiyet Karinesi İhlali Olgusuna İlişkin Yaklaşımı

Danıştay aynı fiilden dolayı ceza mahkemesi tarafından HAGB kararı verilen hâllerde, kurulan hükmün sanık hakkında hukukî bir sonuç doğurmayacağı esasını kabulle birlikte çoğu zaman buna değinmekle yetinmektedir. Yüksek mahkeme konuyu masumiyet karinesi çerçevesinde değerlendirdiği bazı kararlarında ilgiliyi suçlu gibi gösteren söz ve hareketlerden dolayı disiplin cezasının iptaline karar vermektedir. Biz bu sebeple Danıştay kararlarını üç grup halinde inceleyeceğiz.

a. HAGB Kararına Temasla Birlikte Masumiyet Karinesinin Tartışılmadığı Kararlar

Danıştay HAGB kararının disiplin soruşturmasını bağlamadığı, kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olmasının o kişi hakkında disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmediği, disiplin makamlarının kendi inceleme, araştırma ve toplanacak delillere göre

[50] AYM Birinci Bölüm, B. No: 2012/998, K.T. 7.11.2013, RG:10.12.2013-28847.

[51] AYM Birinci Bölüm, B. No: 2013/2091, K.T. 4.11.2015, RG:22.12.2015-29570.

[52] AYM, Birinci Bölüm, Emrah Şahin Başvurusu, B. No: 2018/37580, K.T. 20.10.2020, Erişim: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/37580, E.T. 30.3.20223.

karar vermesi gerektiği görüşündedir.[53] Mahkemeye göre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesinde açıkça ifâde ettiği edildiği gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında hukukî bir sonuç doğurmamakta, buna göre sanığın suçluluğu sabit olmakla birlikte Kanun'da öngörülen denetimli serbestlik tedbirlerine uygun davranılması ve öngörülen diğer şartların varlığı hâlinde hiç suç işlenmemiş gibi kabul edilmektedir.

Örnek vermek gerekirse, Danıştay bir uyuşmazlıkta, "*Ancak 5271 sayılı Yasada düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin kamu görevi yürüten kişinin göreve devam yönünden değerlendirilmesinde, ceza mahkemesince yapılan yargılama sonucunda sanığın suçluluğu sabit görülerek hüküm kurulduğu ve suç işlediği sabit olan kişinin bu vasfıyla yürüttüğü kamu görevine etkisinin belirlenmesi gerekmekte olup, disiplin cezaları ve ceza verilmesine neden olan eylemler memurların çalıştıkları kurumun düzenine aykırı fiilleri nedeniyle kendilerine uygulanan zorlayıcı önlemler niteliğinde olduğundan disiplin cezasını gerektiren fiilin niteliğine göre ceza yargılamasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olması disiplin hukuku yönünden ortada bir ceza mahkûmiyeti bulunmadığından bahisle disiplin cezası uygulanmaması sonucunu doğurmayacaktır. İşlenen fiilin niteliğinin yürütülen görevin gerektirdiği niteliklerin kaybedilmesi mahiyetinde olduğu hâllerde fiilin karşılığı disiplin cezasının uygulanması yargı kararıyla suçun sabit olması hususu dikkate alınarak kamu görevlisinin tâbi olduğu mevzuat yönünden yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir."* Bu açıklamadan sonra da, *"Dosyanın incelenmesinden; davacı hakkında düzenlenen (…) soruşturma raporuyla; Alanya 2'nci Ağır Ceza Mahkemesince verilen (…) kararla davacının 17 yaşında olan öğrencisiyle cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunduğu, aynı suçun birden fazla işlenmiş olduğu, gerekçesiyle davacının 1 yıl 10 ay 15 gün hapis cezası aldığı ve Ceza Muhakemesi Kanun'un 231/5 maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair verilen ve kesinleşmiş bulunan karara atıfta bulunularak davacının fiili disiplin yönünden, hakkında 1702 sayılı olup ilk ve ortaöğretim öğretmenlerinin terfi ve tecziyelerine ilişkin özel düzenlemeleri içeren yasanın 27/1 maddesinde öngörülen 'talebeye karşı muallimlik sıfatıyla telif edilemeyen iffetsizliği sabit olma"kapsamında değerlendirilerek meslekten çıkarma cezası teklif edildiği ve ceza mahkemesi kararında yer alan sanık mağdura ve tanıkların beyanları ve bilirkişi değerlendirmelerinin incelenmesinden, Telekomünikasyon İdaresi Başkanlığından celp edilen HTS raporlarından davacı ve öğrencisinin gece gündüz birçok defa kesintisiz ve karşılıklı olarak telefon görüşmeleri ve mesajlaşmalarının bulunması ve davacının savunması içeriğinde yer alan beyanların değerlendirilmesinden davacıya isnad edilen ve 1702 sayılı Yasada karşılığını bulan fiilinin sübut bulduğu sonucuna"* vararak, Meslek Lisesinde müzik öğretmeni olarak görev yapan davacı hakkında Milli Eğitim Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun 5.5.2010 günlü ve 2010/46 sayılı kararıyla 1702 sayılı yasanın 27/1 maddesi uyarınca tesis edilen "meslekten çıkarma" cezasının iptaline karar veren idare mahkemesi kararını bozmuştur.[54]

[53] Danıştay 16.D, 19.3.2015, E.2015/243, K.2015/859; 12.D, 13.06.2014, E.2012/7505, K.2014/5009, YENİAY, s.180.

[54] Danıştay, 12.D., 25.5.2012, E.2011/9670, K.2012/3553, Erişim: http://mts.org.tr/mevzuat/ yazdir/14424, E.T. 7.2.2023

Danıştay'ın HAGB kararına rağmen disiplin cezasını hukuka aykırı bulmadığı yönünde kararları da mevcuttur. Bir olayda, nitelikli dolandırıcılıktan aldığı ceza hükmünün açıklanması geri bırakılan davacı hakkında yine aynı eylemlerine bağlı olarak meslekten çıkarma cezası verilmiştir. Temyiz aşamasında Danıştay, *"Mahkûmiyet kararının hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle hukukî sonuç doğurmayıp infaza ilişkin hükümlerin beş yıl süre ile askıda bırakılması nedeniyle, disiplin hukuku açısından dolandırıcılık fiilinin sanık tarafından gerçekleştirilmemiş sayılması veya sübuta ermemiş sayılması şeklinde değerlendirilemeyeceğinden, suçun işlenip işlenmediğinin ortaya çıkarılması için yapılacak olan disiplin soruşturmasını bağlamayacağı ve disiplin soruşturması kapsamında yapılacak inceleme ve araştırma ile elde edilecek delillerle karar verilmesi gerektiği,"* şeklinde ek gerekçe belirterek davanın reddine karar veren idare mahkemesi kararını onamıştır.[55]

Bir avukat hakkında sahtecilik suçundan verilen ceza mahkumiyeti hükmünün ertelenmesi kararı üzerine yapılan disiplin cezasının iptali İçin açılan davada, Danıştay, *"Davacı hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu olan resmi evrakta sahtecilik suçu, 1136 sayılı Avukatlık Kanununda hem avukatlığa engel haller arasında hem de meslekten çıkarmaya neden olan suçlar arasında sayılmıştır. İdare Mahkemesi kararında, davacının söz konusu eylemden dolayı yargılandığı davada almış olduğu 1 yıl 8 ay hapis cezasının hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına çevrilmesi sebebiyle anılan kararın davacı hakkında herhangi bir hüküm ifade etmeyeceği belirtilmiş ise de, ceza hukukuyla mesleki disiplini sağlama, hem mesleği icra edenleri hem de hizmetten yararlananları koruma amacı taşıyan disiplin hukuku arasındaki temel farklar göz önüne alındığında; resmi evrakta sahtecilik gibi yüz kızartıcı suçtan yargılanıp eylemin maddî delillerle sabit olması sonucu mahkûm olan davacının disiplin hukuku açısından sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı açıktır. Bu nedenle, suçun karşılığı olan meslekten çıkarma cezasının yerine alt ceza olan 2 yıl süreyle mesleki faaliyetten men cezası verilmesine dair karara yapılan itirazın reddedilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır."* gerekçesi ile çıkarma yerine Kanunun 135/4. maddesi gereğince verilen takdiren iki yıl süreyle işten yasaklama cezasını hukuka uyarlı bulan İdare Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.[56]

Aynı şekilde, ceza mahkemesince zimmet suçundan HAGB kararı verilen bir davacı hakkında aynı fiilden dolayı disiplin cezası olarak sözleşme feshi ceza verilmiş ve bunun iptali için açılan davada idare mahkemesi cezanın iptaline hükmetmiş ise de, Danıştay, failin zimmet suçunu oluşturan fiilini esas alarak, "disiplin yönünden düzenlenmiş olan soruşturma raporuyla davacıya isnad edilen fiilin yasal unsurlarının oluşması nedeniyle sabit olduğu ceza mahkemesince verilen kararla da ortaya konulmuş olduğundan, idare mahkemesince davacının sözleşmesinin feshini gerektirecek nitelikteki eyleminin

[55] Danıştay, 16. D., 19.3.2015, E.2015/243, K.2015/859, HATİPOĞLU, s.95.

[56] Danıştay, 8. D., 8.5.2013, 2012/6690- 2013/3715, M. Haşim MISIR: *Avukatlık Disiplin Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2016, s.44-45.

sabit olmadığı gerekçesiyle işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır." gerekçesiyle işlemin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir.[57]

Yine Ceza mahkemesinin HAGB kararı verirken suç vasfını farklı nitelendirmesi, bunun disiplin suçu oluşturmadığı anlamına gelmediğinden disiplin cezası verilmesine engel değildir.[58]

b. Masumiyet Karinesinin İhlal Edilmediği Yönündeki Kararlar

Danıştay'a göre, HAGB kararı verilmesi sanığa disiplin cezası verilmesine engel değildir. HAGB kararı idari yargılamada ve disiplin soruşturmasında davacının leh veya aleyhinde sonuç doğurmaz. Danıştay, hakkındaki ceza mahkemesinin nitelikli dolandırıcılık suçundan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün geri bırakılan zabıt katibinin memurluktan çıkarılmasına ilişkin kararın iptali için açtığı davada, davayı reddeden idare mahkemesinin kararında TCK'ya atıfla eylemin sübut bulduğu şeklinde ifade kullanmasının masumiyet karinesini ihlal etmediğine hükmetmiştir.[59]

Bir uyuşmazlıkta vergi müfettişi olarak görev yapan davacı hakkında "İcbar suretiyle irtikap" suçundan açılan kamu davasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Davacı hakkında 657 s. DMK m.115/E-g uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına İlişkin Yüksek Disiplin Kurulu kararının İptali ve işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal hakların yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmiştir. İdare mahkemesi işlemi iptal etmiş, Bölge İdare Mahkemesi de istinaf başvurusunu reddetmiştir. Temyiz aşamasında Danıştay şu gerekçeyle kararı bozmuştur: "… disiplin soruşturması kapsamında elde edilen deliller ve İfadeler dikkate alındığında, davacının üzerine atılı fliljn yüz kızartıcı nitelikte olduğu sonucuna varıldığından, disiplin hukuku açısından bir suç oluşmadığının kabulüne olanak bulunmadığı gibi, disiplin cezası verilmesine de engel teşkil eden bir durumun bulunmadığı açıktır. Bu durumda, soruşturma raporu İçeriği bilgi ve belgelere göre davacının üzerine atılı eylemlerin niteliği İtibarıyla yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler olduğu, isnat edilen disiplin suçunun sübuta erdiği ve İdarece tesis edilen işlem hukuka ve usule uygun olduğundan, dava konusu işlemin İptali yönündeki Antalya 1. İdare Mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddi yolundaki temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."[60]

---

[57] Danıştay, 12. D., 13.6.2014, E.2012/7505, K.2014/5009, HATİPOĞLU, s.94

[58] Danıştay 12.D, 20.03.2018, E 2016/7084 K 2018/1220, KESKİN, s.28.

[59] "Ceza Mahkemesi kararı ile davacı hakkında mahkumiyete hükmedilip hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi karşısında; İdare Mahkemesince, Türk Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil ettiği gerekçedeki anlatımla kabul edilen eylemin sübuta erdiği şeklinde ifade kullanılmasında, masumiyet karinesi uyarınca hukuki isabet görülmemiş ise de; davacının zabıt katibi olarak görev yaptığı sırada, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunması sebebiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesi uyarınca memurluktan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ve bu karar uyarınca memurlukla ilişiğinin kesilmesine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından, bu husus, anılan kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.", Danıştay 16.D, 24.3.2016, E.2015/896, K.2016/1858, Erişim: https://hukuk.medeniyet.edu.tr/documents, E.T. 15.7.2023.

[60] Danıştay 12.D, 14.10.2021, E.2021/572, K.2021/4911, Erişim: https://www.memurlar.net, E.T. 20.2.20233.

FETÖ üyesi oldukları gerekçesiyle 672 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye dayanılarak kamu görevinden çıkarılan davacılardan ceza mahkemesince mahkûmiyetlerine ve HAGB'na karar verilen kamu görevlilerinin bilahare açtıkları göreve iade talepleri idare tarafından reddedilmiştir. Bu işlemlerin iptali için açılan çok sayıda davada idari yargı organları tarafından ret kararı verilmiştir. Danıştay davacıların "ceza hukukuna ilişkin tüm ilkelerin, insan hakları ve adil yargılanma hakkının tüm gereklerinin somut olaya uygulanması gerektiği, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği, haklarında yürütülen ceza yargılaması neticesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararının kamu görevlisi olarak çalışmasına engel olmadığı, masumiyet karinesinin, savunma hakkının, adil yargılanma hakkının, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiği, dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu" iddiasıyla yaptıkları temyiz başvuruları istikrarlı şekilde reddedilmektedir. Danıştay genellikle "davacı hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği görülmekte ise de masumiyet karinesi ilkesi gereği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, ilgilisi lehine veya aleyhine bir sonuç doğurmayacağı açık olmakla birlikte, ceza mahkemesi kararından bağımsız olarak, ceza yargılaması sırasında elde edilen delillerin, ilgililerin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile iltisak veya irtibat düzeyinde bir ilişkisinin olup olmadığının belirlenmesi noktasında ayrıca değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu itibarla, davacı hakkında yürütülen ceza yargılamasında, Ağır Ceza Mahkemesinin … sayılı kararında; davacının FETÖ/PDY terör örgütü üyeliği suçundan mahkumiyetine karar verildiği ve TCK'nın 'etkin pişmanlık" hükümleri kapsamında ceza indirimi yapıldığı ve etkin pişmanlıktan faydalanan davacının iltisak ve irtibat düzeyindeki ilişkisinin kendi samimi ikrarı ile ortaya konulduğu(nun) anlaşıl" dığı şeklinde gerekçe belirtmektedir.[61]

Ceza Mahkemesinin görevi gereği kendisine teslim edilen malı zimmetine geçirmeye teşebbüste bulunmak suçunu işlediğinden bahisle hakkında mahkumiyetle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verdiği bir sanığın çıkarma işleminin iptali için açtığı davada tesis edilen ret kararını, Danıştay, "davacı hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı (nın) …. bu aşamada hukuki etkiye sahip olmadığından ve bu karara dayanılması masumiyet karinesi ile de çelişeceğinden, Mahkemenin ceza yargılaması sonucuna göre karar vermesinde hukuki isabet görülmemiş ise de, disiplin hukuku açısından yapılan incelemede, davacının üzerine atılı fillerin sübuta erdiği ve eylemine uyan disiplin cezası ile cezalandırıldığı anlaşıldığından, sözü edilen husus sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte bulunma"dığı gerekçesiyle onamıştır.[62]

Danıştay, hırsızlık suçundan dolayı verilen hapis cezası hükmünün açıklanması geri bırakılan büro elemanının sözleşmesinin feshine ilişkin açılan iptal davasını reddeden ilk derece mahkemesi kararını

[61] Danıştay 5.D, 22.3.2022, E. 2020/4695, K. 2022/1284; 5. D, 20.4.2022, E. 2021/1922, K. 2022/2460; 5. D, 26.4.2022, E.2021/721, K. 2022/2696; 5. D, 11.5.2022, E.2021/2772, K.2022/2945. Kararları için bkz. https://www.adalet.gen.tr, E.T. 25.4.2023; DİDDK, 13.10.20221, E.2021/1216 K. 2021/1754;

[62] 12.D, 28.11.2017, E.2017/908, K.2017/6060, DD, S.147, 2018, s.266-270.

oyçokluğu ile onamıştır. Bir üye HAGB kararının sanık hakkında hüküm doğurmayacağı gerekçesine dayanarak karara muhalif kalmıştır.[63]

Disiplin cezası dışında hakkında HAGB kararı verilen failin DMK'nun 137 vd. maddelerine uyarınca görevden uzaklaştırılmasına da engel teşkil etmemektedir.[64]

c. Masumiyet Karinesinin İhlal Edildiği Yönündeki Kararlar

Uygulamaya bakıldığından Danıştay'ın disiplin soruşturması sürecinde masumiyet karinesi tespit ettiği kararlara pek rastlanmamaktadır. Esasen bu tür kararlara karşı genellikle bireysel başvuru sonucu Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verildiği görülmektedir. Bunun örnekleri yukarıda verilmiştir. Bu çerçevede kamu görevlisi olmamakla birlikte kamu kurumu olan üniversiteden çıkarılma işlemine karşı açılan iptal davasını örnek gösterebiliriz. Gülhane Tıp Fakültesi öğrencisi olan bir davacı hakkında "silahlı terör örgütüne üye olma" suçunudan dolayı Ağır Ceza Mahkemesi tarafından hapis cezası ve bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Öğrenci hakkında buna dayanarak idarece "yüksek öğretim kurumundan çıkarma" cezası verilmiştir. Açılan davada idare mahkemesi "bu durumda, ceza kanunu yönünden saptanan fiil nedeniyle davacı hakkında bir ceza verilmiş ise de, bu cezanın yasada belirtilen koşulların oluşması sebebiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dönüştürülmüş olduğu ve anılan kararla birlikte davacıya verilen cezanın askıya alındığı, bu itibarla 5271 sayılı Kanunun 231.maddesinin beşinci fıkrası hükmü uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının davacı (sanık) hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağı, (…) dava konusu disiplin cezasının tatbik edilebilmesi için Yönetmeliğin 9/1-a maddesi kapsamında belirtilen suçlar yönünden kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmadığı, bu nedenle bahsi geçen işlemin hukuka aykırı olduğu" gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Bölge İdare Mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir. Danıştay temyizen kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görmemiştir."[65]

SONUÇ

HAGB kararı "kesin mahkûmiyet hükmü" olarak nitelendirilemeyeceğinden ve esasen hükmün açıklanması belirli bir süre ertelenmiş olduğundan disiplin soruşturmasında lehe ve aleyhe sonuç doğuracak şekilde kesin bir delil olarak kabul edilemez. Başta genellikle suç fiili ile disiplinsizlik oluşturan davranışın nicelik ve nitelik itibariyle birebir ayniyet göstermemesi olmak üzere disiplin hukuku ceza hukukundan farklı farklı kural ve ilkelere tâbidir. Kamu görevlisinin fiili, disiplin yaptırımı gerektiren bir hal olarak ortaya çıkabileceği gibi ceza hukuku anlamında suç tanımına uyabilir. Her halükârda ilkesi gereği disiplin soruşturması ile ceza yargılaması birbirinden bağımsız yürütülmelidir. Aynı fiilden dolayı ilgilinin nasıl suçluluğun sabit bulunduğu ve mahkûmiyet hükmü bulunduğu kabul edilemezse, aksine hakkında kesin mahkûmiyet bulunmadığı gerekçesiyle hiçbir şekilde disiplin uygulaması yapılamayacağı da ileri sürülemez. Önemli olan kişiye suçlu muamelesi yapılmamasıdır. Bundan dolayı kararın sözü itibariyle masumiyet karinesini

[63] Danıştay 12. D, 16.12.2019, E: 2019/5150; K.2019/10177.

[64] SEZER/İPEK, s.70; EPÖZDEMİR, s.312; TAŞDEMİR, s.346.

[65] Danıştay 8.D, 16.12.2021, E.2021/4693, K.2021/6391, https://www.adalet.gen.tr, E.T. 25.4.2023.

zedeleyecek ifade ve ibarelerden kaçınmalı, özü itibariyle kararın gerek bütününden gerek belirli cümlelerinden hareketle suçlu anlamı çıkarılamamalıdır.

Bu konuda, ilgililer hakkındaki masûmiyet karinesinin ihlâl etmeden kamu hizmetlerinin düzgün yürütülmesini sağlayabilmek için, disiplin mevzuatında bir değişiklik yapılarak, hakkındaki ceza hükmünün açıklanması geri bırakılan kamu görevlisine aynı eylemlerinden ötürü verilen disiplin cezasının da, 5271 sayılı Kanun'un 231'inci maddesindeki düzenlemeyle paralel olarak açıklanmasının geri bırakılması şeklinde bir hüküm konulması teklif edilmektedir.[66] Biz de disiplin cezalarının 5 ve 10 yıllık sürelerde dosyadan silinebilmesi, Danıştay tarafından disiplin cezalarının geri alınamaması ilkesinin benimsenmiş olması gibi olgulara da dikkate alarak meslek ve memuriyetinin başında verilen disiplin cezasından dolayı damgalanan kamu görevlisine bir şans tanınması gerektiği ve hiç olmazsa belli cezalarının bir infisahi bir deneme süresi zarfında ertelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kaynakça

ARTUÇ, Mustafa: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 2.B, Ankara 2013.

BAŞTÜRK, İhsan: *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi*, 2. B, Bilge Yayınevi, Ankara, 2021

BUCAKTEPE, Adil: *Ceza Mahkûmiyetinin Devlet Memurluğuna Etkisi*, Ekin Kitabevi, Bursa 2015.

COŞAR, Özkan: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Hukukuna Etkisi,* Erişim: https://www.malikilavuz.com, E.T. 20.5.2023.

ÇINARLI, Serkan / ARSLAN HIZAL, Sevinç: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi," *Jürix,* s.17/29, https://jurix.com.tr/article/9143, E.T.:10.5.2023.

EPÖZDEMİR, Rezan: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması,* 2.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

GÜNAY, Erhan: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması***,** Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

GÜNGÖR, Devrim / OKUYUCU-ERGÜN, Güneş: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," *AÜHFD*, C.65, S.4, 2016, s. 1951-1965.

HATİPOĞLU, Sezgin: "Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukuku Bakımından Bağlayıcılığı," *DD*, S.141, 2016, s.87-96.

HOROZGİL, Denizhan: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılma*sı, AÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Ankara 2016.

IŞIKLAR, Celâl: *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019

KALE, Harun: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi," *Terazi Hukuk Dergisi,* C.6, S.60, 2011, s.4-47.

[66] HATİPOĞLU, s.96.

KARAASLAN, Mehmet: "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", *AÜHFD*, C.58, S.1, 2009, s.95-138.

KESKİN, İbrahim: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme," *TAAD,* C.14, S. 54, 2023, s.-38.

KUMBASAR, Enver: *Hükmün Açıklanmasının geri Bırakılması*, MÜSBE, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 2011.

PINAR, İbrahim: "Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, Cezaların Ertelenmesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararlarının Memuriyete/ Kamu Görevine Alınmaya ve Memuriyetin/Kamu Görevinin Devamına Etkileri," *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y.3, S.26, Ekim 2008, s. 87.

PINAR, İbrahim / ÇALIŞKAN, Öner: *Disiplin Suç ve Cezala*rı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

SARIGÜL, Ali Tanju: "Türk Ve Alman Hukuku'nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," *TBB Dergisi*, S.118, 2015, s.125-162.

SANCAKDAR, Oğuz / ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif / DURSUN ÖZDEMİR, Gizem / YAĞCI Pınar / SEYHAN, Serkan / KARACA, Egemen: *Disiplin Hukuku,* Turhan Kitapevi, Ankara 2022.

SEZER, Yasin / İPEK, Ali İhsan: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Kamu Personel Hukukuna Etkisi," *TAAD,* C.1, Y.1, S..3, s.4

SÖKMEN, Uğur: "Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri," *Maliye Dergisi,* S. 158, 2010, s.618-639.

SÜMER, Seda Yağmur: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Memuriyete Etkisi," TBB Dergisi, S.161, 2022, s.85-143.

TAŞDEMİR, Kubilay: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Kendi Yayını, Ankara 2016.

TULAY, M. Emre: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği Ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme," AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S.4, 2021, s.477-525.

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

YENİAY, Lokman: "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Yargı Ayrılığı Sistemi Üzerine Bir İnceleme," *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi,* C.26, S.1, 2020, s.161-189.

YILDIRIM, Akif: "Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Masumiyet Karinesi," Jürix, s.1-17, https://jur_x.com.tr/art_cle/4193, E.T. 15.5.2023.

YILDIRIM, Akif: "Disiplin Soruşturmalarında "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" Kararlarına Dayanılması Masûmiyet Karinesinin İhlâli Sayılır mı?" *Jürix,* s.4/9, Erişim: https://jur_x.com.tr/art_cle/2355, E.T.: 15.3.2023 [Disiplin].

YILMAZ, Enes: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme,” *Kırıkkale Hukuk Mecmuası,* C.1, S.2, 2021, s.269-292.

YÜZBAŞIOĞLU, Cihan: “Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi”, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014/1, C.1, S.1, 2014, s.687-756.

JANDARMA PERSONELİNE İLİŞKİN KONTROL ALTINA ALMA TEDBİRİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Av. Doç Dr. Celâl IŞIKLAR*

ÖZET

31.1.2018 tarih ve 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanunun 11. maddesinde jandarma personeli hakkında özel bir hürriyeti kısıtlayıcı tedbir öngörülmüştür. Buna göre komutanlar disiplinsizlik, sarhoşluk, zararın engellenmesi ve benzeri sebeplerle emri altındakileri geçici olarak yakalayıp kontrol altına alabilirler veya aldırabilirler. Ancak kontrol altına alma tedbiri münhasıran terörle mücadele harekâtı kapsamındaki operasyonlarda uygulanabilir. Tedbir aynı sebeplerle, Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli hakkında da (sadece gemilerde) uygulanabilmektedir.

Kanunda disiplin yaptırımı sayılan bu tedbir idari nitelikte, önleyici, geçici, kısıtlayıcı, geri alınabilir ve devredilemez bir işlemdir. Bu tedbir hüküm ve sonuçları itibariyle ceza hukukundaki koruma tedbirlerinden) yakalama yetkisine benzemektedir. Ancak bu tedbir ondan farklı ve ek bir yetkidir.

Terör ile mücadele harekâtı, terör örgütlerini yok etmek ve eylemlerini önlemek için gerçekleştirilen geniş kapsamlı güvenlik faaliyetidir. Bu çerçevede yapılacak operasyonlar ise daha kısa süreli, sınırlı, icrai ve somut hedeflere yönelik belirli eylemlerdir. Terör kavramı 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda tanımlanmıştır.

Tedbir operasyon komutanının uygun gördüğü mahallerde ve yirmidört saati geçmeyecek şekilde uygulanabilir. Kontrol altına alınanlarla ilgili olarak durumun gerektirdiği tedbirler, disiplin amirlerince alınır veya alınması sağlanır. Bu konularda ölçülü davranmak gerekir. Tedbir süresinin oniki saati geçmesi halinde, personelin yakınlarına ve tedbiri uygulayan komutanın üstüne en kısa sürede bilgi verilmesi gerekir.

Tedbir uygulanan failin fiilinin disiplin suçu oluşturması halinde, duruma göre faile ya ceza azami hadden verilir, ya da bir üst derecedeki ceza yaptırımı uygulanır. Bize göre m.11/3, ikinci cümle hükmü açık ve belirli olmadığından Anayasanın hukuk devleti ve kanunilik ilkelerine aykırıdır.

Tedbir, AİHS'nin 5. maddesindeki "Hürriyet ve Güvenlik Hakkı" ile yakından ilgilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi kararları açısından tedbirin normal şartlarda sözleşmeye aykırı olmadığı söylenebilir. Ancak suç isnadı söz konusu ise, kişi yirmidört saat içinde mutlaka hâkim önüne çıkarılmalı veya salıverilmelidir.

* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim üyesi, AYİM Onursal Başsavcısı, Ankara Barosu Avukatı, e-posta: celal.isiklar@karatay.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7239-6142.

Esasen uygulamasına pek rastlanmayan bu tedbirle ilgili işlem ve eylemlere karşı idari yargı yolu açıktır.

Anahtar Kelimeler: Geçici olarak kontrol altına alma tedbiri, Jandarma, Terör ile mücadele operasyonu, Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, Disiplin, İdari yaptırım.

THE MEASURE FOR CONTROLLING THE GENDARMERIE PERSONNEL AND ITS LEGAL NATURE

ABSTRACT

In Article 11 of the Law on the Adoption of the Decree-Law on General Law Enforcement Disciplinary Provisions, dated 31.1.2018 and numbered 7068, a special freedom-restricting measure is envisaged for the gendarmerie personnel. Accordingly, commanders can temporarily catch and control those under their command, or have them controlled, for indiscipline, drunkenness, prevention of harm and similar purposes. However, the measure for controlling can only be applied in operations within the scope of counter-terrorism operations. For the same reasons, the measure can also be applied to the personnel of the Coast Guard Command (only while on board the ships).

This measure, which is considered a disciplinary sanction in the law, is an administrative, preventive, temporary, restrictive, revocable and non-transferable action. This measure, in terms of its terms and consequences, is similar to the power of capturing, which is one of the protection measures in criminal law. However, this measure is a different from this authority and additional authority.

The counter-terrorism action is a wide-ranging security activity carried out to destroy terrorist organizations and prevent their actions. The operations to be carried out within this framework are shorter-term, limited, executive and specific actions aimed at concrete targets. The concept of terrorism is defined in the Anti-Terror Law No. 3713.

The measure may be applied in the locuses deemed appropriate by the operation commander and in such a way that it does not exceed twenty-four hours. The measures required by the situation regarding those who are under control are taken or ensured to be taken by disciplinary supervisors. It is necessary to act with moderation in these matters. If the duration of the measure exceeds twelve hours, it is necessary to inform the commander's superior who applies the measure and the relatives of the personnel as soon as possible.

If the actual of perpetrator to whom the measure is applied constitutes a disciplinary offense, depending on the situation, either the maximum penalty is imposed on the perpetrator, or one degree higher of criminal sanction is applied. İn our opinion, Art.11/3-second sentence is not clear and certain, it is contrary to the principles of the rule of law and of legality of the Constitution.

The measure is closely related to the "Right to Liberty and Security" in Article 5 of the ECHR. In terms of the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court, it can be said

that the measure is not in violation of the contract under normal conditions. However, if there is a criminal charge, the person must be brought before a judge or released within twenty-four hours.

In fact, administrative judicial remedy is open against the transactions and actions related to the measure, which is rarely applied.

Keywords: Measure for temporarily controlling, Gendarmerie, The counter-terrorism operation, Right to personal liberty and security, Discipline, Administrative sanction.

GİRİŞ

Son yıllarda ülkemizin idari sisteminde ve düzeninde önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bu cümleden olarak, Jandarma ve Sahil güvenlik teşkilatları, TSK'lerinin bir parçası olmaktan çıkarılarak, tamamen İçişleri Bakanlığına bağlı bir genel kolluk kuruluşu haline getirilmiş; buna paralel olarak da bu teşkilatların daimi personeli asker sıfatını kaybederek tamamen 657 sayılı DMK'na tâbi Devlet memuru statüsünü hâlini almıştır.[1] Bu itibarla, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünün dayanağını oluşturan 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 83. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olmasını da[2] dikkate alan Bakanlar Kurulu 682 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çıkarmıştır.[3] Bu KHK, 31.1.2018 tarih ve 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun ile aynen kabul edilmiştir.

Genel kolluk personeline uygulanacak disiplin yaptırımları ve disiplin soruşturmasının usul ve esaslarını düzenleyen 7068 sayılı Kanunun 11. maddesinde Türk personel hukukunda yeni bir tedbir olan geçici olarak kontrol altına alma tedbirine yer verilmiştir. Sadece Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığında belli hal ve şartlarda uygulanması söz konusu olan bu tedbirin kaynağı 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 28. maddesidir.[4]

---

1 OHAL kapsamında genel kolluk teşkilat ve personeli ile ilgili olarak 27.7.2016 tarihinde yürürlüğe giren 25.7.2016 tarih ve 668 sayılı KHK'yle 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 15. ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 21. maddeleri değiştirilmiştir. Bu düzenlemeler disiplin işlerine ilişkin özel kanun çıkarılana kadar jandarma ve Sahil Güvenlik personelinin disiplin suç ve cezalarının Emniyet Teşkilatı disiplin mevzuatına göre belirlemesi, hususlarda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. 668 sayılı KHK ile getirilen bu hükümler, 24.11.2016 tarihinde yürürlüğe giren 8.11.2016 tarih ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler İle Bazı Kurum Ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile TBMM tarafından kabul edilerek kanunlaşmıştır. Geniş bilgi için bkz. Celâl IŞIKLAR: *Genel Kolluk Disiplin Hükümleri, 682 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname,* Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 5 vd. [Genel Kolluk]. Bu çalışmada geniş ölçüde şu çalışmamızdan yararlanılmıştır: IŞIKLAR, Celâl: "Genel Kolluk Personeline İlişkin Geçici Olarak Kontrol Altına Almanın Hukuki Mahiyeti," *Legal Hukuk Dergisi*, C.17, S.119, 2019, s.1611-1644. [Kontrol Altına Alma]

2 Bkz. AYM, 13.01.2016, E.2015/85- K.2016/3 (RG: 29.1.2016-29608).

3 2.1.2017 tarihinde kabul edilen 682 sayılı KHK, 23.1.2017 gün ve 29957 sayılı, bunun aynen kabulüne ilişkin 31.1.2018 sayılı ve 7068 sayılı Kanun 8.3.2018 gün ve 30354 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

4 IŞIKLAR, *Genel Kolluk*, s.437 vd.; IŞIKLAR, "Olarak Kontrol Altına Alma", s.1613.

İdari merci ve makamlar tarafından uygulanabilen hürriyeti kısıtlayıcı nitelikteki bu idari tedbir, hüküm ve sonuçları itibariyle ceza hukukuna özgü gözaltı ve yakalama tedbirlerine benzemektedir. Bu bakımdan tedbirin, hukuk devletinde temel bir insan hakkı olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m. 3 ve 9) ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (m. 9) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.5) gibi uluslararası belgeler ile Anayasamızda (m.19) ve kanunlarımızda birtakım güvencelerle koruma altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgisi açıktır.[5]

I. KONTROL ALTINA ALMA TEDBİRİNİN YASAL KAYNAĞI VE DAYANAĞI

7068 Sayılı TSK Kanun'un geçici olarak kontrol altına alma tedbirini düzenleyen 11. madde hükmü şöyledir:

> *"(1) Jandarma Genel Komutanlığının terörle mücadele harekatı kapsamındaki operasyonlarında ve Sahil Güvenlik Komutanlığının seyir halindeki gemi ve botlarında, bunların komutanları, diğer kanunlar ile verilmiş yakalama yetkisi haricinde aşağıdaki durumlardan birisi bulunduğunda veya benzer bir amaçla emri altındakileri geçici olarak kontrol altına almaya veya aldırmaya yetkilidir.*
>
> *a) Kendisine, başkalarına veya çevresine ya da hizmete ait bir eşyaya zarar vereceği açık bir şekilde belli olanların bu durumunun engellenmesi.*
>
> *b) Ciddi şekilde bozulan disiplinin yeniden tesis edilmesi.*
>
> *c) Sarhoşluk süresince kişinin kontrol altında tutulması.*
>
> *(2) Kontrol altında bulundurma, bu amaç için hazırlanacak mahallerde, Jandarma Genel Komutanlığı için operasyon komutanının uygun gördüğü mahallerde ve yirmidört saati geçmeyecek şekilde uygulanır. Tedbir süresinin oniki saati geçmesi halinde, personelin yakınlarına ve tedbiri uygulayan komutanın üstüne en kısa sürede bilgi verilir.*
>
> *(3) Kontrol altına alınanlarla ilgili olarak durumun gerektirdiği tedbirler, disiplin amirlerince alınır veya alınması sağlanır. Bunlar hakkında disiplin cezası uygulamasında, eyleminin karşılığı olan cezanın üst sınırı ceza üst sınırdaysa veya cezanın üst sınırı yok ise bir üst ceza uygulanır."*

Harun YILMAZ: *7068 Sayılı Kanundan Hareketle Genel Kolluk Disiplin Rejimi,* Onikilevha Yayınları, İstanbul 2022, s.169 vd. Düzenlemenin kaynağı durumundaki m.28 hükmüyle ilgili olarak bkz. Olgun DEĞİRMENCİ/Battal TANRIVERDİ: *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi,* , 3.B., Seçkin Yayınevi Ankara 2017, s.394 vd.; Murat YAMAN: *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu,* 2.B, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.590 vd.; Fahrettin DEMİRAĞ: *Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.291 vd.; Celâl IŞIKLAR: *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ve Yorumu*, C.II, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.1120 vd. [Disiplin Kanunu]. Genel kolluk disiplin ve ceza soruşturmasına ilişkin bir çalışmada tedbir hakkında madde hükmündeki veriler tekrarlanmakla yetinilmiştir. Bkz. İbrahim PINAR: *Genel Kolluk Disiplin ve Ceza Soruşturması Usul ve Esasları*, Ankara 2018, s.409-410.

[5] Osman DOĞRU/Atilla NALBANT*: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C.1, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara 2012, s.366. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfî olarak müdahale etmemesini güvence altına alan eski, temel ve köklü bir hak olduğu hakkında, AİHM, Medvedyev ve diğerleri/Fransa, B.No:3394/03, 29.3./2010, pr.76; AYM, CD ve EG başvurusu, B. No: 2015/18567, 25.2.2016, pr. 62.

Bir kolluk gücü olarak sahip olduğu yetkilerin temel hak ve hürriyetleri sınırlayabilmesinin yanı sıra personelinin asker gibi disipline edilmesinin gerekmesi, jandarmanın (ve Sh.GK'lığının) farklı bir disiplin rejimine tâbi olması sonucunu doğurmuştur. Bu sebeple TSK mensubu asker olmaktan çıkmış olsa da hâlen askerî hiyerarşi düzenini koruyan jandarma ve sahil güvenlik personeli hakkında, kontrol altına alma gibi (m.11) polisten ayrı ve ek bazı hükümler konulmuştur.[6] Esasen m.11 hükmünün 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 28. maddesi esas alınarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

II. KONTROL ALTINA ALMA TEDBİRİNİN HUKUKİ MAHİYETİ

Tedbir birel idari işlem özelliği taşıyan bir disiplin yaptırımı olduğu gibi, aynı zamanda cezayı ağırlaştırma sebebidir.

A. Tedbirin Birel İşlem Niteliği

KAAT ceza kanunlarında düzenlenen yakalama ve gözaltına almaya benzeyen, ancak bunlardan ayrı ve bağımsız, kişi özgürlüğüne kısmen kısıtlama getirebilen, idari işlem niteliğinde bir tedbirdir.[7] Kanunda KAAT yetkisinin diğer kanunlar ile verilmiş yakalama yetkisinin haricinde, dolayısıyla bunlardan ayrı, ek ve özel bir yetki olduğu açıkça belirtilmiştir.

İdari işlem teorisi açısında kontrol altına alma kararı ve türev işlemleri, esasen diğer kolluk işlemlerinin özelliklerini taşırlar. Kolluk işlemlerinin gibi, bu kontrol altına alma işlemlerinin yöneldiği amaç büyük önem arz etmekte, öngörülen özel amaçları sağlaması gerekmektedir. Yetkinin özel amacı dışında kullanılması duruma göre yetki saptırması veya usul saptırması oluşturabilir. Keza, idareyi tedbire sevk eden sebep ile konu arısında sıkı bir bağ bulunduğundan, aradaki dengenin doğru ve uygun kurulmasını gerektirmektedir. Yani AY m.13 gereği kişi hürriyetinin sınırlandırılması ile bunu gerektiren hal arasında ölçülülük ilkesine uyulmalıdır. Kontrol altına alma işlemleri, şekil unsuru yönünden kolluk ve diğer idari işlemlerden esas itibariyle farklı değildir. Bununla beraber, nasıl bazı kolluk işlemleri gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sözlü olabiliyor ise bu tedbir de sözlü olarak alınabilir. Sözlü işlem teknik veya başka bir araç veya iletişim kanallarıyla ilgililere iletilebilir. Bu takdirde işlemin mümkün olur olmaz yazıyla tekrarlanıp doğrulanması lazım gelir.[8]

Tedbire ilişkin işlemler[9] sebebi belirli, muhatabının iradesi dikkate alınmadığından her zaman tek taraflı işlemlerdir. Gerek muhatabı gerek uygulayıcıları belli bir hukuki duruma soktuğundan Tedbir kararı şart

---

[6] Bu durum madde gerekçesinde, *"(t)oplu bir yaşamın sürdürüldüğü ve disiplinin muhafazasının hayati derecede önemli olduğu Jandarma Genel Komutanlığının terörle mücadele harekâtı kapsamındaki operasyonlarında ve Sahil Güvenlik Komutanlığının seyir halindeki gemi ve botlarında yaşanan bazı ciddi durumlarda, topluluğun diğer fertlerinin menfaati adına bu tür bir yetkinin olmasının zorunlu olduğu değerlendirilmiştir."* şeklinde açıklanmıştır.

[7] IŞIKLAR, *Genel Kolluk,* s.438; "Kontrol Altına Alma", s.1617. Karş YILMAZ, s.173. 6413 SK m.28 hükmü bağlamında bkz. IŞIKLAR, *Disiplin Kanunu*, s.1121, 1129.

[8] Birel kolluk işlemleri yönünden bkz. Lütfi DURAN: *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜHF Yayını, İstanbul 1982, s.266-267.

[9] Kolluk yetkisinin somut olay ve kişilere kullanılmasına yönelik işlemin bireysel nitelikli olduğu hakkında, A Ender Ethem ATAY: *İdare Hukuku*, 6.Basıya ek tıpkı bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.693.

işlem mesabesindedir. Tedbir en fazla 24 saat uygulanabildiğinden, gerek bizzat bu kararın gerekse icra sürecindeki türev işlemlerin –özgül ve birel kolluk karar ve tedbirleri gibi-[10] kısalığı ölçüsünde uygulanmakla tükenen işlemlerden olduğu söylenebilir.

Kontrol altına alma yetkisi doğrudan kamu gücüne dayanan münhasır bir yetkidir. Kamu düzenine ve disipline ilişkin olduğundan devredilemez niteliği sahiptir. Bir nevi idari kolluk yetkisi olduğundan bu yetkiler gibi devredilemez.[11] Disiplin amiri aldığı kararı başkalarına uygulatabilir ise de bu yetkisini yazılı da olsa başka amire veya üste devredemez. Vekalet edenler asilin yetkilerine sahip olduğundan vekil amirler -sicil verme yetkisine paralel olarak oda hapsi cezası verme yetkisi de bulunmak, yani disiplin amiri sıfatını taşımak kaydıyla- bu tedbire başvurabilirler.

İdari işlemleri muhatapları üzerindeki etkileri bakımından "yükümlendirici idari işlemler" ve "yararlandırıcı idari işlemler" olarak ayrılırlar. Yükümlendirici işlemler, ilgili kişiden belli bir davranışta bulunmayı, bulunmamayı veya belli bir davranışa göz yummayı isteyen işlemler olduğuna göre,[12] bu tedbirin de aynı mahiyette olduğu açıktır.

Genel kabul disiplin cezalarının geri alınamayacağı şeklindedir.[13] Buna karşılık, tedbir ile ilgili karar ve işlemler genel olarak yükümlendirici nitelik taşıdıklarından, korumak gayesiyle yapılsa bile kontrol altına alınan lehine kazanılmış hak oluşturmazlar. Bu sebeple, kolluk işlemleri gibi[14] tedbir kararı da geri alınabilir.

B. Tedbirin Disiplin Yaptırımı ve Uygulaması Olma Özelliği

Doktrinde bir görüşe göre idari yaptırımlar içinde yer alan disiplin yaptırımları önleme veya bastırma ağırlığının işlevine göre disiplin tedbirleri ve disiplin cezaları olarak ikiye ayrılabilir; yani disiplin cezalarıyla birlikte idari tedbirleri idari yaptırım grubuna dâhil edilebilir. Disiplin tedbirleri, kural dışı bir davranışın önüne geçilmesi, bu suretle kurumun çalışma düzeninin korunması veya bozulan düzenin yeniden sağlanması amacıyla tesis edilen yaptırımlardır. Buna karşılık, disiplin cezaları, kısmi bir hizmet düzenine ilgili kural dışı bir davranışta bulunan kişileri tedip, bastırma, cezalandırma veya ihlali davranışlardan caydırmaya yönelik disiplin yaptırımlarıdır.[15] Bu tedbirler idarece uygulandıkları gibi,

---

10 DURAN, s.266.

11 Kemal GÖZLER: *İdare Hukuku,* C.II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s.435.

12 Metin GÜNDAY: *İdare hukuku,* 7.B., İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s. 122.

13 DURAN, s.414; ATAY, s.948; Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA: *Türk İdare Hukuku*, 14.B., Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s.728. Danıştay uygulaması da aynı doğrultudadır: Dnş. 10.D. 15.2.1990, E. 1989/2490-K.1990/270, DD, S.80, s.432; Dnş. 10.D., 4.4.1985, E. 1984/2635-K.1985/700; Dnş. 10.D., 1.4.1985; E.1985/457-K.1985/663; Dnş. 12.D., 11.4.2007, 20004/848-2007/1765, DD, S.116, s.366 vd.

14 AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.599, 452 vd.

15 Ali ULUSOY: *İdari Yaptırımlar*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.169; Tahir MURATOĞLU: "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu," *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.19, S.30-31, 2014, s.83.Aksine İdari kolluk tedbirlerinin yaptırım olmadığı görüşü için bkz. GÖZLER, C.II, s.488.

uygulanırken idare hukuku usulleri ve genel hukuk ilkeleri esas alındığından, ayrıca idari düzeni korumayı ve sağlamayı amaçladıklarından cezai değil idari nitelik taşırlar.

Kontrol altına alma kararı ve icrasına yönelik işlemler; ceza muhakemesi hukuku bağlamında bir koruma tedbiri değil ise de, yukarıda açıklanan önleme amaçlı idari yakalamanın özel bir türüdür. Nasıl idari kolluğa ilişkin önleme yakalaması sonucunda muhafaza altına alma gözaltının başka bir şekli ise, ileride açıklanacağı üzere KAAT de bir önleme yakalaması olup sonucu kişinin hürriyeti kısıtlanacak şekilde "kontrol altında" tutulmasıdır.

KAAT diğer idari yaptırımlarla karşılaştırılabilir: Tedbir her şeyden önce sarhoşluk hali yönüyle, Kabahatler Kanunu (KK) m.35'deki sarhoşluk kabahatiyle özdeştir.[16] Keza, tedbir e Kabahatler Kanunu m.40'daki «Kimliği bildirmeme» kabahatiyle benzerlik göstermektedir.[17]

C. Tedbirin Cezayı Ağırlaştırma Sebebi Olma Özelliği

Maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesine göre, *"(Tedbir kararı alınanlar) hakkında disiplin cezası uygulamasında, eyleminin karşılığı olan cezanın üst sınırı ceza üst sınırdaysa veya cezanın üst sınırı yok ise bir üst ceza uygulanır."* Bu doğrultuda, hakkında kontrol altına alma kararı alınan failin fiilinin sabit olması halinde, Kanunda öngörülen cezasının alt-üst sınırı varsa azami hadden ceza tayin edilecek; aksi hallerde örneğin alt-üst sınır olmayan uyarma cezası yerine kınama, 24 ay süreli durdurma cezası yerine meslekten çıkarma cezası verilecektir. Burada disiplin amir ve kurulları bağlı yetki içesindedirler. Tedbir sebebinin aynı zamanda disiplin cezasına konu disiplin suçu oluşturması halinde, mutlaka ve mutlaka duruma göre faile ya ceza ağırlaştırılarak verilecek, ya da bir derece ağır ceza verilecektir.[18]

Kabul etmek gerekir ki, bu uygulama bazı hallerde maslahata uygun düşmekte ise de, gerek tatbikinin mutlaklığından, gerek içeriğinin muğlaklığından dolayı, çoğu zaman keyfi uygulamalarla eşitsizliğe ve hakkaniyete aykırı sonuçları yol açabilecek niteliktedir. Burada Kanunun temel mantığından ve sisteminden uzaklaşılarak adeta gizli ve öngörülmemiş bir disiplin suçu ve cezası düzenlenmiştir. Bu sebeple tadilinin gerektiği ileri sürülmüştür.[19] Kanaatimizce bu hüküm açık ve belirli olmadığından Anayasanın hukuk devleti ilkesine ve kanunilik ilkesine aykırıdır.

---

[16] Sarhoşluk/Madde 35 - (1) Sarhoş olarak başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde davranışlarda bulunan kişiye, kolluk görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Kişi, ayrıca sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulur.

[17] Kimliği bildirmeme/Madde 40- (1) Görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiye, bu görevli tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. / (2) Açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılıncaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

[18] Ferit Deniz ESENDEMİR: *Emniyet, Jandarma ve Sahil Güvenlik Teşkilatlarında Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası,* Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.214.

[19] ESENDEMİR, s.215.

III. KONTROL ALTINA ALMA TEDBİRİNİN KAPSAMI VE UYGULAMA ŞARTLARI[20]

Jandarma personeli hakkında KAAT'nin tesis edilebilmesi ve uygulanabilmesi için öncelikle Kanunda gösterilen temel şartların (yetkilinin emri altında olma ve operasyon halinde olma) ikisinin de aynı zamanda ve bir arada (kümülatif) bulunması gerekir. Buna ilaveten üç sebepten (zarar verme veya disiplinin bozulması veya sarhoşluk) birinin de varlığı gerekir.

A. Tedbirin Uygulanmasında Temel Şartlar

1. Birinci Şart: İlgilinin Yetkili Komutanın Emri Altında Olması

Kanun, kontrol altına alma tedbiri tesis ve tatbik yetkisini sadece operasyon komutanlarına (SGK'lığında ise gemi veya bot komutanlarına) tanımıştır. Kanaatimizce, yetki kamu düzenine ilişkin olduğundan "bunların komutanı" ifadesi dar yorumlanmalıdır. Bize göre yetkili komutan bizzat ve fiilen operasyon icra eden teşkilin başındaki kişidir. Dolayısıyla, onun sıralı amirleri bu yetkiye sahip değildir. Kanun "komutan" ifadesini kullandığından, üniforma taşımayan bakan, vali, kaymakam gibi amirler de tedbire başvuramazlar.

Yetkili komutanlar bu tedbiri her kolluk personeline değil ancak emri altındaki kişilere uygulayabilirler. Buradaki "emri altındakileri" ifadesi, yetkili komutanın maiyeti veya kadrolu personeli olarak dar anlamda anlaşılmamalıdır. Maiyetten olmasa bile geçici olarak cari sefer veya operasyon için görevlendirilen ve operasyon komutanın emir-komutasına verilen her türlü kamu görevlisi bu kapsama dâhildir. Yeter ki tedbirin uygulanması aşamasında diğer hal ve şartlarla birlikte emir-komuta münasebeti bulunsun. Hatta jandarma birliğinin komutasındaki operasyona katılan polis teşkilatı mensubuna uygulanabileceği gibi, kanaatimizce köy korucularına da uygulanabilir. Esasen, emri altındakiler ibaresinin genişliği kadar, tedbirden güdülen yarar ve amaç da bu yorumu gerektirmektedir.

2. İkinci Şart: Jandarma Genel Komutanlığı Yönünden Terörle Mücadele Harekatı Kapsamında Operasyon Yürütülmekte Olması

Kontrol altına alma tedbirinin uygulanabilmesi için Jandarma Genel Komutanlığı teşkil ve birimleri tarafından terörle mücadele harekâtı kapsamında yürütülen bir operasyon söz konusu olmalıdır. Ülkeden ülkeye, siyasi kültür ve bakış açısına göre terörizmin tanımı farklılık göstermektedir. Terörizm askerî olmayan kişi ya da gruplar tarafından politik amaçlı şiddet kullanımı[21] veya siyasî amaca ulaşmak için korku ve dehşet salma[22] olarak tanımlanabilir. Buradaki terör kavramı 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda tanımlanmıştır.[23] Terör ile mücadele harekatı ise, terör örgütleri ile bunların işleyiş ve

---

20 IŞIKLAR, "Kontrol Altına Alma", s.1621 vd.

21 Ümit ÖZDAĞ: *Türk Ordusunun PKK Operasyonları*, 2.B., Pegasus Yayınları, İstanbul 2007, s.29.

22 Andrew MANGO: *Türkiye'nin Terörle Savaşı*, 2.B., Çev. Orhan AZİZOĞLU, Doğan Kitap, İstanbul 2005, s.122.

23 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na göre, *"Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya*

eylemlerine karşı yürütülen güvenliğe yönelik iş, tedbir ve faaliyetler bütünü demektir. Operasyon ise, güvenlik gücünün belli ve somut amaç ve hedeflere yönelik belirli bir dizi işlem ve fiilleridir. Terörle mücadele harekâtı genel kapsamlı, geniş çaplı ve zamanlı, sürekli bir niteliğe sahip iken, operasyonlar bunun içinde yer alan, daha belirli kapsama sahip, zaman ve mekanca sınırlı, belli süreli ve aralıksız icra edilen bir dizi işlem ve eylemdir. Örneğin, PKK terör örgütüyle ilgili uzun süredir özellikle Güney ve Doğu Anadolu bölgelerinde askeri birlik ve genel kolluk teşkilleri tarafından yürütülen harekât içerisinde bir köyü basan veya arazide saklanan teröristlerin takibinden etkisiz hale getirilmesine kadar sürdürülen faaliyete operasyon denir.

Terörle mücadele harekâtı kapsamında operasyon asayiş operasyonu ile aynı şey değildir. Ancak bunlardan birinin diğerinin yerini alması mümkündür.

Kısaca işaret etmek gerekirse, tedbirin Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli hakkında uygulanabilmesi için olay Sahil Güvenlik Komutanlığının seyir halindeki gemi ve botlarında vuku bulmalıdır.

B. Tedbiri Gerektiren Hal ve Sebepler

Maddede üç hal gösterilmiş ise de bunlar tahdidi değil tadâdidir.[24]

1. İlgilinin Kendisine veya Çevresine Zarar Vermesini Engelleme

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, *kendisine, başkalarına veya çevresine ya da hizmete ait bir eşyaya zarar vereceği açık bir şekilde belli olanların bu durumunun engellenmesi* için kontrol altına alınabileceği düzenlenmiştir. Burada zararın gerçekleşmesi değil, açık ve yakın zarar tehlikesi ve ihtimali arandığından, failin zarara yol açan fiillerde bulunması gerekmez. Keza "açık bir şekilde belli olma" tabirinden anlaşılacağı gibi, zarar verme/uğrama halinin fiziki alemde ayan beyan tezahür etmesi gerektiğinden, ilgili salt şüphe üzerine veya jest ve mimiklerine dayanarak tahminen kontrol altına alınmamalıdır. Şüphesiz zarar verme/zarara uğrama ihtimali yoksa tedbire başvurulmamalıdır. Örneğin operasyon sürerken kriz geçiren personelin arkadaşlarına saldırması gibi.

Düzenlemeye göre, zarar tehlikesi altında olan ilgilinin kendisi (vücudunu jiletleme hastalığı, intihara teşebbüs vb.) veya kamu görevlisi veya sivil herhangi bir başka kimse (jandarma personeline silah yöneltme, kadın ve çocuklara cinsel istismara kalkışma vb.) veyahut çevre (havaya sinir gazı sıkması, otları ateşe vermesi vb.) yahut da devlet malı (silahları denize atma, yatakhaneyi ateşe verme vb.) olabilir.

Maddede hizmete mahsus eşyadan bahsedilmekle beraber, hizmette kullanılan at, köpek gibi hayvanları bu kapsamda düşünmek gerekir. Keza, bir memurun bulunduğu mekâna zarar vermesi de çevresini

---

ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

[24] Benzer şekilde YAMAN, s.592.

zarara uğratmaktır. Her hal ve şartta zarar tehlikesine failin hal ve hareketleri yol açmalıdır. Salt zarar uğrama ihtimali var diye bir kimsenin kontrol altına alınması mümkün değildir.[25]

Zarar yol açabilecek hal ve/veya zarar tehlikesinin ortadan kalktığı takdirde, içinde bulunulan somut durumun gereklerine göre hareket edilmelidir. Eğer olay kişinin tutuklanmasını ve gözetim altına alınması gerektirecek aciliyet ve ağırlıkta ise (diğer kontrol sebepleri de dikkate alınarak) tedbirin uygulanmasına devam edilmeli ve ilgili adli makamlara sevk olunmalıdır. Örneğin, gözü dönerek silahlı saldırıda bulunan jandarma personeli, öfke ve cinnet hali geçse dahi savcılığa sevke kadar kontrol altında tutulur. Keza, kendini jiletleyen veya intihara kalkışan kişi daha sonra bu haline son verse bile, disiplin amirleri sağlık kuruluşlarına sevk edilene kadar geçecek süre içerisinde ilgiliyi kendi başına bırakmayıp tedbiri uygulamaya devam edecektir. Ancak bazen tedbir başlı başına zararı engellemeye yeterli olabilir. Örneğin, operasyona katılan bir jandarma hakkındaki linç girişim bertaraf edildikten sonra kişi veya ortalık sakinleşmiş ise serbest bırakılabilir.

2. Bozulan Disiplinin Tesisi

Maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde, disiplin âmirlerinin ciddi bir şekilde bozulan disiplinin yeniden tesis edilmesi amacıyla kontrol altına alma tedbirinin uygulayabileceği öngörülmüştür. Gerekçede, disiplini temin maksadıyla kontrol tedbiri uygulamasının, toplu bir yaşamın sürdürüldüğü ve disiplinin muhafazasının hayati derecede önemli olduğu Jandarma Genel Komutanlığının terörle mücadele harekâtı kapsamındaki operasyonlarında yaşanan bazı ciddi durumlarda, topluluğun diğer fertlerinin menfaati adına bu tür bir yetkinin olmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Disiplinin ciddi şekilde bozulup bozulmadığını, her somut olayda, disiplinsiz tutum ve davranışın niceliğine ve niteliğine göre operasyon komutanı takdir ve tespit edecektir. Örneğin, dolu şarjör takılı silahıyla taşkın hareketler yapan kolluk personelinin kontrol altına alınması disiplin açısından elzemdir.

3. Sarhoşluk hali

Maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde, Jandarma (ve Sahil Güvenlik) personelinin sarhoşluk süresince kontrol altında tutulabileceği hüküm altına alınmıştır. Aslında önceki a ve b bentlerden hareketle tedbire başvurulabilecek bir durum, somutlaştırılarak müstakil bir tedbir sebebi yapılmıştır.

Yukarıda değindiğimiz gibi Kabahatler Kanunu'nun 35. maddesinde Sarhoşluk kabahatine ilişkin bir idari yaptırım düzenlenmiştir. Buna göre, sarhoş olarak başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde davranışlarda bulunan kişiye, kolluk görevlileri tarafından idarî para cezası verilir. Ayrıca, ilgili sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulur. Bu hükümden hareketle, Kanun Koyucunun kontrol altında tutma adı altında yeni bir "yakalama türü" yarattığı ifade edilmektedir.[26]

Şüphesiz, kolluk personelinin sarhoşluğu sâdece içene zarar veren bir hal olmayıp, Jandarma teşkilatının kurumsal itibarına, kolluğun saygınlığına ve üniformanın prestijine de halel getiren bir

[25] Bkz. IŞIKLAR, *Genel Kolluk*, s.439.

[26] Feridun YENİSEY: *Kolluk Hukuku*, 2.B., Beta Yayınevi, Ankara 2015, s.167.

durumdur. Sarhoşluk, işlenen müteaddit suçun zemininde yattığı gibi, çoğu zaman birçok disiplinsizliğin öncüsüdür. Bu bakımdan, tereddütlerin engellenmesi amacıyla ayrıca ve özel surette bir kontrol altına alma şartı sayılmıştır. Yine tedbir sebebi yapılmasındaki özelliğinden dolayı, salt sarhoşluğundan ötürü kontrol altına alınan kişi, benttin âmir hükmü gereği sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulabilir. Sarhoşluğun geçip geçmediği hekim raporuyla tespit edilebileceği gibi, gözlemle de belirlenebilir.[27]

Sarhoşluk sebebiyle tedbire başvurulabilmesi konusunda, jandarma personeli bakımından (TSK Disiplin Kanunu m.28/1-ç'deki gibi) mekân sınırlaması öngörülmemiştir. Buna karşılık Sahil Güvenlik personelinin sarhoşluğunun gemide vuku bulması şarttır. Sarhoşluk sebebiyle kontrol altına alma, kişi hürriyetini kısıtlama özelliğinden dolayı ölçülü uygulanmalıdır. Ölçülü olmak demek öncelikle tedbirin uygulanmasında gereklilik bulunması demektir. Tedbir, eğer kişi gerçekten kendini kontrol edemeyecek derecede esrik ve başına buyruk ise uygulanmalı; söz gelimi çakırkeyf olana uygulanmamalıdır. Tedbir, sarhoş kişinin somut durumuna uygun ve alkolün etkisine göre orantılı şekilde alınmalıdır. Sarhoş kişinin saldırganlığı söz konusu ise belli bir yere kapatılması gerekebilir. Ama uysal ise belki bir araçla kuruma veya evine göndermek veya bir yere yatırmak yeterli olabilir. Öte yandan, tedbir elverişli ise alınmalı, mesela alkol komasına giren kişi bir yere kapatılmaktan çok hastaneye yatırılmalıdır. Tedavi ve doktor kontrolü gereken hallerde revir vb. sağlık kurumları yerine kışladaki bir odada alıkoyma hürriyeti kısıtlama olarak değerlendirilebilir.[28]

Sarhoş olarak bulunan kişi, ancak sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulabileceğinden, ayılan kişinin bırakılmaması yerine göre TCK m.109'daki kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçuna cevaz verebilir.[29]

4. Benzer Amaçları Gerçekleştirme Durumu

Kanunun Birinci fıkrasında sayılan üç hali bertaraf etmek dışında bunlara benzer amaçlarla da fail kontrol altına alınabilir. Buna, jandarma personeli olduğu anlaşılmakla beraber hafızasını kaybetmiş vaziyette kışla içinde dolaşırken yakalanan kişinin, kimliğini ve/veya birliğini tespit maksadıyla kontrol altına alınması örnek verilebilir. Burada zarar verici davranışta bulunma hali söz konusu değildir. Maddedeki sarhoşluk hali sâdece alkolü kapsadığından, benzer şekilde uyuşturucu veya uyarıcı madde alarak kendinden geçenlerin bunların etkisi geçinceye kadar kontrol altına alınması da aynı kapsamdadır.

"Benzen bir amaçla" tedbir uygulanmasına imkân veren bu düzenlemenin ilgili mercilere öngörülemez bir takdir alanı bıraktığı, bunun da hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleriyle bağdaşmadığı, dolayısıyla tedbir uygulanabilecek hallerin açık ve tahdidi şekilde düzenlenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.[30]

---

[27] Benzer şekilde, DEMİRAĞ, s.294; DEĞİRMENCİ/BATTALGAZİ, s.396.

[28] Benzer şekilde, DEMİRAĞ, s.293

[29] Bkz. IŞIKLAR, *Genel Kolluk*, s.442. Benzer şekilde, DEMİRAĞ, s.293.

[30] YILMAZ, s.172.

IV. KONTROL ALTINA ALMA TEDBİRİNİN BENZER TEDBİRLERLE KARŞILAŞTIRILMASI[31]

KAAT hukuki niteliği, yapısal özellikler ve/veya hüküm ve sonuçları itibariyle pozitif hukukumuzda düzenlenen tutuklama, yakalama, gözaltına alma, gözlem altına alma gibi ceza muhakemesi tedbirleri ile benzerlik göstermektedir. KAAT bunlardan öncelikle idarilik yönünden farkıdır. Bu bakımdan en çok 6413 sayılı Kanun m.28'deki kontrol altına alma tedbirine benzemektedir.[32]

A. Tedbirin Ceza Yargılamasındaki Tutuklama Tedbiriyle Karşılaştırılması

Ceza yargılaması tedbiri olan tutuklama, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde, şüpheli veya sanığın hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunmasa da ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için hâkim kararıyla özgürlüğünün geçici olarak kaldırılarak buna mahsus bir yere konulması olarak tanımlanabilir.[33] Tutuklamaya ilişkin kurallar öncelikle AİHS'ne paralel olarak Anayasanın 19. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanununun 100 vd. maddelerinde gösterilmiştir. Buna göre, tutuklama öncelikle yasal bir düzenlemeye dayanmalıdır. Tutuklamanın başlıca amacı, suçlunun kaçmasını veya delil kaynaklarını etkilemesini engellemektir. Tutuklamayı gerektiren suç şüphesinin belli bir yoğunlukta olmalıdır. En nihayet tutuklama hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararı ile yapılabilir. Tutuklama için gecikmede tehlike, oranlılık ve görünüşte haklılık olgularının evleviyetle gerçekleşmiş olması gerekir.[34] Tutuklama kararı hâkim tarafından ve duruşmada alınabilir. Tutuklama süresi, ağır cezalık işlerde en çok iki, diğer suçlar yönünden bir yıl olup uzatmalar dâhil toplam beş yılı geçemez.[35]

CMK m.94'te düzenlenen sevk tutuklaması, yakalama emrine dayanan ve yirmidört saat içinde hâkim karşısına çıkarılmayı gerektiren şekli bir karardır.

KAAT'nin, hâkim kararına dayanmamasının yanında, gerek amaç ve şartları, gerek süresi ve gerek hüküm ve sonuçları bakımından, en etkili ve ağır koruma tedbiri olan tutuklamadan – kişi hürriyetini kısa süreli kısıtlama dışında- hayli farklı olduğu görülmektedir.

B. Tedbirin Yakalama Tedbiriyle Karşılaştırılması

Yakalama; kanunun verdiği yetkiye dayanarak, kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunması veya kişinin vücudu ve hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için ya da kanunda gösterilen hallerle sınırlı olmak kaydıyla muhafaza altına alınması gereken, ya da suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli kanıt ve belirtiler bulunan kişinin ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini

---

31 IŞIKLAR, "Kontrol Altına Alma", s.1627 vd.

32 Karş. YILMAZ, s.173 öd.

33 Karş. Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11.B., Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 599; Nur CENTEL/Hamide ZAFER: *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 3. B., Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s.261; İlker UÇDU: *Ceza Muhakemesinde Tutuklama*, DEÜSBE Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007, s.3.

34 UÇDU, s.20 vd. Karş. Ramazan ÇAĞLAYAN: *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s.48.

35 Kaan N. KARCILIOĞLU: "Ceza Muhakemesi Kanununun 102. Maddesine Göre Ağır Ceza Mahkemesinin Görevlerine Giren İşlerde Tutukluluk Süresi," *Hukuk ve Adalet Dergisi*, C.2005/2, S.6-7, 2005, s. 67.

sağlamak amacıyla, hâkim tarafından verilmiş bir tutuklama kararı olmaksızın, hürriyetinin geçici olarak kısıtlanması olarak tanımlanabilir.[36]

Hukukumuzda iki tür yakalama söz konusudur: Eğer faaliyet, suç oluşturan bir fiil işlenip de bu hususta ki delillerin toplanması ve failin tespitine ilişkin ise adli (CMK m.90 vd.); adli otoritelerin her türlü müdahalesi dışında kamu düzeninin korunması ve sağlanmasına yönelik ise idari kolluk/önleme yakalaması (PVSK m.13) söz konusudur.[37]

Önleme yakalamasında kolluk kişiyi dar bir yerde tutup belli bir süre ayrılmasına izin vermez. Yakalama sonucu gözaltı değil, ilgilinin adli yakalamanın sonucu olan "gözaltı"nın başka bir şekli olan muhafaza altına alınması (Y.m.4) söz konusudur.[38] İşlenen suçun devamının düzeni sağlamak için engellenmesi de adli değil önleyici niteliktedir.[39] Önleme amacıyla jandarma veya polis tarafından korumaya alınan kişi, sebep ortadan kalktığı anda, geciktirilmeksizin serbest bırakılır.[40]

Adli yakalama, suç işlediği şüphesi altında olan kişinin gözaltına alma işleminden önce, hâkim kararı olmaksızın geçici olarak ve fiilen tutulmak suretiyle hürriyetinin kısıtlanmasıdır. Adli yakalamanın suçüstü yakalaması, tutuklama yakalaması ve yakalama emri üzerine yakalama gibi türleri vardır. Yakalama kaçma ihtimali varsa veya hemen kimliğini belirlemek mümkün değilse kolluk dahil herkes, diğer hallerde sadece kolluk görevlileri tarafından yapılabilir. (CMK m.90/1).[41] Yakalama, kişinin gözaltına alma işleminden önce ve cumhuriyet savcılığına çıkarılıncaya kadar tutulmasıdır. Yakalanan şüpheli, gözaltına alınıp alınmayacağı karar verilmek üzere mutlaka cumhuriyet savcısının huzuruna çıkarılmayacak, cumhuriyet savcısının talimatı üzerine gözaltına alınacak ya da serbest bırakılacaktır.

KAAT, hukuki niteliği itibariyle en çok en çok önleme amaçlı idari yakalama tedbiri ile benzemektedir. Tedbirin, yalnızca jandarma (Sh.GK'lığı) personeline uygulanan, şartları daha sınırlı ve belirli özelleştirilmiş ve ek bir idari yakalama şekli olduğu söylenebilir. Ancak yakalama failin gerçekleşmiş fiili üzerine uygulanabilir iken, kontrol atına alma failin şahsi ve belli bir hal ve vaziyetine ilişkin olup bu duruma paralel uygulanabilen, ilgiliyi, çevreyi veya hizmet düzenini korumaya odaklı geçici bir tedbirdir. Burada kişi adeta göz ve gözlem altına alınmıştır. Kişi kontrol altına alınmayacak ise yakalanamaz.

---

[36] İlyas ŞAHİN: *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*, 2. B., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 29. Benzer şekilde, Doğan SOYARSLAN, *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 5. B., Yetkin Yayınevi, Ankara, s.2012, s.312; UÇDU, s.33. Karş. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.4/son.

[37] ATAY, s.678; ÇAĞLAYAN, s.48, 71; İl Han ÖZAY: *Günışığında Yöne*tim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.725-727; Yener ÜNVER/Hakan HAKERİ: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9,B., Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.337, Aydın AKGÜL: *Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi,* Adalet Yayınevi*,* Ankara 2016, s.182.

[38] YENİSEY, s.266-267.

[39] ATAY, s.681; GÖZLER, s.425-426.

[40] ÜNVER/HAKERİ, s.338-339; AKGÜL, s.183.

[41] YENİSEY, s.443, 447; Handan SEVÜK YOKUŞ, "5271 sayılı CMK' da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı," *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.3, 2005, s. 64.

C. Tedbirin Gözaltına Alma Tedbiriyle Karşılaştırılması

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğine göre, gözaltına alma, "Kanunun verdiği yetkiye göre, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanunî" ifade eder. Yakalanan kimsenin durumuna gözaltına alma veya nezaret altında bulundurma denir. Gözaltına alma yakalamanın devamı niteliğinde bir uygulama ise de, onun otomatik ve zorunlu değil muhtemel sonucudur.[42] Gözaltına almada, yakalanan kişi serbest bırakılmayıp hürriyeti kısıtlanır ve soruşturma maksadıyla öngörülen süreler içinde hâkim önüne çıkarılır. [43] Bu süre toplu olarak işlenen suçlarda yol hariç en çok dört gün diğer hallerde kırksekiz saattir (AY m.19/5, CMK m.91/1). Suç belirtilerine göre cumhuriyet savcısı, yakalananın ya serbest bırakılmasına ya da soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verir (CMK m. 91/1). Gözaltına alınan kişi hekim kontrolünden ve güvenlik aramasından geçirilir. Yakalama ve gözaltı kararlarına karşı yakalanan kişi ve müdafii ile yakınları sulh ceza hakimine itiraz edebilir.

KAAT uygulanan hâllerde, bizzat yakalanan şahsın bir yerde tutulması, çevredeki eşyanın ve kişilerin muhafazası ve en nihayet hizmet düzeninin korunması gerekmektedir. Tedbir, bunun yanında hakim karşısına çıkarılma durumunun söz konusu olmaması, daha kısa süreli olması, iki yönlü olması (sadece düzeni değil faili de muhafaza) bakımından bir ceza hukuku kurumu olan gözaltı işleminden farkıdır.

D. Tedbirin Gözlem Altına Alma Tedbiriyle Karşılaştırılması

CMK'nun 74. maddesinde düzenlenen gözlem altına alma, fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığı, akıl hastasıysa ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için kişinin hâkim veya mahkeme kararıyla resmi bir sağlık kurumunda tutulması şeklinde bir koruma tedbiridir.[44] Bu işlem bilirkişilik değildir.[45] Bu karara karşı da itiraz edilebilir.

İtiyadi sarhoşluk, uyuşturucu bağımlılığı, ruhsal bunalım gibi sebeplerle kişinin bir sağlık kurumunda kontrol altına alınması ile gözlem altına alınması arasında benzerlik varsa da, ikinci kurum suç ehliyetinin tespiti için ve hakim kararıyla yapılma bakımından ilk tedbirden farklıdır.

E. Kontrol Altına Alma Tedbirinin 6413 Sayılı TSK Disiplin Kanununda Öngörülen Tedbirle Karşılaştırılması

Genel kolluk personeline uygulanan kontrol altına alma tedbiri, hukuki mahiyeti ve özelliklere yönünden en çok kaynağı olan 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 28'nci maddesindeki aynı adlı

---

42 YENİSEY, s.822; ÇAĞLAYAN, s.50.

43 YENİSEY, s.420; SEVÜK YOKUŞ, s.66.

44 UÇDU, s.42; Elvan KEÇELİOĞLU: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma," *Ankara Barosu Dergisi*, S.2015/3, 2005, s.228.

45 KEÇELİOĞLU, s.243.

tedbire[46] benzemektedir. Hatta hukuki niteliği bakımından ikisi arasında ayniyet olduğu söylenebilir. Bununla beraber birtakım farklarda bulunmaktadır. Her şeyden önce TSK Disiplin Kanunu m.28'deki tedbir aynı Kanunda açıkça bir disiplin yaptırımı olarak nitelendirilmişken ve yargısal denetime açısından disiplinlin cezalarıyla aynı hukuki rejime tabi kılınmışken, 7068 sayılı Kanunda böyle bir nitelendirme ve yargı denetiminde aynılık söz konusu değildir.

İkinci fark, TSK Disiplin Kanunundaki KAAT kararını tesis, uygulama ve icraya yönelik gerekli tüm tedbirleri alma yetkisi ilk ve tüm sıralı disiplin amirleri yetkilidir. Buna karşılık, buradaki kontrol altına alma tedbiri sadece operasyon veya gemi/bot komutanları tarafından kararlaştırılabilir (m.11/1). Jandarmada tedbir kararına ilaveten uygulanacağı uygun yer de –halin icabı olarak- bizzat operasyonun komutanı tarafından tespit ve tayin edilir (m.11/2). Disiplin amirlerinin tedbir alma ve jandarma teşkilatında failin tutulacağı yer konusunda söz hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık, disiplin amirleri eğer tedbire karar veren komutan özel surette belirtmemişse failin tutulacağı yeri belirleyebilirler. Kontrol altına alınanlarla ilgili olarak durumun gerektirdiği tedbirler, emredilmemiş olsa bile re'sen disiplin amirlerince alınır veya alınması sağlanır (m.11/3). Şüphesiz hiyerarşik amir olarak komutanlar da bizzat gerekli tedbirleri alabilir ve aldırabilirler. Tedbir süresinin oniki saati geçmesi halinde, personelin yakınlarına ve tedbiri uygulayan komutanın üstüne en kısa sürede bilgi verilir (m.11/2). Bize göre, bilgilendirme ödevi öncelikle ve bizzat tedbire başvuran komutan veya onun emir ve talimatı çerçevesinde emrettiği personel kişi tarafından yerine getirilmelidir.

Yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği, kendiliğinden sona erdiği haller hariç tedbiri kaldırma yetki ve görevi de ilgili komutana aittir.

V. KONTROL ALTINA ALMA TEDBİRİNİN İNSAN HAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ[47]

A. AİHS'nin Kişi Hürriyeti ve Güvenliğine İlişkin Hükümleri ve AİHM'sinin Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "Hürriyet ve Güvenlik Hakkı" başlıklı 5.i maddesine göre, kanunla gösterilen usuller dışında hâkim kararı olmaksızın hiç kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Anayasanın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19. maddesinin aynı paraleldeki hükümlerine göre, herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Maddeye göre, şekil ve şartları kanunda gösterilmek kaydıyla, mahkeme kararlarının veya yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi yahut sınır dışı işlemleri için yakalama veya tutuklama; bir küçüğün veya toplum için tehlike teşkil edenlerin bir kurumda tedavi, eğitim veya ıslahı için alınan yasal tedbirin yerine getirilmesi halleri hariç kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Ancak, kuvvetli şüphe halinde ilgilinin kaçmaması veya delilleri ortadan kaldırmaması veya benzeri zorun hallerde hâkim kararıyla tutuklama; şartları kanunda gösterilmek kaydıyla suçüstü veya gecikmesi sakıncalı hallerde hakim kararı olmadan yakalama yapılabilir. Bunlara gerekçesi derhal bildirilir. Bunlar, en çok -sevk süresi hariç toplu suçlarda- dört gün, diğer hallerde kırksekiz saat içinde hâkim önüne çıkarılır. Bunlar hemen veya makul sürede serbest bırakılmayı isteyebilecekleri gibi, yetkili

[46] Bu tedbir hakkında bkz. IŞIKLAR, *Disiplin Kanunu*, s.1120-1136.

[47] IŞIKLAR, "Kontrol Altına Alma", s.1633 vd.

bir yargı merciine başvurabilirler. Kişinin durumu yakınlarına bildirilir. Bu esaslara uyulmaması Devletin tazminat ödenmesini gerektirir.

İnsan haklarına ilişkin uluslararası belgeler ve Anayasada öngörülen bu esaslar, başta Ceza Muhakemesi Kanunu olmak üzere PVSK ve diğer Kanunlarda düzenlenmiştir.

Genel olarak AİHS'nin ve bu arada 5. madde uyarınca hürriyetten yoksun bırakma işleminin yerinde olup olmadığını denetleyen AİHM, ilke olarak olayın hangi kanunda düzenlendiğine bakmamakta, ilgili devlet cezai olarak nitelendirmediği idari veya askerlikle ilgili durumlara da uygulanmaktadır.[48] Mahkeme asker kişilere ilişkin hürriyetinin kısıtlanması konusundaki bazı esasları belirlediği 1976 tarihli Engel vd. / Hollanda kararında,[49] Hollanda ordusunda zorunlu askerlik hizmetini yapan Cornelis J.M. Engel'e, birlik komutanı tarafından çeşitli disiplinsizlikleri sebebiyle sırasıyla 4 gün hafif göz hapsi, 3 gün sıkı göz hapsi, (ağır göz hapsi gibi infa edilen infaz edilen) 2 gün geçici hapislik cezası, 3 gün ağır göz hapsi cezası verilmiştir. İlgilinin temyiz başvuruları Yüksek Askeri Mahkemece reddedilmiştir. Diğer başvuruculara da benzer şekilde hafif göz hapsi, sıkı göz hapsi ve disiplin odasında hapis cezaları verilmiştir. Davacılar nihai karar üzerine AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuştur.

Söz konuşu uyuşmazlıkta, 1903 tarihli Askeri Disiplin Kanununda yer alan disiplin cezaları ve tedbirleri uygulanmıştır.[50] Hollanda Askeri Disiplin Usul Yasasına göre ceza verilmeden önce soruşturma yapılmaktadır. Kanun üste genellikle hafif göz hapsi şeklinde uygulanan geçici olarak gözaltında tutma yetkisi tanımış olup bu gerektiğinde sıkı veya ağır göz hapsi şeklinde de icra edilebilmektedir. Bu tedbirin uygulama süresi azami 24 saattir. Üst amirlere başvurulabilmekte, bilahare disiplin subayına itiraz edilebilmektedir. İlgililer dinlenilmektedir. İtirazın reddi halinde Yüksek Askeri Mahkemeye temyiz başvurusunda bulunulabilmektedir.[51]

Uyuşmazlığı değerlendiren AİHM'ne göre, askeri disiplinin doğası gereği sivil şahısların hak ve hürriyetlerine uygulanamayacak sınırlamalar, silahlı kuvvetler mensupları için uygulanabilir. Askerlik hizmetleri, sözleşmenin 4/3-b bendinde açıkça öngörüldüğünden, kendi başına sözleşmede teminat altına alınan kişi hürriyetine aykırılık oluşturmaz.[52] Başvuruya uygulanan disiplin yaptırımlarını ayrı ayrı ele alan AİHM'ne göre, Hollanda Askeri Disiplin Kanununda öngörülen *hafif ve sıkı göz hapsi cezası* her

---

[48] Gilles DUTERTRE: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007, s. 110, s.216-217, Erişim: http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf, ET: 20.04.2023.

[49] Engel vd./HOLLANDA, B. No: 5370/72 ve *5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72*, 8.2.1976, Erişim: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["5370/72"], ET. 20.04.2023.

[50] Bu Kanuna göre, 1971 tarihi itibariyle çeşitli rütbeler göre verilen disiplin cezaları; kınama, hafif göz hapsi, sıkı göz hapsi, ağır göz hapsi, akşam kışladan çıkışta kısıtlama cezası ve disiplin biriminde hapis cezası ile bunlara ek olarak verilen aylıktan kesme cezasıdır. Bkz. Osman DOĞRU: *İnsan hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları,* C.I, T. C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2003, s. 137-138, 139, 147; Özcan ERDAGÖZ, "Askeri Hukukta Disiplinin Temini İçin Tutuklama Yetkisi," *TAAD,* Y.4, S.12, Ocak 2013, s.411 vd.

[51] DOĞRU, s.139.

[52] DOĞRU/NALBANT, s. 412-413; DOĞRU, s. 144-45.

ne kadar personeli mesai saatleri dışında askeri binalarda kalmaya zorunlu tutmakta ise de, ilgililer kilit altında tutulmadığından ve askeri görevlerini yapmaya devam ettiğinden, az veya çok askeri hayatın olağan sistemi içinde yaşamalı sürdürmelerinden dolayı hürriyetinden yoksun bırakılmamıştır. Buna karşılık, *ağır göz hapsi, geçici hapislik ve disiplin odasında hapislikte* ise askeri personel gece-gündüz sürekli olarak bir odada kilit altında tutulmaktadır. Bu şekilde hapsedilen askeri personel normal askeri hizmetlerini de yerine getirememektedirler. Dolayısıyla bu üç ceza çeşidi kişi hürriyetine müdahale teşkil etmektedir.[53]

AİHM, Hollanda hükümetinin Engel'e uygulanan iki gün geçici hapisliğin AİHS'nin 5/1-b bendindeki "*kanunun koyduğu bir mükellefiyetin yerine getirilmesini sağlamak üzere yakalanması veya tevkifi"* kapsamında "hukuka uygun bir tutma" olduğu şeklindeki savunmasına itibar etmemiştir. Mahkemeye göre, Engel'in geçici hapisliği somut bir yükümlülüğün yerine getirilmesini temin maksadıyla uygulanmamıştır. Diğer taraftan, 1903 sayılı yasanın 45. maddesinde azami tutma süresi 24 saat olarak belirlendiği halde, 22-30 saat fazla tutulmuş olan Engel'in geçici hapisliği, AİHS'nin 5/1 fıkrası açısından da "hukuka uygun bir tutma" da kabul edilemez. Keza, "yetkili adli makam önüne çıkarılmak üzere" tutulmuş olmadığından, Engel'in geçici hapisliği, AİHS'nin 5/1-c fıkrasına uygun değildir. Sonuç olarak, Mahkeme AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edildiğini tespit ederek Hollanda Hükümetini ilgililere tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.

AİHM'nin Engel vd./Hollanda kararı sonradan verdiği birçok kararda referans alınmış ve buradaki esaslara benzer konularda atıf yapılagelmiştir. Nitekim A.D./Türkiye, Pulatlı/Türkiye, Koç ve Demir/Türkiye ve Kan/Türkiye ile 26.4.2011 tarihli Pulatlı/Türkiye kararlarında Engel ve Diğerleri kararında da belirtildiği gibi, askeri gerekler dışında ve kilit altında tutma şeklinde infaz edilen, ilaveten günlük askeri görevlerin de yerine getirmesini önleyen oda hapsi cezalarının AİHS m.5'deki hakkı ihlal ettiği, hürriyetten mahrum bırakmanın yargı kararına dayanmadığı, , tamamen bağımsız ve hâkimlik teminatı üyelerden mahkemelerce değil hiyerarşik düzen içindeki bir üst tarafından verilmiş olmasının madde hükmüyle bağdaşmadığı, disiplin cezasına karşı askeri mahkemede yapılacak bir itirazın da maddede belirtilen güvenceleri sağlamadığı gerekçesiyle Türkiye hükümeti aleyhine tazminata hükmedilmiştir.[54]

Yukarıda açıklanan esaslara göre, askeri personeli günlük mesaisinden ve yaşama ortamından tamamen koparark kilitli bir mekânda tutan oda hapsi ve benzeri uygulamalar, hâkim kararı olmaksızın kişi hürriyetini kısıtladığından, Sözleşmenin 5. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Buna karşılık, AİHM hürriyeti kısıtlamada, kilit altında tutulmayı ölçü olarak aldığından göz hapsi cezası AİHS'ne aykırı

[53] DOĞRU/NALBANT, s. 413; DOĞRU, s. 146.

[54] A.D./Türkiye kararı, B. no: 29986/96, K.T. 22.12.2005; Pulatlı/Türkiye kararı, B. no: 38665/07, K.T. 26.4. 2011; Koç ve Demir/Türkiye kararı, B. no: 26793/08, K.T. 20.3.2012; Kan /Türkiye, B. no:54898/11, K.T. 2.2.2016, bu kararlar için Erişim: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx, ET: 20.04.2023. Ayrıca bkz. Hüseyin BİLGİN*: İdari Yargı İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulama Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.78 vd.

değildir. Yukarıda da değinildiği gibi AİHM, askeri personelin kendi konutunda ya da askeri bina veya tesislerde alıkonulmalarının hürriyetten yoksun bırakma oluşturmadığını ifade etmiştir.[55]

B. Tedbirin Kişi Hak ve Hürriyetleri Açısından Değerlendirilmesi

Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinin gereklerinden biri de, Anayasa ve kanunlarla öngörülen istisnalar dışında kişinin hürriyetinin sonuna kadar korunması ve güvenlik hakkının tam olarak sağlanmasıdır.

Kanun Koyucu, yukarıda değinilen iptal ve ihlal kararlarını dikkate alarak, askerler gibi jandarma (ve ShGK'lığı) personeli hakkında kendine özgü kontrol amaçlı bir idari yakalama türü olarak kontrol altına alma tedbirini düzenlemiştir. Burada mülga düzenlemelerden ve TSK Disiplin Kanunu m.28'den farklı olarak yetki tüm üstlere ve hatta disiplin amirlerine değil, sadece komutanlara tanınmıştır. Böylece işlem yetkisi kişi yönünden oldukça sınırlandırılmıştır. Bundan başka tutma sebepleri de sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Salt disiplinin tesisi yerine daha ağır bir durumu ifade etmek üzere "ciddi şekilde bozulma" ölçütü getirilmiştir. İdari kolluğun önleme yakalaması yapmasını gerektiren hal ve sebeplerin bu kadar açık sınırlandırılmadığı söylenebilir. En önemlisi yapılacak işlemin sebepleri ve amacı açıkça gösterilmiştir. Keza Anayasaya uygun olarak azami tutma süresi de 24 saat olarak olarak belirlenmiştir. Bu süre sonunda kontrol altında tutma sebepleri devam etse bile hâkim kararı olmadıkça ilgilinin serbest bırakılması zorunlu kılınmıştır. Ayrıca bu tedbire karşı yargı yolu kapalı tutulmadığını, idari yargıda iptali için iptal davası açılabileceği gibi zarar doğması halinde tazminat davası da açılabileceğini de belirtelim.

Tedbiri ilgisi sebebiyle AİHS'nin 5. maddesi açısından değerlendirecek olursak; 11/a'daki zarar verme hali, Sözleşmenin 5/1-c kapsamında yakalama ve gözaltı uygulaması değilse de, 5/1-b'deki "yasanın öngördüğü yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yakalama" olarak değerlendirilmelidir. 11/b'deki disiplinsizlik sebebiyle kontrol altına almada suç isnadında bulunmadıkça Sözleşme bakımından problem söz konusu olmaz. Ancak disiplinsizliğe bağlı suç isnadı halinde bunun (müdafi yardımı, masumiyet karinesi gibi) gerekleri yerine getirilmelidir. Kişi alkol veya uyuşturucu bağımlısı ise durum 5/1-c kapsamında suç şüphesi olarak değerlendirilerek hâkim önüne çıkarılabilir.[56]

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru konusu yapılan bir uyuşmazlıkta TSK Disiplin Kanununa eski göz hapsi cezası yerine konan ve asker kişiler hakkında uygulanan "Hizmet yerini terk etmeme" cezasının mesai saatleri dışında kışladan ayrılmayı yasaklamasına rağmen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale teşkil etmediğine karar vermiştir.[57]

---

[55] DUTERTRE, s. 105; ERDAGÖZ, s.420.

[56] Karş. DEMİRAĞ, s.292-293.

[57] AYM Deniz Baytar Başvurusu, B.no: 2015/3614, K.T. 26.12.2018, AYM Bilgi Bankası

Bununla birlikte TSK Disiplin Kanunu m.28'deki KAAT'nin asakreler uygulandığı ve AY m.38?10'daki Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından getirilebilecek istisnalar içinde yer aldığı, buna karşılık tamamen sivil otoriteye tâbi olan jandarma (ve ShGK'lığı) personeli hakkında uygulanmasının Anayasal kurallarla bağdaşmadığı düşünülebilir. Nitekim m.11 hükmündeki kısıtlama hallerinin Anayasanın 13. maddesindeki sınırlama ölçütlerine uygun düşmediği, sınırlı sürede de olsa kişi hürriyetinin hâkim kararı olmaksızın idari görevliler tarafından sınırlanmasının AİHS'nin 5 ve Anayasanın 19. maddelerinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale teşkil ettiği ileri sürülmektedir.[58]

SONUÇ

KAAT hem disiplin yaptırımı olarak da görülebilecek birel idari işlem özelliği taşıyan idare bir tedbirdir. Bu tedbir kararının ve türevi işlem ve eylemlerin genel olarak idari kolluk tarafından uygulanan önleme amaçlı idari yakalamanın özel bir şekli olduğu söylenebilir. Bu itibarla özellikle adli yakalama ile karıştırılması mümkündür.

TSK Disiplin Kanunu m.28'deki tedbirle gerek isim ve düzenleme tekniği gerek kapsam ve mahiyeti bakımından ayniyet göstermekte ise de, KAAT, a) jandarma personeli hakkında sâdece sadece operasyonlarda (ve ShGK'lığı personeli hakkında sâdece seyir halindeki gemilerde) uygulanabilmesi, b) kararın yalnızca komutanlar tarafından alınabilmesi ve c) firar ve izin tecavüzü sebeplerini kapsamaması yönlerinden bakımından farklılık göstermektedir.

Bu tedbir, AİHS m.5 ve AY m.19'da teminat altına alınan "kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı" na yöneliktir. Bu hükümler açısından değerlendirildiğinde, özellikle süre ve sebepleri yönünden sınırlandırılmış olan kontrol altına alma tedbirinin uluslararası belge ve Anayasa ile AİHM'nin ve AYM'nin kararlarına uygun olduğu söylenebilir. Bununla birlikte ilgilinin fiilinin disiplin suçu oluşturması halinde cezanın azami hadden verilmesini veya bir üst derece cezanın uygulanmasını emreden m.11/3, ikinci cümle hükmünün açık ve belirli olmadığından Anayasanın hukuk devleti ve kanunilik ilkelerine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Son olarak hükmün tesisinden bu yana altı yıl geçmesine rağmen KAAT kararının konu edildiği bir uyuşmazlığa rastlamadığımızı belirtelim. Aynı tespit gördüğümüz kadarıyla Jandarma Genel Komutanlığı teşkilatı ve camiası için de geçerlidir. Kanaatimizce bunun sebebi tedbirin istisnai hal ve şartlara özgülenmiş olmasının yanı sıra hükmün somut olaya uygulamasında çıkabilecek ilgiliyi görev sırasında tecrit ve yer bulma gibi güçlüğüdür.

Kaynakça

AKGÜL, Aydın: *Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 14.B., Savaş Yayınevi, Ankara 2021.

[58] YILMAZ, s.174-177.

ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 6.Basıya ek tıpkı bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

BİLGİN; Hüseyin: *İdari Yargı İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulama Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2005.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

DEĞİRMENCİ, Olgun / TANRIVERDİ, Battal: *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi,* Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

Fahrettin DEMİRAĞ: *Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu,* Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

DOĞRU, Osman: *İnsan hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, C.I, T. C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2003.

DOĞRU, Osman / NALBANT Atilla: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar,* C.1, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara 2012.

Lütfi DURAN: *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜHF Yayını, İstanbul 1982.

DUTERTRE, Gilles: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007.

ERDAGÖZ, Özcan: "Askeri Hukukta Disiplinin Temini İçin Tutuklama Yetkisi," *TAAD,* Y.4, S.12, Ocak 2013, s.391-425.

ESENDEMİR, Ferit Deniz: *Emniyet, Jandarma ve Sahil Güvenlik Teşkilatlarında Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası,* Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku*, C.I-II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003

GÜNDAY, Metin: *İdare hukuku*, 7.B., İmaj Yayıncılık, Ankara 2003

IŞIKLAR, Celâl: *Genel Kolluk Disiplin Hükümleri, 682 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname,* Adalet Yayınevi, Ankara 2017 [Genel Kolluk]

IŞIKLAR, Celâl: "Genel Kolluk Personeline İlişkin Geçici Olarak Kontrol Altına Almanın Hukuki Mahiyeti," *Legal Hukuk Dergisi*, C.17, S.119, 2019, s.1611-1644. [Kontrol Altına Alma]

IŞIKLAR, Celâl: *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ve Yorumu*, C.I-II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022 [Disiplin Kanunu]

KARCILIOĞLU, Kaan N.: "Ceza Muhakemesi Kanununun 102. Maddesine Göre Ağır Ceza Mahkemesinin Görevlerine Giren İşlerde Tutukluluk Süresi, *Hukuk ve Adalet Dergisi,* C.2005/2, S.6-7, 2005, s. 64-67.

KEÇELİOĞLU, Elvan: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma," *Ankara Barosu Dergisi,* S.2015/3, 2005, s.221-245.

KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11.B., Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

Ümit ÖZDAĞ: *Türk Ordusunun PKK Operasyonları*, 2.B., Pegasus Yayınları, İstanbul 2007.

MANGO, Andrew: *Türkiye'nin Terörle Savaşı*, 2.B., Çev. Orhan AZİZOĞLU, Doğan Kitap, İstanbul 2005.

MURATOĞLU, Tahir: "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu," *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.19, S.30-31, 2014, s.77-147.

ÖZAY, İl Han: *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004

ÖZDAĞ, Ümit: *Türk Ordusunun PKK Operasyonları*, 2.B., Pegasus Yayıncılık, İstanbul 2007.

PINAR, İbrahim: *Genel Kolluk Disiplin ve Ceza Soruşturması Usul ve Esasları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

SEVÜK YOKUŞ, Handan; "5271 sayılı CMK' da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı," *Hukuki Perspektifler Dergisi,* S.3, 2005, s. 63-70.

SOYARSLAN, Doğan: *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, 5. B., Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012

ŞAHİN, İlyas: *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma,* 2. B., Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

ÜNVER Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*,9. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

UÇDU, İlker: *Ceza Muhakemesinde Tutuklama*, DEÜSBE, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007.

ULUSOY, Ali: *İdari Yaptırımlar,* Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2013.

YAMAN, Murat: *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu*, 2.B, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

YENİSEY, Feridun: *Kolluk Hukuku,* 2.B., Beta Yayınevi, Ankara 2015.

YILMAZ, Harun: *7068 Sayılı Kanundan Hareketle Genel Kolluk Disiplin Rejimi*, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2022.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 245/1. MADDESİNDE DÜZENLENEN BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇU, YAYGIN İŞLENME BİÇİMLERİ VE FAİLİN TESPİTİ SORUNU

Hâkim, Cennet AKDAĞ BAYRAK*

ÖZET

Dünyada, özellikle ABD'de 1910'lu yıllarda kullanımına başlanan, ülkemizde yaygınlaşması 1980'li yılları bulan kredi kartlarına ticari hayatta ve gündelik yaşamda duyulan ihtiyaç, teknolojinin gelişimi, küreselleşme gibi nedenlerle hızla yükselmiştir. Bu ihtiyaca karşılık olarak, ilk zamanlarda kısıtlı denebilecek düzeyde kullanım alanı olan bu kartlar geliştirilerek hemen her alanda kullanıma sunulmuştur. Banka kartlarının kullanımı ise 1960'lı yıllarda ABD ve Türkiye'de başlamış olup günümüzde banka hesaplarından para çekme işlevinin yanı sıra kredi kartlarıyla benzer işlevlere sahiptir. Banka ve kredi kartlarının yaygınlaşması hem tüketici düzeyindeki kullanıcılar bakımından pratik kullanım ve bütçe genişletme imkânını hem de ticari ilişkilerde canlanmayı sağlamış, bu şekilde kartların ekonomiye katkıları yadsınamaz boyutlara gelmiştir. Bu kartların sanal alanlardaki kullanımının yaygınlaşmasıyla kartların varlığı, fiziksel boyutları aşmıştır. Özellikle 2020 yılında başlayan Covid-19 salgını sürecinde sanal alışverişe ve kartların "temassız harcama" tabir edilen şifresiz kullanımlarına duyulan ilgi yüksek seviyelere ulaşmıştır. Temassız harcamalar, kartı elinde bulunduran veya ele geçirenin kartın şifresini bilmesini gerektirmediğinden, suçun işlenmesi oldukça kolaylaşmıştır. Sanal alışverişin yaygınlaşması ile de sağladığı kolaylık nedeniyle alışveriş sitelerine kart bilgilerinin kaydedilmesi birçok kullanıcı tarafından tercih edilmeye başlanmıştır. Bu durum da kart bilgilerinin ele geçirilmesi için kötü niyetli kişilere yeni alanlar oluşturmuştur. Bilişim alanındaki gelişmelerle kart bilgilerinin ele geçirilmesi bakımından günden güne farklı yöntemler türemekte olup bu yöntemleri sınırlı sayımla tamamen ortaya koymak mümkün görünmemektedir. Ancak kart bilgileri çoğunlukla phishing (Oltalama), pharming yöntemleriyle; kart sahiplerinin rutin kullanım için kart bilgilerini kaydettikleri sistemlere yapılan siber saldırı yoluyla; POS cihazları veya ATM'lere kurulan sistemlerle kopyalama suretiyle; kullanıcıların cihazlarına gönderilen zararlı yazılımlarla ele geçirilmektedir. Faillerce suçun işlenmesi sırasında, kimliğin gizlenerek soruşturma ve kovuşturmaya uğramanın engellenmesi amacıyla farklı yollar izlenmektedir. Özellikle suçun en yaygın işlenme şekillerinden biri olan "mail order" yoluyla işlenmesinde, işlemin yapıldığı cihazlarda yurtdışı kaynaklı IP adresi sağlanmasına yarayan programlar kullanılarak IP adresi değiştirilmektedir. Bu şekilde failin tespiti için en önemli araçlardan biri olan gerçek IP adresi gizlenmektedir. Uygulamada, bu şekilde işlenen suçların birçoğu bakımından, failin tespit edilememesi nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 245. Maddesinde, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması

* Bu çalışma, yazara ait "Türk Ceza Hukukunda Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması" konulu tez çalışmasından üretilmiştir. ORCID ID: 0000 0001 7960 1316.

suçu üç ayrı fıkrada üç ayrı suç tipi olarak düzenlenmiştir. Çalışmada ise yalnızca birinci fıkrada düzenlenen suç tipi ele alınarak suçun işlenmesinde kullanılan bazı yaygın ve güncel yöntemlere yer verilecektir. Bu yöntemlerin kullanıldığı bazı durumlarda faillerin tespit edilememesinin nedenleri ve bu sorun karşısında uygulamada yapılan işlemler incelenecektir. Bu inceleme kapsamında bazı güncel yargı kararlarına değinilerek bu hususta birtakım çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Banka Kartı, Kredi Kartı, Bilişim Suçları, İnternet.

I. GİRİŞ

Kartlı ödeme sisteminin yaygınlaşması ve genişlemesi ile hayatımıza getirdiği kolaylıklar yadsınamaz boyuttadır. Bu sayede özellikle ödemelerin mobil bankacılık veya bazı altyapı sistemleri aracılığı ile yapılabilmesi vakitte büyük tasarruf sağlamıştır. Ancak her yeni alanın doğuşu, bu alandan faydalanmak isteyenleri de beraberinde getirmektedir. Kartlı ödeme sistemlerinin yaygınlaşması da hem bu kartların fiziki kullanım hem de internet aracılığıyla kullanım alanlarında haksız menfaat temin etmek isteyenleri ortaya çıkarmıştır. TCK'nın 245/1. maddesi ile bu eylemlerin cezalandırılması amaçlanmaktadır. Bu çalışmanın da amacı banka veya kredi kartlarının kötüye kullanımı suretiyle haksız menfaat elde etme suçunun, uygulamada görülen yaygın işlenme biçimlerinin ve bu suç bakımından karşılaşılan en büyük sorunlardan biri olan failin tespiti sorununun ele alınmasıdır.

II. KARTLI ÖDEME SİSTEMİ ve BAĞLANTILI KAVRAMLAR

A. Kartlı Ödeme Sistemi

Kartlı ödeme sistemi, kartı çıkaran kuruluşun açtığı kredi doğrultusunda, kart hamilinin bir mal veya hizmeti, o anda ödeme yapmaksızın satın alabilmesi ve bedelini daha sonra faizsiz şekilde ödeme yapabilmesini sağlayan sistemdir.[59]

Bu sistem, tüketicilerin aldıkları mal veya hizmetin karşılığının hemen ödenmediği "veresiye" olarak tabir edilen geleneksel hesap sisteminden türemiştir. Veresiye hesap sisteminde tüketiciler faize tabi olmadan ücreti genellikle bir aylık sürelerin sonunda ödemekteyken kartlı ödeme sisteminin çıkarılmasıyla yine aynı periyotta faiz ödemeksizin; daha uzun periyotlarda ise faizle ödeme yapma imkânı ile taksit imkânı sağlanmıştır.[60]

Kartlı ödeme sisteminin dünya çapındaki tarihi 1800'lü yıllara dayanmakta olup sistemin temelleri Amerika Birleşik Devletleri'nde atılmıştır.[61]

Türkiye'de ise ilk olarak 1968 yılında Servis Turistik A.Ş. tarafından Diners Club ile yapılan anlaşma sonucunda bu kart Türkiye'de kullanılmaya başlanmıştır. Sonrasında 1975 yılında Türk Ekspres Havacılık ve Ltd. Şti. tarafından benzer şekilde Amerikan Express kartı kullanıma sunulmuştur. 1984

[59] Hayrettin Hamza, "Türk Bankacılık Sisteminde Kredi Kartları", (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Para-Banka Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1991, s.3.

[60] Nurhan Aydın, "Kredi Kartları ve Kredi Kartlarında Faiz Masrafının Hesaplanması", Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S.1-2, (1991), s. 147.

[61] Ömer Teoman, Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, 2.b., İstanbul: Beta Basın Yayım, 1996, s.13.

yılında Visa'nın Türkiye'de ofis açmasıyla birçok banka tarafından kredi kartlarına ilişkin, lisans sahipleriyle anlaşmalar sağlanarak kart kullanımı hızla artmıştır.[62]

Kartlı ödeme sisteminin günümüzdeki işleyişi, kart çıkarmak isteyen kuruluşların, uluslararası kart kuruluşlarıyla lisans sözleşmesi imzalayarak yetki alması, daha sonra kart hamili ile bir sözleşme imzalayarak hamile kartın kullanım hakkını devretmesi şeklinde ilerlemektedir.[63] Günümüzde kart çıkaran kuruluşlar genellikle Visa, Master Card, Diners Club, American Express gibi uluslararası kuruluşlarla lisans sözleşmesi yapmaktadır.[64]

B. Bağlantılı Kavramlar

1. Kredi Kartı

Kredi kelimesi Latince kökenli olup güven kavramıyla benzer anlamı taşımaktadır. Kredi kartı ile esasında kartı çıkaran kuruluşun kart hamiline güvenerek belli bir harcama imkânı tanımaktadır. Bu itibarla her ne kadar –nakit avans dışında- teknik anlamda hamile verilen bir kredi olmasa da kredi kartı tanımı, kartın kullanım amacını karşılamaktadır.[65]

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 3. maddesinin (e) bendinde kredi kartının tanımı "Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını ifade eder." şeklinde yapılmıştır.

Kredi kartları ilk olarak fiziki varlığı olan kartlar şeklinde çıkarılmıştır. Ancak teknolojinin gelişmesi, sanal alışveriş ve mobil bankacılığın yaygınlaşması ile kredi kartları "sanal kart" şeklinde de kullanılmaya başlamıştır. Sanal kart, fiziki kredi kartına bağlı olarak çıkarılan, kart numarası, son kullanma tarihi, CVC kodu bulunan, ancak fiziki varlığı bulunmayan, yalnızca internet ortamında var olan karttır.[66] Bu kartlar, fiziki kredi kartı numarasının ele geçirilme riskinin yüksek olması nedeniyle daha güvenli alışveriş için kullanılmaktadır. 5464 sayılı Kanun'da yapılan kredi kartı tanımında yer alan "fiziki varlığı bulunmayan kart numarası" ibaresi, sanal kartları karşılamaktadır.

2. Banka Kartı

5464 s. Kanun'un 3/d maddesinde banka kartı, "Mevduat hesabı veya özel carî hesapların kullanımı dâhil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kart" olarak tanımlanmıştır.

Bir banka nezdinde mevduat hesabı veya özel carî hesap açılmasıyla hesap sahibine(Hamile), bu hesaplarla ilişkilendirilmiş banka kartı verilmektedir. Bu sayede banka görevlisinin yardımı olmadan hamil, belirlediği şifre ile veya bazı durumlarda uygulamada "temassız işlem", "QR kodlu işlem" olarak tabir edilen şekilde şifre kullanmadan bankacılık hizmetlerinden yararlanabilmektedir. Bu bankacılık hizmetleri, ATM aracılığıyla hesaptan para çekme, para yatırma, para transferi; POS cihazları ile satın

[62] Ferudun Kaya, Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması, Türkiye Bankalar Birliği, 2009, s.17-18.
[63] Kaya, s.64.
[64] Kaya, s.63.
[65] Teoman, s.6.
[66] https://www.isbank.com.tr/blog/sanal-kart-nedir-nasil-kullanilir

alınan ürün veya hizmet bedelini ödeme; internet siteleri üzerinden sanal alışveriş; internet bankacılığı üzerinden fon, hisse senedi, döviz satın alma gibi hizmetlerdir.

Banka kartının, hamilin mevduat hesabında para bulunması halinde bu paranın kullanılmasını sağlamanın yanı sıra, hamil banka ile yaptığı farklı bir sözleşmeyle kredili mevduat hesabı oluşturmuşsa hesabında para olmasa dahi belli bir limite kadar harcama sağlayabildiğinden bir nevi kredi kartı görevi de gördüğü söylenebilir.[67]

3. ATM (Automatic Teller Machine) Cihazı

İngilizceden Türkçeye "Otomatik vezne/ödeme makinesi" olarak çevrilebilen ATM, kullanıcıların banka görevlisi yardımı olmadan finansal işlemlerini yapmalarını sağlayan bilgisayar destekli cihazlar olup kendi başına bir bilişim sistemi niteliğindedir.[68]

Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'in 3/1-ç maddesinde ATM, "Otomatik para çekme işleminin yanı sıra diğer bankacılık işlemlerinin tamamının veya bir bölümünün gerçekleştirilmesine imkân veren elektronik işlem cihazları" olarak tanımlanmıştır. Günümüzde ATM'ler aracılığıyla para çekme, yatırma, transfer, banka ve kredi kartı şifresi değiştirme, bakiye sorgulama gibi işlemler yapılabilmektedir.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte ATM'lerden yalnızca kart aracılığı ile değil cep telefonu ile alınan tek kullanımlık şifreler, QR kodlar (Karekod) kullanılarak,[69] avuç içi okutma gibi uygulamalarla da bahsi geçen işlemler yapılabilmektedir.[70] Ayrıca ATM'lerden para yatırmak, çekmek veya fatura ödeme, vergi ödeme gibi işlemler için bir mevduat hesabı sahibi olma zorunluluğu bulunmayıp kimlik numarası ile para gönderme işlemleri yapılabilmektedir.[71]

ATM'lerin denetimi işlem güvenliği açısından büyük önem teşkil etmektedir. Banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarının bir kısmı ATM'ler üzerinden işlenebilmektedir. Bu konuya suçun unsurları bölümünde ayrıntılı olarak değinilecektir. Bankaların Bilgi Sistemleri Ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğin 42. maddesinde bankaların bu tür suçların önlenmesi amacıyla ATM'ler bakımından almaları gereken önlemler düzenlenmiştir.

4. POS (Point Of Sale) Cihazı

Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik'in 4/1-i maddesinde POS, "Banka kartı veya kredi kartı üzerindeki bilgileri esas alarak her türlü mal ve hizmet alımı veya nakit ödeme belgesi düzenlenmesi işlemleri ile bu Yönetmelik hükümleri uyarınca nakit kullanımı kapsamında

[67] Mustafa Ekinci, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Uygulamasında Banka Kartları ve Kredi Kartları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2002, s.12.
[68] Mehmet Emre Yıldız, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s.33.
[69] https://www.yapikredi.com.tr/sinirsiz-bankacilik/mobil-bankacilik/atmye-dokunmadan-para-cekme-ve-yatirma
[70] https://www.ziraatbank.com.tr/tr/dijital-bankacilik/atm
[71] https://www.vakifbank.com.tr/kartsiz-islemler.aspx?pageID=470

değerlendirilebileceği belirtilen işlemlerin gerçekleştirilmesinde kullanılan elektronik cihaz" olarak tanımlanmıştır.

POS cihazı kullanımının en önemli amacı kartı çıkaran kuruluştan otorizasyon alınmasıdır. Otorizasyon, kartın manyetik şeridinin POS cihazına takılması suretiyle üye iş yeri tarafından kart bilgilerinin kartı çıkaran kuruluşa iletilmesi, kuruluşun da kart bilgileri üzerinden kartın geçerli olup olmadığı veya talep edilen işlem için yeterli limit bulunup bulunmadığını kontrol ederek işleme onay veya ret vermesidir. Bu şekilde kartı çıkaran kuruluş, işleme onay vermekle yapılan harcamanın sorumluluğunu almaktadır.[72] Gelişen teknolojiyle birlikte günümüzde çıkarılan kartların birçoğunda kartın POS cihazına takılması gerekmeden, cihaza yaklaştırılarak kart bilgilerinin okunmasını sağlayan mekanizmalar bulunmaktadır. Bu şekilde temassız işlem yapılabilmektedir. İşleyişi özetlenen bu işlemlerin POS cihazları aracılığıyla hem kredi kartı hem de banka kartlarıyla yapılması mümkündür.

POS cihazları, kartlı ödeme sisteminde güvenli işlem yapılabilmesinde önemli rol oynamaktadır. Özellikle sahte olarak üretilen veya çalıntı kartların tespitinde bu cihazların işlevi büyüktür. Bu hususta, Banka ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik'in 27/A maddesi ile üye işyeri anlaşması yapan kuruluşların, kartlı ödeme işlemlerinde kullanılacak POS'un, asgari olarak Ödeme Kartı Endüstrisi Güvenlik Standartları Konseyi (Payment Card Industry –PCI- Security Standards Council) tarafından yayımlanan POS PIN Giriş Cihazı Güvenlik Gereksinimleri (PIN Entry Device-PED- Security Requirements) standardının güncel versiyonunun gereklerini, kartlı sistem kuruluşlarının tanımlamış oldukları süre çerçevesinde yerine getirmesini sağlamaları gerekliliği, alınması gereken güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir.

5. İnternet

İnternet, birden fazla bilgisayar ve bilgisayar ağının birbirine bağlanmasına dayalı bir iletişimi sağlayan bilişim ve iletişim sistemidir.[73] İnternetin temel işlevi, bilgisayar ağları içinde çift yönlü veri aktarımıdır.[74]

Günümüzde bilişim suçlarının işlendiği en önemli alan olan internet, 1969'da ABD Savunma Bakanlığı'nca Arpanet projesi ile oluşmaya başlamıştır. Bu projenin amacı başlarda bazı büyük üniversitelerdeki akademisyenlerle elektronik posta yoluyla bağlantı kurulmasıdır. Daha sonra 1973 yılında Arpanet ile farklı ülkeler arasında bağlantı kurulmaya başlanması ile internetin gelişim süreci de hızlanmıştır. 1991 yılında "dünya çapında ağ" anlamına gelen "World wide web (www)" kurulması ile internet kullanımı çok büyük ölçüde yayılmıştır.[75]

[72] İlhan Sungur, Türkiye'de Banka ve Kredi Kartı Operasyonlarının Hukuki Çerçevesi, İstanbul:BKM Yayınları, 2013, s.104.
[73] Kayıhan İçel, Kitle İletişim Hukuku, 14. b., İstanbul: Beta Yayınevi, 2021, s. 495.
[74] İçel, Kitle İletişim Hukuku, s. 497.
[75] Ali Karagülmez, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Ankara:Seçkin Yayınevi, 2014, s.47, 48.

İnternetin Türkiye'deki başlangıcı ise 1993 yılında TÜBİTAK-ODTÜ işbirliği ile gerçekleştirilmiştir. Daha sonra 1996 yılında TURNET ve ULAKNET adı verilen ağlar kurulmuş, 1999 yılında TURNET'in yerini TTNET'in alması ile de internetin gelişimi hızlanmıştır.[76]

6. Bilişim

Doktrinde bilişim kavramı bakımından genellikle Türk Dil Kurumu'nca yapılan "İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişiminde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi" şeklindeki tanım benimsenmektedir. Kanaatimizce bu tanım kavramı karşılamaktadır. Ancak "Bilginin saklanması ve iletilmesini konu alan akademik ve mesleki disiplin" şeklindeki[77] ve "Bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve ussal biçimde işlenmesi bilimi" şeklindeki tanımlar da kavramın anlaşılması bakımından yeterli ve öz tanımlar olmuştur. [78]

Bilişim, bilgisayar ve bilgisayar ağını kapsayan bir üst kavram niteliğinde olup bilişimin temelini bilgisayarlar ve benzeri aygıtlar oluşturmaktadır.[79]

7. Bilişim Suçu

Bilişim, teknolojinin belki de en hızlı gelişim gösterdiği alanlardan biridir. Bilgisayarların kullanımının yaygınlaşmasıyla bilgisayar kullanılarak işlenen suç tipleri ortaya çıkmaya başlamıştır. Tıpkı banka ve kredi kartları gibi bilgisayar kullanımı da ilk olarak ABD'de başladığı için bu alanda bilinen ilk suç da 1966 yılında ABD'de işlenmiştir. Avrupa'da ise 1970'li yıllara gelindiğinde bu suçlar işlenmeye başlanmıştır.[80]

Bilişim suçunun doktrinde birçok farklı tanımı yapılmıştır ancak en çok kabul gördüğü söylenebilecek tanım, Avrupa Ekonomik Topluluğu Uzmanlar Komisyonu'nun Mayıs 1983 tarihinde Paris Toplantısı'nda "Bilgileri otomatik işleme tabi tutan veya verilerin nakline yarayan bir sistemde gayri kanuni, gayri ahlaki veya yetki dışı gerçekleştirilen her türlü davranış" şeklinde yapılmıştır.[81]

Bilişim teknolojinin gelişmesi ile daha önce tanımlanmamış yeni suç tiplerinin türemesinin yanında bazı klasik suç tipleri açısından da yeni işleniş biçimleri ortaya çıkmıştır. Bu itibarla bilişim suçları bakımından dar anlamda bilişim suçları ve geniş anlamda bilişim suçları şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Dar anlamda bilişim suçları, doğrudan bilişim sistemlerinin kötüye kullanılmasıyla işlenen sisteme yetkisiz giriş gibi fiilleri; geniş anlamda bilişim suçları ise birtakım klasik suçların bilişim sistemi aracılığıyla farklı

[76] İçel, Kitle İletişim Hukuku, s. 505, 506.
[77] Levent Kurt, Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Ankara:Seçkin Yayınevi, 2005, s.23.
[78] Muammer Ketizmen, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara:Adalet Yayınevi, 2008, s.10,dipnot 4.
[79] Karagülmez, s.47.
[80] Berrin Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, Ankara:Adalet Yayınevi, 2017, s.51.
[81] Veli Özer Özbek, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m.245)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, (2007), s.1019, dipnot 2.

şekillerde işlenmesini ifade etmektedir. (Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle dolandırıcılık gibi…)[82]

Doktrinde bazı yazarlarca bilişim suçunun tespiti için birtakım kriterler benimsenmiştir. Bunlar, bilgisayarın veya bilişimin amaç veya araç olmasını arayan kriter, suçları malvarlığı ihlalleriyle sınırlayan kriter, bilişim sistemleriyle herhangi bir bağlantı bulunmasını esas alan kriter, bilgisayar veya bilişim araçlarının kullanımını esas alan kriter, faili esas alan kriter, veri iletişim ağlarını esas alan kriterdir.[83] Bu kriterler kendi zamanlarına göre yapılmış ve neredeyse hepsi bazı eksik yönleri nedeniyle eleştirilmiştir. Bilişim suçlarının, hızlı gelişim gösteren teknolojiden yüksek oranda etkilenmesi nedeniyle yapılan tasnifler kısa sürede yetersiz kalmaktadır. Bu itibarla kanaatimizce *Akbulut* tarafından benimsenen, değindiğimiz kriterlerin karması niteliğindeki "verilerle veya veri işlemle konu bağlantısı olan ve bilişim sistemleriyle veya bilişim sistemine karşı işlenen suçlar" şeklindeki tanım[84], bilişim suçlarının tespiti bakımından kapsayıcı bir tanım olmuştur.

Doktrinde bazı yazarlar bilişim suçlarını bilişim araçlarına karşı suçlar, bilişim sistemleri ile işlenen suçlar ve bilişim sistemlerine karşı işlenen suçlar şeklinde üç ayrı başlıkta ele almaktadır.[85]

III. BAŞKASINA AİT BANKA VEYA KREDİ KARTLARINI KULLANARAK YARAR SAĞLAMA SUÇU

A. Genel Olarak

Halen yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'da banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu, "bilişim alanında suçlar" bölümünde, 245. maddede düzenlenmiştir. Madde toplamda beş fıkradan oluşmakta olup suç, ilk üç fıkrada üç ayrı suç tipi olarak düzenlenmiştir. 1. fıkrada başkasına ait banka veya kredi kartlarını kullanarak yarar sağlama; 2. fıkrada sahte banka veya kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek; 3. fıkrada ise sahte banka veya kredi kartını kullanarak yarar sağlama suçları olarak 3 fıkrada düzenlenmiştir.[86] 4. fıkrada şahsi cezasızlık nedenleri, 5. fıkrada ise etkin pişmanlık düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'da ise birebir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçuna karşılık gelen bir düzenleme yoktu. Ancak bu kanunun 525/b. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin[87] kredi veya banka kartlarının hukuka aykırı kullanılarak yarar sağlanması eylemleri bakımından uygulanıp uygulanmayacağı o dönemde tartışılmıştır. 5237 sayılı TCK'da 245. maddeye yer verilmesiyle sorun giderilmiştir. Ancak kanaatimizce nasıl ki 765 sayılı TCK'daki düzenlemeler teknolojik gelişmeler

[82] Akbulut, s.58.
[83] Bahsi geçen kriterler, bu kriterleri benimseyen yazarlar ve bu görüşlere yöneltilmiş eleştiriler için bkz. Akbulut, s.59-67.
[84] Akbulut, s.70.
[85] Yüksel Ersoy, "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, 1994, C.49, S.6-12, s.160,161.
[86] 245. Maddenin ilk 3 fıkrasında düzenlenen suçlarının ayrı suç tipleri olduğu hususunda bkz. Yargıtay 8. C.D., 21.05.2016, 2014/32263 E., 2015/17388 K. (Akbulut, s.275, dipnot 723.)
[87] "Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve ikimilyon liradan yirmimilyon liraya kadar ağır para cezası verilir."

karşısında yetersiz kaldıysa 5237 sayılı TCK'nın benzer şekilde yetersiz kalması kaçınılmaz olacaktır. Yeni TCK'nın 245. maddesinde suç, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanımıyla sınırlandırılmış olması nedeniyle, bankacılık alanındaki gelişmeler beraberinde farklı ödeme yöntemlerini de getirdiğinden bu düzenlemenin şimdiden yetersiz kaldığı söylenebilecektir.[88] Örneğin günümüzde çevrimiçi alışveriş alanında bazı aracı şirketlerin, uygulamalarında kullanıcılara alışveriş karşılığında verdikleri puan, mil, sanal para gibi ödeme araçlarının hukuka aykırı olarak ele geçirilip kullanılması halinde eylemi tam anlamıyla karşılayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle 245. maddede, para dışındaki ödeme araçlarının kötüye kullanılması gibi daha kapsayıcı bir ifade kullanması kanaatimizce sürekli mevzuat değişikliğinin önüne geçecektir.

B. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suçla korunan hukuki değerin tespiti bakımından ilgili kanunda suçun düzenlendiği yer önem arz etmedir. Zira yürürlükteki Türk Ceza Kanunu sistematiğinde de suçlar, korunan hukuki değerlere göre tasnif edilmiştir.[89] Ele aldığımız 245. madde ise "Topluma karşı suçlar" üst başlığı ile "Bilişim alanında suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir.

245/1. maddede düzenlenen, başkasına ait banka veya kredi kartının kullanılmasıyla yarar sağlama suçu ile korunan en önemli hukuki değer, kişilerin malvarlığıdır.[90]

Kişilerin malvarlığı, bu suçla korunan hukuki değerlerden biri olmakla beraber malvarlığına karşı diğer suçlardan farklı olarak, bu suçun banka veya kredi kartlarının kullanılmasıyla işlenmesi nedeniyle bankacılık sistemi, ticari hayat ve dolayısıyla ekonominin sağlıklı işleyişi de bu suçla korunmak istenmiştir.[91]

C. Suçun Unsurları

1. Suçun Maddi Unsurları

Suçun maddi unsurları, (Tipe uygun) fiil, suçun (maddi) konusu, fail ve mağdur olarak sayılabilir. Bu unsurları ayrı başlıklar altında detaylı şekilde inceleyeceğiz.

[88] Benzer yönde: Ayşe Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, İstanbul:Analiz Basım Yayın, 2002, s. 270.
[89] Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003, s.823.
[90] Akbulut, s.276; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2.b., Ankara:Adalet Yayınevi, 2015, s. 829; Ziya Koç, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, 2.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.79, Yıldız, s.108.
[91] Koca ve Üzülmez, s.830; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. b. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.995.

a. Fail-Mağdur

TCK'nın 245/1. Maddesinde düzenlenen suçun faili herkes olabilir.[92] Bu nedenle özgü suçlardan değildir. Fail ancak bir gerçek kişi olabilecektir. Suçun bir tüzel kişi lehine işlenmiş olması halinde bu tüzel kişi bakımından güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. [93]

Bu suç bakımından suçun mağduru, suçun işlenmesi ile malvarlığında azalma gerçekleşen kişi, dolayısıyla kart hamilidir.[94] Daha önce kart hamili başlığı altında belirttiğimiz gibi 245/1. madde lafzında geçen kart sahibi ifadesi aslında kart hamilini ifade etmektedir.[95] Kartın kullanımının kart hamilinin rızası dışında gerçekleştiğinin tespiti halinde kartı çıkaran kuruluş tarafından kart hamilinin zararı giderilebilmektedir. Bu durumda zarar gören, kartı çıkaran kuruluş olmaktadır.

Tüzel kişilerin suç mağduru olmaları mümkün olmayıp ancak suçtan zarar gören konumunda olabilirler.[96] Hamili tüzel kişi olan bir banka veya kredi kartının kötüye kullanımı halinde kart hamili suçtan zarar gören konumunda olacak, tüzel kişinin temsilcilerinin yapılacak yargılamaya katılmaları mümkün olacaktır.[97]

245/1. Maddede kart sahibi dışında, kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası dışında kullanımdan da bahsedilmektedir. Bu yolla mağdur bakımından bir ayrıma gidilmiş, kart sahibinin (kart hamili) dışında, kartın verilmesi gereken kişinin de korunması amaçlanmıştır. Ancak daha önce değinildiği gibi 5464 sayılı kanunun 15/1. maddesi gereği kart hamilinin kartın kullanılması nedeniyle doğacak sorumluluğu, sözleşmenin imzalandığı ve kartın zilyetliğine geçtiği veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarasının öğrenildiği andan itibaren başlamaktadır. 5464 sayılı kanunun 5237 sayılı TCK'dan daha sonra yürürlüğe girmiş olması nedeniyle böyle bir durumun ortaya çıktığı kanaatindeyiz. Kartın tesliminden önce işlenen suçlarda mağdurun kim olduğu hususunun en önemli sonucu zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından ortaya çıkmaktadır. Mağdurun farklı olması halinde gerçek içtima, aynı olması halinde ise zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.[98] Bu nedenle mağdurun tespiti oldukça önem arz etmektedir.

b. Suçun Konusu

Suçla korunan hukuki değer, suçun hukuki konusu olup suçun konusu ile kast edilen ise maddi konudur.

---

[92] Koca ve Üzülmez, s.831; Özbek, Doğan ve Bacaksız, s.1000; Akbulut, s. 278; Yıldız, s.115.
[93] Akbulut, s. 278; Koca ve Üzülmez, s.831.
[94] Koca ve Üzülmez, s.831.
[95] *"…Suçtan zarar görenin Finansbank A.Ş. olması nedeniyle, 5271 sayılı Yasanın "kamu davasına katılma" başlıklı 237 ve devamı maddelerine aykırı şekilde ilgili bankaya usulüne uygun olarak ihbar yapılarak kamu davasına katılma imkânı tanınmamış olması…"* Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesi, 09.11.2022 tarih ve E.2021-398, K.2022-1477 sayılı kararı (UYAP). Aksi yönde görüş için bkz. Koç, s. 85.
[96] Akbulut, s. 281; Koç, s. 84.; Cengiz Apaydın, Banka veya Kredi Kartını Kötüye Kullanma Suçları, Ankara:Seçkin Yayınları, 2021, s.28, 29.
[97] Koç, s. 89; Apaydın, s. 29.
[98] Akbulut, s. 282.

Doktrindeki baskın görüşe göre 245/1. Maddede düzenlenen suçun konusu banka veya kredi kartıdır.[99] Bazı yazarlara göre ise banka veya kredi kartı, suçun işlenmesinde bir araç olup suçun esas konusu bu kartların kullanılması ile sağlanan yarardır.[100] Suçun konusu bakımından yaptığımız tanımdan yola çıkacak olursak, fiilin üzerinde yapıldığı şey banka veya kredi kartı gibi görünse de esasında malvarlığıdır. Kartlar yalnızca aracı olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle suçun maddi konusunun malvarlığı olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız. Nitekim 245. Maddenin 4. fıkrasında, diğer malvarlığına karşı suçlar için öngörülene benzer şekilde şahsi cezasızlık sebeplerine yer verilmesi, kanun koyucunun da bu niyette olduğunu göstermektedir.[101]

c. Fiil

5237 sayılı TCK'nın 245/1. Maddesi "Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre fiilin tipe uygun olabilmesi için failin başkasına ait bir banka veya kredi kartını, kart sahibi veya kartın verilmesi gereken kişinin rızası olmadan kullanmak veya kullandırmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlamış olmalıdır.

245/1. maddede kanun koyucu, suçun oluşması için hem birden fazla hareketin gerçekleşmesi şartını aramış hem birden çok hareketten birinin yapılmasıyla suçun oluşacağını kabul etmiş hem de hareketin niteliğini belli bir şekle bağlamamıştır. Dolayısıyla suç hem çok hareketli hem seçimlik hareketli hem de serbest hareketli bir suç niteliğindedir.[102] Failin kartı sadece ele geçirmesi veya elinde bulundurması bu suçun oluşması için yeterli değildir. Bunun yanında kartı kullanmak veya kullandırmak suretiyle yarar da sağlamalıdır. Burada kartı ele geçirmek, kullanmak ve yarar sağlamak gibi birden çok hareket söz konusudur. Ancak aynı zamanda fail, kartı kullanmak yerine başkasına kullandırarak yarar sağlarsa da suç oluşacaktır. Bu da suçun aynı zamanda seçimlik hareketli suç olduğunu göstermektedir. Kartın ele geçirilme şekli veya kullanılma şeklinin kanunla sınırlanmamış olması da suçu aynı zamanda serbest hareketli suç kategorisine sokmaktadır.[103] Kartın bir markette kullanılarak ürün satın alınmasıyla da ATM'den para çekilmesiyle de bu suç oluşacaktır.

---

[99] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 997; Koç, s.119; Yıldız, s.111; Apaydın, s.29; Şahin Altuğ, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.9, S.17, (Haziran 2021), s.14.

[100] Koca ve Üzülmez, s.833; Akbulut, s. 284; Güneş Okuyucu Ergün, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S.2, (Aralık 2013), s. 1071, 1072; Berrin Akbulut, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması", Yaşar Hukuk Dergisi, C.1, S.2, (Temmuz 2019), s.1069.

[101] Aynı yönde bkz. Özbek, s. 1036.

[102] Akbulut, s.285. Ayrıca çok hareketli suç, seçimlik hareketli suç ve serbest hareketli suç tanımları için bkz. Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.b., İstanbul: Beta Yayınevi, 2023, s.281-283.

[103] Özbek, s. 1034.

i. Hareket

aa. Başkasına Ait Kartı Ele Geçirme veya Elde Bulundurma

Bu suçun oluşması için yapılması gereken ilk hareket, başkasına ait banka veya kredi kartının ele geçirme veya elde bulundurma, ikinci hareket ise bu kartla bir menfaat sağlamadır. Tek başına kartın ele geçirilmesi veya elde bulundurulması bu suçu oluşturmayacaktır. Bu hareket 245/1. Maddede düzenlenen suçun hazırlık hareketi olup suçun icra hareketlerine başlanmadığından kartın elde edilmesi hukuka aykırı bir yolla yapılmamış ise cezalandırılmayacaktır. Kartın elde edilmesi hukuka aykırı bir yolla yapılmış ve başka bir suç oluşturuyorsa fail, bu suçtan cezalandırılacak, ayrıca kartla menfaat elde edilerek 245/1. maddedeki suç da tamamlanmışsa gerçek içtima kuralları gereği iki farklı suçtan cezalandırılacaktır.[104]

245/1 madde hükmünde açıkça belirtildiği gibi kartın ele geçirilmesi veya elde bulundurulmasının hangi suretle gerçekleştiği önemli değildir. Kartın herhangi bir şekilde elde edilmesi yeterlidir. Maddede hareketin ele geçirme veya elde bulundurma şeklinde ikiye ayrılma sebebi ilkinin hamilin rızası olmaksızın, irade gösterdiği işlem dışında kullanmak amacı ile veya iradesi bir şekilde sakatlanarak kartın ele geçirilmesi, ikincisinin ise kartın hamilin zilyetliğinde olmadığı, çoğunlukla da hukuka aykırı olmayan haller bakımından söz konusu olmasıdır.[105]

Kart, hamilden çalma, yağmalama, dolandırıcılık suretiyle alma, ATM'ye kurulan düzenekle alma[106] şeklinde ele geçirilmiş veya hamile ulaştırılmak üzere teslim alma, hamilin rızası ile alma, kaybolmuş kartı bulma şeklinde elde bulundurulmuş olabilir.[107]

Bir şekilde elde edilen kart, başkasına ait olmalıdır. Kişinin kendisine ait kartın kaybolduğu veya çalındığı yönünde bankaya bildirimde bulunarak harcama yapması durumunda 245/1. Maddede düzenlenen suç oluşmayacaktır. Bu halde 5464 sayılı Kanunun 37/1. Maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.[108]

Burada değinilmesi gereken bir diğer önemli nokta da hareketin tek biçiminin kartın fiziken elde edilmesi olmadığıdır. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 3. maddesinin (e) bendinde kredi kartının tanımı "Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını ifade eder." şeklinde yapılmıştır. Dolayısıyla kredi kartının numarasının elde edilmesi ile de hareket gerçekleşmiş olacaktır.[109]

---

[104] Koca ve Üzülmez, s.835, 836; Fahri Gökçen Taner, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç Mudur?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 2, (2007), s.80; Özbek, s.1031.; aynı yönde Yargıtay C.G.K. 04.03.2014. E.2012/11-1439, K.2014/104. (UYAP sistemi).

[105] Karagülmez, s.270.

[106] Yargıtay bu konuda verdiği bir kararda, bu yöntemle kartın ele geçirilmesi halinde bilişim sisteminin bir parçası olan ATM'nin çalışmasına engel olunması nedeniyle TCK'nın 244/1. Maddesinde düzenlenen suçun oluşup oluşmadığı hususunun da irdelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. (Yıldız, s.178).

[107] Yıldız, s.127,128.

[108] Koca ve Üzülmez, s.834

[109] Okuyucu Ergün, s. 1071, 1072; Berrin Akbulut, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, s. 17, 18. Aksi yönde görüş için bkz. Özbek, s.1032; Koca ve Üzülmez, s. 837. Bu görüşlere göre kart bilgilerinin kullanılması suretiyle yarar sağlanması halinde TCK'nın 244. maddesinde düzenlenen suçlar meydana gelecektir.

Her ne kadar banka kartının tanımında aynı ifadeye yer verilmemiş ise de günümüzde artık banka kartı numarası ile de sanal alışveriş yapılabildiği gözetildiğinde banka kartına ait bilgilerin elde edilerek fayda sağlanması durumunda da bu suçun oluşacağı kanaatindeyiz.

aaa. Kart Bilgilerinin Ele Geçirilmesi İçin Kullanılan Yaygın Yöntemler

TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suçun hareket unsurlarından biri olan başkasına ait bir banka veya kredi kart bilgilerinin ele geçirilme biçimleri oldukça çeşitlidir. Bilişim alanındaki gelişmeler doğrultusunda bu yolda birçok farklı yöntem türemiştir ve gün geçtikçe yeni yöntemlerin ortaya çıkması da kaçınılmaz görünmektedir.

Bu suçun işlenmesinde klasik suçlardan farklı olarak bilgisayar, cep telefonu, POS, ATM gibi cihazlar araç olarak kullanılmaktadır. Bilişim alanı gelişime en açık, üst otoritenin olmaması nedeniyle denetimi en zor alanlardan biri olduğundan, kolay yoldan menfaat elde etmek isteyen kişiler için istismara en müsait alanlardan biridir. Failin, dünyanın herhangi bir yerinden zaman sınırı olmaksızın bazı yöntemlerle bu suçu işlemesi mümkündür. Bu yöntemler çoğunlukla failin kimliğini gizleme amacını da taşımakta olup bu amaçla her geçen gün yeni yöntemler türetilmektedir. Bu itibarla, kart bilgilerinin ele geçirilme şekillerini sınırlı sayım yoluyla ortaya koymak mümkün görünmemektedir.

Günümüzde kredi ve banka kartlarına ait bilgilerin ele geçirilmesi amacıyla birçok yöntem kullanılmaktadır. Örneğin ATM'ler ve POS cihazlarına yerleştirilen bazı mekanizmalarla kart bilgileri kopyalanarak elde edilebildiği[110] gibi ATM'lere yerleştirilen mekanizmalarla kart sıkıştırılarak fiziken de elde edilebilmektedir.[111]

Teknolojinin gelişimi, e-ticaretin yaygınlaşması ile günümüzde artık en küçük ihtiyaçlar bile sanal alışverişle karşılanabilmektedir. Bu nedenle kullanıcılara kolaylık sağlanması amacıyla e-ticaret şirketlerine ait websitelerinde kullanılan ödeme altyapıları, kart bilgilerinin bir sonraki alışverişte kullanılması için bilgilerin kaydedilmesi seçeneğini sunmaktadır. Bu durumdan faydalanarak büyük çaplı menfaat elde etmek isteyenler bu altyapı sistemlerine gerçekleştirdikleri siber saldırılar ile milyonlarca kişiye ait verileri elde edebilmektedir.[112]

---

[110] Yıldız, s. 179.

[111] Yıldız, s. 176.

[112] Örneğin Yemek Sepeti Elektronik İletişim Perakende Gıda Lojistik AŞ veri ihlal bildirimi hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 23/12/2021 tarih ve 2021/1324 sayılı Kararında 18/03/2021 tarihinde kimliği tespit edilemeyen şahıs/şahıslar tarafından veri sorumlusuna ait bir web uygulama sunucusuna erişildiği, ihlalden 21.504.083 Yemeksepeti kullanıcısının etkilendiği, açıklık bulunan sunucunun sızma testinden geçen bir sunucu olduğunun ifade edildiği dikkate alındığında bu durumun veri sorumlusu tarafından sızma testlerinin etkin bir şekilde yapılmadığını/yaptırılmadığını gösterdiği, büyük miktarda kişisel veri işleyen veri sorumlusunun bu boyutta bir ihlal yaşamasının ve müdahalede geç kalmasının mevcut risk ve tehditleri iyi belirlemediğinin göstergesi olduğu hususları dikkate alınarak, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrası hükmü çerçevesinde veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almayan veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca ihlalin boyutu, kabahatin haksızlık içeriği, veri sorumlusunun kusuru ve ekonomik durumu da göz önünde bulundurularak 1.900.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. (https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7168/2021-1324)

Kart bilgilerinin ele geçirilmesi amacıyla kullanılan bir diğer yöntem de sosyal mühendislik saldırılarıdır. Sosyal mühendislik, hassas bilgilere ve ağ sistemlerine, sistemin meşru kullanıcısı üzerinden erişim sağlamak amacıyla kullanılan düşük teknolojili ve genellikle insan zafiyetine dayanan yöntemlerin tamamına verilen addır.[113] Başka birçok bilişim suçunda da kullanılan sosyal mühendislik yöntemlerinden bazıları oltalama (Pishing), kimlik avı (Pharming) ve zararlı yazılımlardır.[114] Bu sosyal mühendislik türlerinin teknik detaylarını incelemekte fayda görüyoruz.

aaaa. Oltalama (Phishing)

Oltalama, İngilizce phishing kelimesinin karşılığı olarak kullanılmakta, phishing tabirinin ise İngilizce'deki şifre anlamına gelen *password* ve balık tutma anlamındaki *fishing* kelimelerinin birleşiminden türetildiği düşünülmektedir.[115]

Oltalama yöntemi de kendi içinde farklı türlere ayrılmaktadır. Her gün farklı bir yolu üretilen bu yöntemin en sık kullanılan türleri e-posta gönderme, sahte web site üretme, link manipülasyonu, smishing (SMS phishing), vishing (Voice phishing) olarak sayılabilir.[116]

E-posta gönderme yönteminde saldırgan, resmî kurumlardan gönderilen türden e-postaları taklit ederek mağdura göndermektedir. Örneğin mağdurun müşterisi olduğu bankadan gönderilmiş gibi düzenlenen bir e-posta içeriği ile mağdurdan şifresini güncellemesi istenerek mevcut şifresi elde edilmektedir. Sahte web site üretme yönteminde, gönderilen e-postada güvenilir bir kuruma ait web site linki mağdura gönderilmektedir. Mağdurun linke tıklaması ile saldırgan tarafından üretilen sahte web siteye ulaşması, burada karşısına çıkan forma kişisel bilgilerini girmesi sağlanmaktadır.[117]

Link manipülasyonu yönteminde banka, sanal alışveriş platformu gibi kurumların veya ünlü markaların resmî web sitelerine çok benzer şekilde web siteler üretilir. Mağdura bu site e-posta gibi yollarla gönderilerek sahte siteyi kullanması ve hassas bilgilerini girmesi sağlanır.[118] Mağdur alışveriş yaptığını veya sisteme giriş yaptığını zannederek esasında kart bilgileri veya şifresini saldırgana ulaştırmaktadır.

Smishing (SMS phishing) yönteminde, mağdura gönderilen kısa mesaj (SMS) ile mağdurun hediye kazandığı şeklindeki vaatlerle gönderilen kısa mesajdaki linke tıklaması ve ulaştığı sayfada kişisel bilgilerini girmesi sağlanmaktadır.[119]

---

[113] M.Zekeriya Gündüz ve Resul Daş, "Sosyal Mühendislik: Yaygın Ataklar ve Güvenlik Önlemleri", 9. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı, Ankara, 25-26 Ekim 2016, s.1.

[114] Yıldız, s.134 vd.; Bilişim suçlarının işlenmesinde kullanılan yöntemlerin daha kapsamlı incelemesi için bkz. Murat Volkan Dülger ve Gözde Modoğlu, Bilişim Suçları, Soruşturma ve Kovuşturma Yöntemleri ile İnternet ve İletişim Hukuku Uygulama Rehberi, Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Kasım 2014, s.28-37

[115] Yıldız, s.134.

[116] Ali Şenol ve Hacer Karacan, "Sazan Avlama (Phishing): Kullanılan Teknikler ve Bunlardan Korunma Yöntemleri", 5. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı, Ankara,17-18 Mayıs 2012, s. 3.

[117] Şenol ve Karacan, s.3.

[118] Şenol ve Karacan, s.3.

[119] Şenol ve Karacan, s.3.

Vishing (Voice phishing) yönteminde ise saldırgan mağduru telefonla aramakta, çeşitli hilelerle mağdurun kişisel bilgilerine ulaşmakta veya kendisine para gönderme gibi yollarla haksız menfaat elde etmektedir.[120]

İncelediğimiz bu yöntemler, saldırganlar tarafından kullanılan temel yöntemler olup DNS (Domain Name System-Alan Adı Sistemi) ayarlarını değiştirme, "ClickJacking" ile avlama, sistem ayarlarını değiştirme[121] gibi birçok sayısız yöntem vardır. Ancak son dönemde özellikle vishing yönteminin çok yaygın olduğu, eğitimli veya eğitimsiz her kesimden insanın bu yolla aldatılabildiği, bu ve diğer yöntemlere karşı halkın bilinçlendirilmesi amacıyla kamu spotları yayımlandığı[122], SMS yolu ile bilgilendirme yapıldığı bilinmektedir.

bbbb. Kimlik Avı (Pharming)

Pharming yönteminde de oltalama yönteminde olduğu gibi saldırgan, mağdura bir e-posta göndermektedir. Ancak oltalamadan farklı olarak gönderilen postada bir link yoktur. Mağdurun, e-postayı açması ile sistemine zararlı yazılım yüklenip mağdurun DNS ayarlarına müdahale edilmektedir. Bu sayede mağdur, güvenilir ve gerçek bir web siteye girmek istediğinde dahi saldırganın DNS ayarlarındaki müdahalesi nedeniyle, saldırgan tarafından düzenlenmiş olan sahte web siteye ulaşmaktadır. Saldırgan bu şekilde mağdurun bu sahte siteye girdiği kart bilgilerini elde etmektedir.[123]

cccc. Zararlı Yazılımlar (Malwares)

Zararlı yazılım kavramı, İngilizce'deki *malicious* (Kötü niyetli) ve *software* (Yazılım) kelimelerinden türetilmiş olan *malware* tabirinin Türkçe'deki karşılığı olarak kullanılmaktadır. Zararlı yazılımlar, bulaştığı bilgisayar veya ağ üzerindeki diğer cihazlarda zarara yol açmak, bilgileri ele geçirmek, sistemin performansını düşürmek gibi amaçlarla hazırlanmış yazılımlardır.[124]

Birçok zararlı yazılım türü olmakla birlikte en temel zararlı yazılım türleri virüsler, solucanlar (Worm), Truva atları (Trojan), klavye dinleme sistemleri (Keylogger), casus yazılımlar (Spyware) olarak sayılabilir.[125] Kart bilgilerini ele geçirme amacıyla kullanılan, temel zararlı yazılımlardan sayılmasa da konumuz açısından önemli olduğunu düşündüğümüz ekran kaydediciler (Screenlogger) ve izleme çerezlerini (Tracking cookie) de incelemekte fayda görüyoruz.

---

[120] Mustafa Atalan, "Türk Ceza Kanunu'nun 158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar ve Bu Suçlar Arasındaki İlişki Sorunsalı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.161, (2022), s.66.

[121] Bu ve benzeri yöntemlerin detayları için bkz. Şenol ve Karacan, s.3-4.

[122] Oltalama yöntemine hakkında Ticaret Bakanlığı tarafından resmi sitesinde yayımlanan bir kamu spotu: "https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/kamu-spot-filmler-egitim-videolari/oncelikli-yayin-spot-filmler/tuketicilere-karsi-dolandiricilik-girisimleri-hakkinda-kamu-spotu" Dolandırıcılık yöntemlerine ilişkin Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından resmi sitesinde yayımlanan bir kamu spotu: "https://www.egm.gov.tr/dolandiricilik"

[123] Yıldız, s.139.

[124] Gürol Canbek ve Şeref Sağıroğlu, "Kötücül ve Casus Yazılımlar: Kapsamlı Bir Araştırma", Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi, C.22, S.1, (2007), s.122.

[125] İlker Kara, "Türkiye'de Zararlı Yazılımlarla Mücadelenin Uygulama ve Hukuki Boyutunun Değerlendirilmesi", Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-dergisi, S.52, (Kasım-Aralık 2015), s.88-90.

Virüsler ve solucanların genel işlevi, bulaştıkları sisteme zarar vermek olup kişisel bilgileri elde etmek amacı ile kullanılmazlar. Bu nedenle çalışmanın konusunu oluşturan banka ve kredi kartı bilgilerinin elde edilmesi amacıyla kullanılan yazılımlardan Truva atları, klavye dinleme sistemleri, ekran kaydediciler, casus yazılımlar ve izleme çerezleri ele alınacaktır.

Truva atları, adlarını Yunanların Truva'yı ele geçirmek için tahtadan yapılmış bir at içine gizlenen askerlerin zararsız gibi gösterilerek şehre sokulması, daha sonra bu askerlerin, Yunan ordusunun şehre girebilmesi için kapıları açması olayından almaktadır. İşleyişi bu olaya çok benzemektedir. Truva atları, genellikle faydalı bir programa gizlenerek mağdurun programı çalıştırması ile sisteme sızmaktadır.[126] Truva atlarının da birçok farklı türü olup genellikle sistemde güvenlik açığı oluşturarak zararlı programların sisteme girişini, bu yolla saldırganın kişisel bilgileri ele geçirmesini sağlamaktadırlar.[127]

Klavye dinleme sistemleri, mağdurun klavye yoluyla girdiği bilgileri kaydederek belirli aralıklarla saldırgana ulaştıran yazılımlardır.[128] Sistemine bir şekilde bu yazılımdan yüklenmiş olan kullanıcı, örneğin bir e-ticaret sitesinden alışveriş yapmak istediğinde gireceği kart bilgileri saldırgana iletilecektir.

Ekran kaydediciler de klavye dinleme sistemlerine çok benzemektedir. Farkı ise belirli aralıklarla kullanıcının ekran görüntüsünü alıp saldırgana iletmesidir.[129] Bu şekilde yine kullanıcı bir e-ticaret sitesinde veya mobil bankacılık sitesinde kart bilgilerini girdiği sırada, bu yazılımın ekran görüntüsü alması halinde kart bilgileri saldırganın eline geçmiş olacaktır.

Uygulamada klavye dinleme sistemleri aracılığıyla kart bilgilerinin ele geçirilmesinin önlenmesi amacıyla sanal klavyeler (Ekran klavyesi) kullanılabilmektedir. Sanal klavyeler fare (Mouse) aracılığıyla kullanılmakta olup keyloggerların bilgileri kaydetmesini engellese de ekran kaydediciler bu yolla girilen bilgileri de kaydedebilmektedir.[130]

Casus yazılımlar, çoğunlukla kullanıcıların kişisel bilgilerinin elde edilmesi amacıyla üretilen, kullanıcıların bilgisi olmadan sisteme bulaştırılan yazılımlardır. Çoğunun en önemli amacı kart bilgileri, şifreler gibi önemli bilgilerin elde edilmesidir. Ancak bazen ticari amaçlarla da casus yazılım üretilebilmektedir. Bazı firmalar, kullanıcı alışkanlıklarını belirleyerek onlara hitap edebilmek adına internet ortamında casus yazılımlar yayabilmektedir. Bu nedenle casus yazılımlar, kişiler verilerin gizliliği karşısında en büyük tehditlerden biridir.[131]

İzleme çerezleri, bir çerez türü olup çerezler genellikle birçok web sitesi tarafından kullanıcılar hakkında bilgi edinmek amacıyla kullanılmaktadır. Ancak izleme çerezi, kötü niyetli çerez kullanımlarından biridir.

[126] Canbek ve Sağıroğlu, s.125.
[127] İlker Kara, "Türkiye'de Zararlı Yazılımlarla Mücadelenin Uygulama ve Hukuki Boyutunun Değerlendirilmesi", Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi, S.52, (Kasım-Aralık 2015), s.89.
[128] Canbek ve Sağıroğlu, s.126.
[129] Yıldız, s.145.
[130] Yıldız, s.145.
[131] Canbek ve Sağıroğlu, s.125.

Bulaştığı bilgisayar sisteminde kullanıcının yaptığı tüm işlemlerin kaydını tutarak saldırgana göndermektedir. Bu şekilde kullanıcıların banka ve kredi kartı bilgilerinin elde edilmesi de mümkündür.[132]

bb. Kartı Rıza Dışında Kullanma veya Kullandırma Suretiyle Yarar Sağlama

bbb. Rızanın Bulunmaması

Kanun koyucunun, 245/1. Maddede düzenlenen suçun oluşması için aradığı hareketlerden biri de kartın rıza dışında kullanılarak veya kullandırılarak kendisine veya başkasına yarar sağlanmasıdır. Burada aranan rıza yokluğu, suçun unsurlarından biridir ve rızanın bulunması hukuka uygunluk nedeni olmayıp tipikliği ortadan kaldıran bir durum olacaktır.[133]

Bahsi geçen rızayı verebilecek kişiler kart hamili (TCK'daki ifadesi ile kart sahibi) veya kartın teslim edilmesi gereken kişidir. Bu hususa da kanun lafzında açıkça yer verilmiştir. Rızanın sonradan verilmiş olması halinde genel kural suçun oluşmasını etkilemeyeceği yönündedir.[134] Bu suç bakımından da aynı kural geçerlidir.[135]

Kartın teslim edilmesinden önce yapılan haksız kullanımın en tipik örneklerinden biri kartın hamile teslimi için verilen kuryenin kartı kullanarak yarar sağlamasıdır.

Kartın kullanımı bakımından verilen rızanın aşılması halinde doktrinde 245/1. Maddede düzenlenen suçun oluşacağını düşünenler[136] olduğu gibi 155/1. maddede[137] düzenlenen güvenin kötüye kullanılması suçunun oluşacağını düşünenler[138] de bulunmaktadır. Kanaatimize göre ise bu durumda hem 245/1. maddede düzenlenen suç, hem de güveni kötüye kullanma suçu oluşmaktadır ve TCK'nın 44. maddesinde yer alan fikri içtima kuralları gereği fail, daha ağır cezayı gerektiren 245/1. madde doğrultusunda cezalandırılmalıdır.[139]

Kartın kullanımına rıza gösteren kişinin ölümünden sonra kartın kullanımı halinde de 245/1. maddede düzenlenen suç oluşacaktır.[140]

---

[132] Kara, s.90.
[133] Özbek, s. 1033; Okuyucu Ergün, s. 1072; Akbulut, s. 13.
[134] Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 361.
[135] Yıldız, s.159.
[136] Akbulut, s.15; Okuyucu Ergün, s. 1070; Yıldız, s.159; Sacit Yılmaz, "Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.87, (2010), s. 273,274.
[137] Madde 155/1: "*Başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır*."
[138] Eylem Baş, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, Ankara:2015, Yetkin Yayınları, s.151.
[139] Aynı yönde bkz. Koca ve Üzülmez, s.844.
[140] Karagülmez, s.303, 304; Yılmaz, s. 274.

ccc. Kullanma veya Kullandırma

245/1. maddede sayılan diğer hareketler, kartın fail tarafından bizzat kullanılarak veya bir üçüncü kişiye kullandırarak kendisine ya da başkasına yarar sağlamaktır. Ancak kanunda bu şekilde bir ayrıma gidilmesinin yersiz olduğu yönündeki görüşe[141] katılmaktayız. Kartın başkasına kullandırılması suretiyle menfaat sağlanması hali zaten iştirak hükümleri çerçevesinde yaptırıma tâbi tutulabilecektir

Kartın kullanım veya kullandırılmasının oldukça fazla yöntemi vardır. Bilişim teknolojisinin gelişmesi ile birlikte bu yöntemler de çeşitlenmektedir. Daha önce vurgulandığı gibi banka ve kredi kartlarının failce hem fiziksel olarak kullanılması hem de kart bilgilerinin kullanılması mümkündür. Bu kullanma işlemi para çekme, hesaba havale veya EFT yapma gibi klasik yöntemlerle olabileceği gibi daha teknik yöntemlerle de yapılabilir.

Kartın haksız kullanım yöntemlerinden biri *mail order*[142] yöntemidir. Bu yöntemde kart bilgileri bir işletme tarafından ödeme için kart hamilinden alınmaktadır. Genellikle internet bağlantısında sorun olan durumlarda veya uzaktan ödeme yapmak amacıyla kart bilgileri işletmeye verilmektedir. İşletme de POS cihazına kart bilgilerini girerek ödemeyi almaktadır. Bazı işletmeler ise müşteriye bir form gönderip bu forma kart bilgilerini girmesini istemektedir. Kart bilgilerinin bu şekilde verilmesi halinde işletme tarafından, müşterinin rıza gösterdiği işlem dışında kullanılarak menfaat sağlanması mümkündür. Yine kötü niyetli kişilerce mağdur aranarak borcunun olduğu söylenip kart bilgilerinin elde edilmesi ve *mail order* yöntemiyle kartın kullanılması durumuna da sıkça rastlanmaktadır.[143]

---

[141] Koca ve Üzülmez, s.837, 838.

[142] "Mail order yöntemi, kredi kartı ile POS cihazının aynı ortamda olmadığı veya internet bağlantısında sorun olan durumlarda ödeme alabilmek için kullanılan bir yöntemdir…Mail order ile ödeme için kullanılacak olan kredi kartının bu işleme açık olması gerekiyor. Kredi kartları; banka müşteri hizmetleri, internet bankacılığı veya mobil bankacılık uygulamaları üzerinden mail order için kolayca açtırılabiliyor…İşletmeler için mail order iki şekilde yapılabiliyor. Bunlardan ilki, işletmedeki POS cihazına kredi kartı bilgilerini manuel olarak girmek. Bu bilgiler ise şöyle: Kart üzerindeki numara, son kullanma tarihi ve güvenlik kodu (CVV). Bu yöntem genellikle fiziki olarak işletmelerde bulunup kredi kartı herhangi bir problemden dolayı çalışmadığında tercih ediliyor. İkinci yöntemde ise ödeme almak isteyen işletme, müşterisine bir mail order formu gönderiyor. Ödeme yapacak olan müşteri bu forma kimlik bilgileri, kart bilgileri (kart numarası, son kullanma tarihi ve CVV) ve ödenecek olan tutarı yazıyor. Müşteri doğru ve eksiksiz bir şekilde doldurduğu mail order formunu imzaladıktan sonra işletme de formu kontrol ediyor ve her şey doğruysa kaşe basıp imza atarak işlemi onaylıyor. Bu sayede form devreye girmiş ve ödeme süreci başlamış oluyor…Her ödeme sisteminin olduğu gibi mail order yönteminin de bazı dezavantajları bulunuyor. Mail order formları doldurulurken tüm kart bilgileri yazıldığından bu bilgilerin herhangi bir üçüncü parti ile paylaşılma, çalınma veya kaybolma riski bulunuyor. Bunun olmaması için hem satıcı işletmenin hem de müşterinin kendilerini korumaları gerekiyor.", www.isbank.com.tr/blog/mail-order-nedir-nasil-yapilir . Ayrıca mail order sisteminin detayları için bkz. Kaya, s.82.

[143] Benzer bir olaya ilişkin Yargıtay 8. Caza Dairesi'nin 13.10.2022 tarih ve E. 2020-7076, K.2022-914435 sayılı kararında: *"…Olay tarihinde sanıkların işletmekte olduğu çağrı merkezince müştekinin arandığı, arayan şahsın müştekiye acil yardım hizmetlerine üye olduğunu, borcunun bulunduğunu, eğer ödemezse faizi ile birlikte adresine haciz geleceğini, şimdi öderse borcunun yapılandırılarak 359,99 TL'lik çekim yapacaklarını söylemeleri üzerine inanarak kredi kartı bilgilerini verdiği, daha sonra müştekinin kredi kartından rızası hilafına 199,00 TL çekim yapıldığı, dosya içerisinde bulunan Yapı Kredi Bankası A.Ş'nin cevabi yazısından işlemin mail order yöntemi ile yapıldığının belirtildiği, müştekiden önceden borcu olduğu söylenerek kredi kartı bilgilerinin istendiğini, inanarak kredi kartı bilgilerini verdiğini beyan ettiği anlaşılmakla; sanıkların, suç tarihinde mağdurun iradesini fesada*

Kart hamilinin limiti aşan şekilde kullanım yapması halinde kanaatimizce suçun unsurları bulunmadığından suç oluşmayacaktır. Ayrıca bu konuda 5464 sayılı Kanun'un 9/1. maddesinin "Kart hamillerinin harcamalarıyla kart limitlerini aşmaları halinde, aşılan miktara işlem tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süre için, akdi faizden başka herhangi bir ücret talep edilemez." şeklindeki son cümlesi doğrultusunda bu durumun hukuki ihtilaf kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.[144]

ii. Netice

TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suçun oluşması için kartın sadece kullanılması veya kullandırılması yetmeyip ayrıca bu kullanım sonucunda bir yarar da sağlanmış olmalıdır. Bu yarardan anlaşılması gereken, kartların sağladığı her türlü maddi değerdir.[145] Örneğin fail kartla faturasını ödemiş, kendisinin veya başkasının hesabına para aktarmış, nakit avans çekmiş, kripto para almış, borsa hissesi almış olabilir.

Madde lafzından da anlaşılacağı üzere yarar, failin kendisine sağlanmış olabileceği gibi başka bir kişiye de sağlanmış olabilir. Bu durumda örneğin mağdurun kart bilgilerini bir şekilde elde eden A kişisinin, bir alışveriş sitesi üzerinden B kişisi adına sipariş vermesi, siparişi de B kişisinin teslim alması halinde A kişisi bu suçtan cezalandırılacaktır. Ancak bu noktada failin tespiti sorunu yaşanabileceği kanaatindeyiz. Çünkü uygulamada genellikle siparişi teslim alan kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmaktadır. Kart bilgilerini kullanan kişi ise ancak IP bilgileri üzerinden tespiti halinde cezalandırılabilecektir. Ayrıca böyle bir durumda iştirak hükümlerinin tartışılması da kaçınılmaz olacaktır. Zira –istisnai durumlar da olabileceği gibi- lehine yarar sağlanan kişinin suçtan haberdar olmaması, suça iştirak etmemiş olması, hayatın olağan akışına aykırı görünmektedir.

Suçun tamamlanması için, kartın kullanılması veya kullandırılması neticesinde yararın sağlanmış olması, neticenin meydana gelmiş olması gerekmektedir. Yararın sağlanamaması halinde teşebbüs hükümlerinin tartışılması gerekmektedir. Bu suç, neticesi hareketten ayrılabilen suçlardandır [146]

d. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun unsurlarından bir diğeri de hukuka aykırılıktır. Eylem tipe uygun olsa dahi hukuka aykırı olmadıkça suç oluşmayacaktır.[147]

Daha önce belirttiğimiz gibi ilgilinin rızası, bu suç bakımından suçun unsurları arasında sayıldığından hukuka uygunluk nedeni değil tipikliği ortadan kaldıran bir durumdur.

---

uğratarak elde ettiği kredi kartı bilgilerini kullanarak rızası dışında para tahsilatı suretiyle atılı TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen başkasına ait banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu işledikleri anlaşılmakla…" ifadelerine yer verilmiştir. (UYAP)

[144] Aynı yönde; Yıldız, s. 165, 166.

[145] Koca ve Üzülmez, s.838; Özbek, s. 1054.

[146] Özbek, s. 1054.

[147] İçel, s. 307.

TCK'da düzenlenen diğer hukuka uygunluk nedenlerinin bu suç bakımından uygulama alanı bulunmamaktadır.[148]

2. Suçun Manevi Unsuru

245/1. Maddede düzenlenen suçun taksirle işlenmesi halinde cezalandırılacağı düzenlenmediğinden bu suç yalnızca kasten işlenebilir; taksirle işlenmesi mümkün değildir.[149]

245/1. Maddede düzenlenen suçun olası kastla da işlenebileceği yönünde görüşler[150] mevcut ise de biz bu görüşe katılmamaktayız.[151]

D. Suça Etki Eden Haller

Kanunlarda bazı suçlar bakımından daha fazla veya daha az cezayı gerektiren bazı haller düzenlenmiştir. TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suç bakımından daha fazla veya daha az cezayı gerektiren bir durum öngörülmemiştir. Ancak suçun maddi konusu malvarlığı olduğundan bu suçun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde daha az ceza öngörülmemesi eleştirilmiştir.[152] Biz de bu görüşe katılmaktayız.

E. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Şahsi cezasızlık sebepleri, malvarlığına karşı işlenen suçlarda söz konusu olmaktadır. 245. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suç bakımından, 4. fıkrada şahsi cezasızlık sebeplerine yer verilmiştir.

245. maddenin 4. fıkrası: "*Birinci fıkrada yer alan suçun;*

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz." şeklindedir.

Bu düzenleme ile kanun koyucu, fail ile arasında belirli düzeyde hısımlık bulunan kişilere karşı işlenen suçlar nedeniyle failin cezalandırılması halinde aile ilişkilerinin zarar göreceği düşüncesi ile hareket etmiştir.[153]

---

[148] Özbek, s. 1034; Yıldız, s. 200. Aksi yönde görüş için bkz. Akbulut, s.296.
[149] Akbulut, s. 295.
[150] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s.1005
[151] Aynı yönde bkz. Koç, s.121.
[152] Özbek, s. 1034; Yıldız, s. 198
[153] Koç, s. 142. 5237 sayılı TCK'nın 167. maddesinin gerekçesinde de benzer doğrultuda "İzlenen suç politikası nedeniyle, aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin birbirlerinin malvarlığına karşı işlemiş bulundukları suçlardan dolayı cezalandırılmamaları kabul edilmiştir. Ancak, yağma ve nitelikli yağma suçları açısından bu şahsî cezasızlık sebebinden yararlanma kabul edilmemiştir. Şahsî cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili kişinin sadece cezaî sorumluluğuna gidilemez. İşlenen fiil, suç oluşturma özelliğini devam ettirmektedir." ifadelerine yer verilmiştir.

F. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması, ilgili kanunda açıkça düzenlenmesi halinde mümkündür. TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suç bakımından da etkin pişmanlık hükümlerine 245/5. fıkrada "*Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.*" şeklinde yer verilerek 168. maddeye atıf yapılmıştır. Madde lafzından anlaşıldığı üzere etkin pişmanlık uygulaması, yalnızca 245/1. maddede düzenlenen suç bakımından mümkündür. 2. ve 3. fıkralarda düzenlenen suçlar açısından etkin pişmanlık uygulaması söz konusu değildir.

G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

245/1. maddede düzenlenen suç, neticesi hareketten ayrılabilen suçlardandır. Dolayısıyla bu suça teşebbüs mümkündür.[154]

2. İştirak

Bu suç, iştirak hükümleri bakımından bir özellik göstermemektedir. Suçun işlenmesinde tüm iştirak türleri söz konusu olabilecektir. Ancak kartın ele geçirilmesi hırsızlık gibi ayrı bir suç oluşturuyor ve bu suçu faillerden biri işlemiş, diğer fail yalnızca kartı kullanarak menfaat sağlamış ise bu halde birlikte faillik hükümlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir. Her fail kendi eyleminden sorumlu tutulacaktır. Failler her iki aşamada da ortak hareket etmişse birlikte faillik hükümleri gereği 245/1. madde uyarınca ayrı ayrı cezalandırılacaklardır.[155]

Bu suç bakımından dolaylı faillik de söz konusu olabilecektir. Nitekim kanun metninde de "kullandırma" şeklinde bir harekete yer verilmiştir. Buna göre söz gelimi fail, çaldığı bir kartı cezai ehliyeti olmayan bir çocuğa vererek ATM'den para çektirmesi halinde veya kartın çalıntı olduğunu bilmeyen birine kullandırılması halinde dolaylı faillik hükümleri gereği kartı kullanan kişi değil yönlendiren kişi dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır.[156]

3. İçtima

Suçların birleşmesi hususunda Türk Ceza Hukuku'nda benimsenen temel kural, fiil kadar suçun ve suç kadar cezanın olduğu gerçek içtima kuralıdır.[157] Bunun istinası olan diğer içtima halleri 5237 sayılı TCK'da, bileşik suç (m.42), zincirleme suç (m.43) ve fikri içtima (m.44) olarak düzenlenmiştir.

245/1. maddede düzenlenen suçta kartın herhangi bir şekilde ele geçirilmesi veya elde bulundurulması mümkün olduğundan bu fiilin başka bir suç oluşturması halinde bileşik suçtan söz edilemeyecektir. Çünkü

[154] Koca ve Üzülmez, s. 840; Akbulut, s. 296; Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 1010; Koç, s. 127.
[155] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 1010; Koç, s.123, 124; Akbulut, s. 297; Yıldız, s. 224.
[156] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 1011; Yıldız, s. 225.
[157] Karagülmez, s. 294.

ele geçirmek veya elde bulundurmak için işlenen suç, kart ile menfaat sağlanması suçunun kanuni bir unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni değildir. Dolayısıyla bu halde fail gerçek içtima kuralları gereği suç oluşturan her fiil bakımından ayrıca cezalandırılacaktır.[158]

Bu suçta zincirleme suç hükümlerinin uygulanması da mümkündür. Zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin 1. ve 2. fıkralarında iki ayrı türe yer verilmiştir. 1. fıkrada aynı suçun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesi; 2. fıkrada ise aynı suçun bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusudur. Bu durumda suçun mağdurunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Daha önce mağdur başlığında değindiğimiz gibi bu suç bakımından suçun mağduru, suçun işlenmesi ile malvarlığında azalma gerçekleşen kişi, dolayısıyla kart hamilidir. Uygulamada kartı çıkaran kuruluşlar suçtan zarar gören olarak soruşturma ve kovuşturmada yer alsalar da *Özbek/Doğan/Bacaksız* tarafından da vurgulandığı gibi zincirleme suçun söz konusu olduğu hallerde kartın hangi kuruluş tarafından çıkarıldığı önemini yitirerek ikincil bir niteliğe bürünmektedir.[159] Ancak yine mağdur başlığında değindiğimiz gibi kartın hamiline tesliminden önce mağdurun kartı çıkaran kuruluş olduğu kanaatindeyiz.

Hareket başlığında da değindiğimiz gibi bu suçun oluşması için yapılması gereken ilk hareket, başkasına ait banka veya kredi kartının ele geçirme veya elde bulundurma, ikinci hareket ise bu kartla bir menfaat sağlamadır. Tek başına kartın ele geçirilmesi veya elde bulundurulması bu suçu oluşturmayacaktır. Bu hareket 245/1. Maddede düzenlenen suçun hazırlık hareketi olup suçun icra hareketlerine başlanmadığından kartın elde edilmesi hukuka aykırı bir yolla yapılmamış ise cezalandırılmayacaktır. Kartın elde edilmesi hukuka aykırı bir yolla yapılmış ve başka bir suç oluşturuyorsa fail, bu suçtan cezalandırılacak, ayrıca kartla menfaat elde edilerek 245/1. Maddedeki suç da tamamlanmışsa gerçek içtima kuralları gereği iki farklı suçtan cezalandırılacaktır.

245/1. madde bakımından düzenlenen suçta fikri içtimaın uygulama alanının oldukça kısıtlı olduğu kanaatindeyiz. Örneğin failin, arkadaşının kendisine rızası ile teslim ettiği karttan rıza dışında para çekerek menfaat elde etmesi halinde hem 245/1. maddede düzenlenen suç hem de güveni kötüye kullanma suçu oluşmaktadır. Bu durumda TCK'nın 44. maddesinde yer alan fikri içtima kuralları gereği fail, daha ağır cezayı gerektiren 245/1. madde doğrultusunda cezalandırılmalıdır.

IV. FAİLİN TESPİTİ SORUNU

A. Failin Tespitini Zorlaştıran Nedenler

Bu suç bakımından yargılama aşamasında karşılaşılan en önemli sorunlardan biri failin tespitidir. Kartın fiziksel kullanımında failin tespitini zorlaştıran durumlar da bulunmakla beraber bu başlık altında suçun internet aracılığıyla işlendiği halleri ele alacağız. İnternet ortamının anonim bir ortam olması nedeniyle kişiler kimliklerini rahatça gizleyerek hareket edebilmektedir. Uygulamada da bu durumlarda soruşturma aşamasında şüphelinin tespit edilememesi nedeniyle çoğunlukla kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini görmekteyiz.

[158] Taner, s. 79, 80; Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 1012; Koca ve Üzülmez, s. 843.
[159] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 1011.

Failin tespitini engelleyen en önemli nedenler, failin suçu işlerken VPN kullanması, ortak internet ağı kullanması, suçun işlendiği yerin farklı bir ülke olmasıdır. Çözüm önerileri üretilebilmesi amacıyla bu nedenlerin tek tek irdelenmesi gerekmektedir.

1. VPN Kullanımı

TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen ve diğer bilişim suçlarını işleyen kişilerin tespiti yolunda en önemli delillerden biri IP (İnternet Protokolü) adresidir. IP adresi, bir cihazı internet veya yerel ağ üzerinde tanımlayan adres olup her IP adresi benzersizdir. IP adresi konum bilgilerini içerir ve cihazların iletişim için erişilebilir olmasını sağlarlar. İnternette bilgisayarlar, yönlendiriciler ve web sitelerini ayırt edebilmek için bazı yöntemlere ihtiyaç vardır. IP adresleri de buna yaramaktadır ve bu nedenle çok büyük öneme sahiptir.[160] IP adresinin de statik ve değişken IP olmak üzere iki türü bulunmaktadır.[161]

Uygulamada faillerce VPN kullanılarak IP adresi gizlenebilmektedir. Ayrıca suçun işlendiği IP adresine ulaşılsa dahi şüpheliye ulaşmak her zaman mümkün değildir. Çünkü IP adresinin tanımladığı cihaz veya ağ birden fazla kişi tarafından kullanılabilmektedir.

VPN (Virtual Private Network)**,** "Sanal Özel Ağ" anlamına gelip şebeke bağlantısında koruma sağlamak amacıyla kullanılmaktadır. VPN'in başlıca fonksiyonları kimlik gizleme, konum değiştirme, takibi engelleme ve iz bırakmayı engellenmedir VPN programları, kullanıcının internet trafiğini şifreler ve çevrimiçi kimliğini gizler. Böylece üçüncü kişilerin çevrimiçi hareketleri takip etmesi zorlaşır. Şifreleme gerçek zamanlı olarak gerçekleşir. VPN kullanımı sırasında demografik konum verileri başka bir ülkedeki sunucudan geldiği için gerçek konum tespit edilemez. VPN konum yanıltması ile başka bir ülkedeki bir sunucuya geçip konumu etkili bir şekilde değiştirir. Ayrıca çoğu VPN hizmeti, yapılan işlemlerin kayıtlarını depolamaz. Bazı sağlayıcılar ise işlemleri kaydeder. VPN'nin ana görevi IP adresini İSS(İnternet Servis Sağlayıcısı)'ten ve diğer üçüncü kişilerden gizlemektir. Bu durum, kullanıcı ve VPN sağlayıcısı dışında kimsenin görme ihtimali olmadan çevrimiçi işlem yapmayı sağlar. VPN, kullanıcının arkasında internet geçmişi, arama geçmişi ve çerezler gibi izler bırakmasını da engellemektedir. Çerezleri de şifreleyerek üçüncü kişilerin kişisel veriler ve internet sitelerindeki içerikler gibi gizli

[160] https://tr.wikipedia.org/wiki/IP_adresi

[161] "…İnternet protokol (IP) adresinin internet ya da herhangi bir TCP/IP protokolü (transfer kontrol protokol/internet protokol) kullanılan ağ üzerinden (örneğin ev içi ağ) haberleşecek olan cihazların alışverişleri esnasında birbirlerinin erişim adreslerini belirlemek amacıyla kullanıldığı, bir IP adresinin bir cihaza geçici bir süre ile atanabileceği gibi, o cihazın değişmeyen IP adresi olarak da kalabileceği, bu nedenle birincisi cihaza ait olan statik IP, diğeri ise boşta olup IP sağlayıcı tarafından istenildiğinde atanan değişken olarak adlandırılan IP olmak üzere iki tip IP adresi olduğu, günlük hayatta evlerde kullanılan ADSL modemlerin de benzer bir uygulamayı içerdiği, herhangi bir servis sağlayıcıya (örneğin Türk Telekom) abone olan kullanıcının, servis sağlayıcıdan statik IP adresi talep ettiği taktirde, aboneliği süresince internete her eriştiğinde bu statik IP ile erişmiş olacağı, kullanıcı statik IP adresi talebinde bulunmaz ise internete bağlandığı IP adreslerinin değişkenlik gösterebileceği, çünkü kullanıcının internet bağlantısı kopup yeniden geldiğinde ya da modemini yeniden başlatması aşamasında, servis sağlayıcının ilgili kullanıcının modemine o an boşta olup kullanılmayan IP adreslerinden birini atayabileceği, dolayısıyla aynı IP adresinin, değişik zamanlarda farklı kullanıcılara verilebileceği bilinmektedir...", (Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi, 8. Ceza Dairesi, 27/12/2021,2021/1653 E., 2021/1677 K.)

bilgilere erişimlerini engeller.[162] Uygulamada failler çoğunlukla VPN aracılığıyla konumlarını değiştirmekte, soruşturma aşamasında yapılan araştırma neticesinde yurtdışı kaynaklı IP adresine ulaşılınca şüphelinin tespit edilemeyeceği düşüncesiyle çoğunlukla kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmektedir.

2. Ortak İnternet Ağı Kullanımı

Bilişim alanında işlenen suçlarında faillerin kimliklerini gizlemek için bir diğer yöntem de ortak internet bağlantısı kullanmaktır. Yani fail, bir şekilde mağdurun kart bilgilerini ele geçirip bu kart bilgileri ile internet üzerinden alışveriş yapmışsa ve bu alışveriş sırasında kafe, restoran, otel gibi birçok kişi tarafından kullanılan ağlarını kullanmışsa failin tespitini IP yoluyla yapmak imkânsızlaşmaktadır. Çünkü bu durumda IP adresi tespit edilecektir ancak kim tarafından kullanıldığı belirlenemeyecektir.[163]

3. Suçun İşlendiği Yerin Farklı Bir Ülke Olması

Bilişim suçları sınırötesi suç, ulusalüstü suç olarak da adlandırılmaktadır. Suçu Türkiye'de işleyen failin VPN aracılığıyla konum bilgilerini değiştirebileceği gibi doğrudan yurtdışında bulunan faillerce bu suçun işlenmesi de mümkündür. Yine bu halde de soruşturma aşamasında yapılan araştırmada yurtdışı kaynaklı IP adresine ulaşılınca yurtdışı istinabe işlemlerinin çok masraflı ve uzun sürmesi nedeniyle çoğunlukla kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmektedir. Ayrıca devletlerin egemen eşitliği ve mülkilik ilkeleri gereği suçun işlendiği yerin başka bir ülke olması halinde yargılama yetkisi de bir sorun haline gelmektedir.[164] Örneğin ABD kaynaklı bir IP adresinden Türkiye'de bulunan bir T.C. vatandaşına ait kredi kartı bilgileri elde edilerek kripto para alınması halinde suçun işlendiği yer, failin menfaati elde ettiği yer, dolayısıyla yerleşim yeri olan ABD olacaktır. Bu halde Türkiye'nin yargılama yetkisi ancak mağdura göre şahsilik ilkesi çerçevesinde gündeme gelebilecektir. Ancak bunun için de failin Türkiye'de bulunması gerektiğinden yargılamanın Türkiye mahkemelerince yapılması imkânsızlaşmaktadır.[165]

Avrupa Suç Sorunları Komitesi, siber suçlarla mücadelenin zorluğu karşısında 1996 yılında bir uzmanlar komitesi kurmuştur. Bu kararın gerekçesi, "bilgi teknolojisi ve telekomünikasyon alanındaki hızlı gelişmelerin toplumun her alanını etkilemiş olması, dünyanın her yerinden her zaman ulaşımı mümkün olan *siber uzay*[166] ortamının kötüye kullanılabilmesi, bu yolla işlenen suçların siyasal sınırları aşan

[162] https://tr.wikipedia.org/wiki/Sanal_özel_ağ

[163] "…23/04/2014 tarihinde "E Samsung İstanbul TR'den 1.499.00TL lik, alışverişle ilgili Halk Bankasından alınan cevabi yazıda işlemin internet üzerinden 95.128.61.10 IP adresinden yapıldığının bildirildiği, 95.128.61.10 IP adresinin Dora Telekomünikasyon tarafından tahsis edildiği, Dora Telekomünikasyon şirketinden alınan cevabi yazıda IP numarasının onlarca firmaya aynı IP üzerinde Web Server hizmeti veren Bilgi Net A.Ş ye tahsisli olduğu bildirildiği, bu sebeplerle bu konudaki soruşturmanın genişletilemediği…" (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 8. Ceza Dairesi, 27/10/2022, 2020/768 E., 2022/2510 K. sayılı ilamının iddianame kısmından alıntıdır.)

[164] Murat Önok, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, (2013), s. 1234.

[165] Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması yönünden benimsenen ilkeler için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. b., İstanbul: Beta Yayınevi, s.154-184.

[166] Dünyada ve uzayda yer alan bilişim sistemlerinin ve ilgili ağların oluşturduğu ya da bağımsız bilgi sistemlerinde bulunan sayısal ortam. (Salim Kurnaz ve S. Mustafa Önen, "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'nin Siber Güvenlik Stratejileri", International Journal of Politics and Security, C.1, S.2, 2019, s. 84.

özelliğinin devletlerin mülkilik ilkesi ile çelişir durumda olması, bu nedenle bu teknolojik gelişmeler yakından izlenerek kötüye kullanımlarla mücadele edebilmek amacıyla uluslararası düzeyde ortak çalışmalar yürütme" olarak gösterilmiştir. Bu kapsamda yapılan çalışmalar akabinde 23 Kasım 2001'de Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi imzaya açılmıştır.[167]

Bilişim suçlarında failin tespiti açısından Türkiye açısından atılan en önemli adımlardan biri Budapeşte Sözleşmesi olarak da anılan Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'ne taraf olunmasıdır. Sözleşme Türkiye tarafından 2010 yılında imzalanmış, 2014 yılında da 6533 sayılı Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesine İlişkin Kanun kabul edilmiştir.[168]

Sözleşmenin amaçları, sözleşmenin açıklayıcı memorandumunda, taraf devletlerin siber suç alanına ilişkin maddi ceza hukuku mevzuatlarını birbiriyle uyumlu hale getirmek, bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması için ceza muhakemesi alanında gereken yerel yetkileri sağlamak ve bu bağlamda hızlı ve fonksiyonel bir uluslararası işbirliği rejimi oluşturmak olarak belirlenmiştir.[169]

Sözleşme, kolay çekince konulabilmesi, sözleşme maddelerinde yapılacak değişikliğe ilişkin sürecin ağır işlemesi, sözleşmenin hazırlanması aşamasında taraf ülkelerin temsilinde eşitliğin sağlanmaması gibi bazı yönleri nedeniyle eleştirilmektedir. Bu eleştirilere rağmen sözleşme, uluslararası muhakeme kurallarının yeknesaklaştırılması adına önemli bir birleşme noktasıdır.[170]

Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nin 22. maddesinde yargılama yetkisine ilişkin müstakil bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddede, taraf devletlerin sözleşmenin 2-11. maddeleri arasında yer alan suçlar bakımından yargılama yetkisi belirlenirken uymaları gereken ölçütler belirlenmiştir. 22. maddede mülkîlik, faile göre şahsilik ilkelerine yer verilmiştir.[171]

B. Çözüm Önerileri

1. Ceza Muhakemesi Kanunu Bazında Değişiklik Yapılması

Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nin 14 ve 21. maddeleri arasında koruma tedbirleri: "depolanan bilgisayar ve trafik verilerinin hızlı bir şekilde korunması ve kısmen açıklanması, üretim emri, depolanmış bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması, trafik verilerinin gerçek zamanlı toplanması, içerik verilerinin yolunun kesilerek ele geçirilmesi" şeklinde öngörülmüşken Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda ise bilişim sistemlerine yönelik iki usuli düzenleme 5271 sayılı CMK'da yer almaktadır. CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen "Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma" başlıklı maddesiyle 135 vd. maddelerinde düzenlenen

[167]Kayıhan İçel, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 1-2, 3-10, 2011, s. 4-6.
[168] Kurnaz ve Önen, s. 94.
[169] İçel, Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri, s.6
[170] Cahit Aliusta ve Recep Benzer, "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci", Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, (Şubat 2019), s. 38.
[171] Maddenin detaylı incelemesi için bkz. Serap Keskin, "Avupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.59, S.1-2, 2011, s. 177, 178.

"Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" başlıklı tedbirler, bilişim suçları bakımından uygulanmaktadır.[172]

Bu haliyle Türk ceza muhakemesi hukukunun bilişim alanında öngördüğü tedbirler, sözleşmede belirlenen tedbirleri karşılamamaktadır. Bilişim alanında işlenen suçlar bakımından etkin yargılama için iç hukukumuzun bu yönüyle sözleşme ile uyumlandırılması gerekmektedir.

2. Uluslararası Adli Yardımlaşmanın Etkinleştirilmesi

Bilişim suçlarının, çoğunlukla zaman ve mekândan bağımsız olması, her zaman her yerden işlenebilen niteliği, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması yönünden belirlenen mülkilik ilkesi karşısında devletlerin yargılama yapabilmesini zorlaştırmaktadır. Bu nedenle bilişim suçları açısından klasik yargı anlayışı yeterli olmayıp uluslararası adli yardımlaşma olmadan bu suçlarla mücadele mümkün görünmemektedir.[173]

Günümüzde ceza hukuku alanında uluslararası adli yardımlaşma usulünün masraflı olması, uzun zaman gerektirmesi, dijital delillerin çok kısa sürede kaybolabilen niteliği karşısında adli yardımlaşma sürecinin hızlandırılması ve gelişen teknolojiye uyumlandırılması şarttır. Bu açıdan atılacak en önemli adımlardan biri uzun zaman gerektiren klasik yazışma yöntemleri yerine onaylanmış elektronik haberleşme yöntemlerinin tercih edilmesi gibi yeni uygulamalar gerekmektedir.[174]

3. Ulusal Mevzuatların Yeknesaklaştırılması

Her ne kadar Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nde tanımlanan 9 suç tipinin, üye ülkelerin iç mevzuatında da suç olarak yer alması gerektiği belirlenmiş ise de bu durum tek başına yeterli olmamaktadır.

Sözleşmeye üye devletlerin ulusal mevzuatlarında bir nebze de olsa benzerlik sağlansa da üye olmayan ve iç mevzuatında bu alanda gerekli düzenlemeleri yapmayan ülkelerin failler açısından "kurtarılmış bölge/sığınak" mahiyetinde olması da en büyük sorunlardan biridir.[175]

Ayrıca üye ülkelerin usul hukuku bakımından da bir yeknesaklaştırma gerekmektedir. Örneğin Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nde belirlenen koruma tedbirlerinin her ülkede uygulanmaması nedeniyle delillerin derhal elde edilmesi zorlaşmaktadır.

4. Ulusal Mevzuatın Bilişim Alanındaki Değişimlere Uyumlandırılması

Teknolojinin büyük bir hızla günden güne gelişmesiyle bilişim suçlarının da işlenme biçimleri, faillerin kimliklerini gizleme yöntemleri de çeşitlenmektedir. Bilişim alanında suçlarla mücadele için bu değişime ayak uydurmak kaçınılmazdır.

[172] Aliusta ve Benzer, s. 39, 40.
[173] Önok, 1234.
[174] Önok, 1235, 1236.
[175] Önok, 1236; Aliusta ve Benzer, 36, 37.

Ülkemizde mevzuat değişimi ağır işlemekte olup bilişim alanındaki değişimin hızına yetişememektedir. Faillerin tespiti, cezalandırılması ve suçun engellenebilmesi için mevcut yasal düzenlemelerin aynı hızla değiştirilmesi gerekmektedir.

5. Uygulayıcıların Yetkinleştirilmesi

Adli bilişim olarak adlandırılan ve elektronik delillerin elde edilmesi amacıyla veri kurtarma ve analiz etmeyi amaçlayan disiplin[176], failin tespiti açısından büyük önem taşımaktadır. Bu bakımdan, bu incelemeleri personelin uzmanlığa sahip olması şarttır.

Teknik inceleme yapacak olan personelin dışında, soruşturma ve kovuşturmayı yapacak kolluk personeli, Cumhuriyet Savcıları ve Hakimlerin de alanda uzmanlaşmalarının sağlanması önemlidir. Bilişim suçlarının mahiyeti gereği delillerin hızlıca kaybolma ihtimali bulunduğundan özellikle kolluk personeli atacağı adımları bilmeli, dosyayı ivedilikle savcılık aşamasına taşımalıdır. Zira birçok servis sağlayıcısı savcılık veya mahkeme kararı olmadan bilgi vermemektedir.

Bazı büyükşehirlerde cumhuriyet savcılıklarında bilişim suçları büroları bulunmakta ise de birçok ilde bu alanda uzmanlaşma sağlanmamıştır. Hakimlikler bakımından ise Hakimler ve Savcılar kurulu henüz 12/04/2023 tarihli kararı ile Asliye Ceza Mahkemeleri bakımından bilişim alanında suçlarda ihtisas mahkemeleri belirlemiştir.

Failin tespiti ve delillerin elde edilmesi bakımından bu noktada değinilmesi gereken bir diğer önemli husus da soruşturma evresinde yaşanan yetki uyuşmazlıklarıdır. Suçun işlendiği yerin tespitinin zor olması nedeniyle savcılıklar arasında karşılıklı yetkisizlik kararları sıkça verilmektedir. Ancak bu aşamada delillerin kaybolma ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle savcılığın yetki hususunu belirlemeden kaybolması muhtemel delilleri ivedilikle toplaması, failin tespiti açısından önemli bir adım olacaktır. Bir örnekle açıklarsak, failin başkasına ait banka kartını ATM'ye kurduğu düzenekle sıkıştırıp daha sonra para çekmesi olayında, ilgili bankanın ATM'yi gösteren kamera kayıtlarını kısıtlı bir süreyle elinde tutması nedeniyle bir an önce celbi gerekmektedir. Savcılıktaki yetkinin tespiti aşamasında bu hususların gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

V. SONUÇ

Bilişim teknolojisinin hızlı seyri sonucunda, özellikle kişilerin malvarlığını hedef alan suçlar bakımından klasik suç tiplerinin yerini zamanla internet aracılığıyla işlenen suçlara bırakması kaçınılmaz olacaktır. İnternet ortamının anonim ortam olması, faillerin kimliklerini kolaylıkla saklayabilmeleri ve delillerin hızlıca yok edilebilmesi nedeniyle bu konudaki teknik detaylara hâkim olan failler için internet aracılığı ile işlenen suçlar, gelir kapısı olarak görülmektedir. Bu nedenle TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen suçun, banka veya kredi kartlarının fiziksel olarak kullanımı yoluyla işlenmesine sıkça rastlansa da

[176] Muharrem Özen ve Gürkan Özocak, "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)", Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s. 45.

kanaatimizce bu suçun kart bilgilerinin kullanılması suretiyle internet aracılığıyla işlenmesi gün geçtikçe yaygınlaşmaktadır.

Sınırötesi suç veya ulusalüstü suç olarak da tabir edilen bilişim suçları bakımından faillerin tespiti, klasik suç tiplerine nazaran oldukça zordur. Ülkemizde soruşturması yürütülen suçlar bakımından, IP adresinin yurtdışı kaynaklı olması ve faile ulaşılabilecek başka bir delil bulunamaması halinde – sözgelimi fail kartı kullanarak yarar sağladıysa siparişin teslim edildiği adres gibi- fail tespit edilememektedir. VPN gibi araçların kullanımı ile de IP adreslerinin kaynağı kolayca değiştirilip yurtdışı kaynaklı gösterilebilmektedir. Bu gibi durumlarda başka bir delil ele edilememişse faile ulaşılması mümkün görünmemektedir. Ancak suçun gerçekten yurtdışından işlendiği durumlarda özellikle mülkilik ilkesi gereği ülkelerin yargılama yetkisi kısıtlandığından uluslararası adli yardımlaşma çok önemli hale gelmektedir. Adli yardımlaşmanın etkin yürütülmesi yönünde önemli adımlardan biri olan Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi, taraf devletler bakımından temel bir çatı oluşturmuştur. Ancak klasik adli yardımlaşma usullerinin ağır işleyişi nedeniyle onaylanmış elektronik haberleşme yöntemlerinin tercih edilmesi gibi yeni uygulamalar benimsenmesi, bu alandaki suçlarla mücadeleyi kolaylaştıracaktır.

Bu suçla mücadele bakımından iç hukukumuz yönünden ise etkili koruma tedbirlerinin getirilmesi, bilişim alanındaki değişiklikleri yakalayacak şekilde hızlıca mevzuat değişikliğine gidilebilmesi, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasındaki uygulayıcıların alanlarında uzmanlaşmaları önemlidir.

Kaynakça

Kitaplar

AKBULUT, Berrin. Bilişim Alanında Suçlar. Ankara: Adalet Yayınevi. 2017.

APAYDIN, Cengiz. Banka veya Kredi Kartını Kötüye Kullanma Suçları. Ankara: Seçkin Yayınları. 2021.

BAŞ, Eylem. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması. Ankara Yetkin Yayınları. 2015.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem. Türk Ceza Hukukuna Giriş. İstanbul: Beta Yayınevi. 2020.

EKİNCİ, Mustafa. Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Uygulamasında Banka Kartları ve Kredi Kartları. Ankara: Adalet Yayınevi. 2002.

İÇEL, Kayıhan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Yayınevi. 2023

İÇEL, Kayıhan. Kitle İletişim Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi. 2021.

KARAGÜLMEZ, Ali. Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2014.

KAYA, Ferudun. Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması. Türkiye Bankalar Birliği. 2009.

KETİZMEN, Muammer. Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları. Ankara: Adalet Yayınevi. 2008.

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara:Adalet Yayınevi. 2015.

KOÇ, Ziya. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. 2020.

KURT, Levent. Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2005.

NUHOĞLU, Ayşe. Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması. İstanbul: Analiz Basım Yayın. 2002.

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 2020.

SOYASLAN, Doğan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları. 2005.

SUNGUR, İlhan. Türkiye'de Banka ve Kredi Kartı Operasyonlarının Hukuki Çerçevesi. İstanbul: BKM Yayınları. 2013.

TEOMAN, Ömer. Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması. İstanbul: Beta Yayınevi. 1996.

ÜNVER, Yener. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2003.

YILDIZ, Mehmet Emre. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu. Ankara: Adalet Yayınevi. 2015.

Makaleler

AKBULUT, Berrin. "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması". Yaşar Hukuk Dergisi. C.1. S.2. (Temmuz 2019). ss. 6-46.

ALİUSTA Cahit ve BENZER Recep. "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci". Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi. (Şubat 2019). ss. 35-42.

ALTUĞ, Şahin. "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. Y.9. S.17. (Haziran 2021). ss.1-44.

ATALAN, Mustafa. "Türk Ceza Kanunu'nun 158/1-f ve 245/1. Maddelerinde Düzenlenen Suçlar ve Bu Suçlar Arasındaki İlişki Sorunsalı". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S.161. (2022). ss. 23-83.

AYDIN, Nurhan. "Kredi Kartları ve Kredi Kartlarında Faiz Masrafının Hesaplanması". Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi. S.1-2. (1991). ss. 147-163.

CANBEK, Gürol ve SAĞIROĞLU, Şeref. "Kötücül ve Casus Yazılımlar: Kapsamlı Bir Araştırma". Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi. C.22. S.1. (2007). ss.121-136.

DÜLGER, Murat Volkan ve MODOĞLU, Gözde. Bilişim Suçları, Soruşturma ve Kovuşturma Yöntemleri ile İnternet ve İletişim Hukuku Uygulama Rehberi. Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi Ortak Projesi. Kasım 2014.

ERSOY, Yüksel. "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları". Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi. 1994. C.49. S.6-12. ss.149-183.

İÇEL, Kayıhan. "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 59, S. 1-2, 3-10, 2011. ss. 3-10.

KARA, İlker. "Türkiye'de Zararlı Yazılımlarla Mücadelenin Uygulama ve Hukuki Boyutunun Değerlendirilmesi". Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi. S.52. (Kasım-Aralık 2015). ss. 87-98.

KESKİN, Serap. "Avupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.59. S.1-2. 2011. ss. 155-180.

KURNAZ, Salim ve ÖNEN, S. Mustafa. "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'nin Siber Güvenlik Stratejileri". International Journal of Politics and Security. C.1, S.2, 2019. ss. 82-103.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş. "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması". Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 19. S.2. (Aralık 2013). ss. 1065-1086.

ÖNOK, Murat. "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği". Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 19. S. 2. (2013). ss. 1229-1269

ÖZBEK, Veli Özer. "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCKm.245)". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.9. Özel Sayı. (2007). ss.1019-1063.

ÖZEN, Muharrem ve ÖZOCAK, Gürkan. "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)". Ankara Barosu Dergisi. 2015/1. s. 45.

TANER, Fahri Gökçen. "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç Mudur?". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.56. S. 2. (2007). ss.75-81.YILMAZ, Sacit. "Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S.87. (2010). ss. 262-298.

Bildiriler

GÜNDÜZ, M.Zekeriya ve DAŞ, Resul. "Sosyal Mühendislik: Yaygın Ataklar ve Güvenlik Önlemleri". 9. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı. Ankara. 25-26 Ekim 2016. s.1.

ŞENOL, Ali ve KARACAN, Hacer. "Sazan Avlama (Phishing): Kullanılan Teknikler ve Bunlardan Korunma Yöntemleri". 5. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı. Ankara. 17-18 Mayıs 2012.

Tezler

HAMZA, Hayrettin. "Türk Bankacılık Sisteminde Kredi Kartları". (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Para-Banka Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul. 1991.

İnternet Kaynakları

https://www.isbank.com.tr/blog/sanal-kart-nedir-nasil-kullanilir

https://www.yapikredi.com.tr/sinirsiz-bankacilik/mobil-bankacilik/atmye-dokunmadan-para-cekme-ve-yatirma

https://www.ziraatbank.com.tr/tr/dijital-bankacilik/atm

https://www.vakifbank.com.tr/kartsiz-islemler.aspx?pageID=470

https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7168/2021-1324)

https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/kamu-spot-filmler-egitim-videolari/oncelikli-yayin-spot-filmler/tuketicilere-karsi-dolandiricilik-girisimleri-hakkinda-kamu-spotu

https://www.egm.gov.tr/dolandiricilik

AVRUPA BİRLİĞİ CEZA HUKUKUNDA SUÇ MAĞDURLARININ BİLGİ EDİNME HAKKI

Dr. Öğr. Üyesi Coşkun KOÇ*

ÖZET

Suçluların yakalanması ve cezalandırılmasının yanı sıra mağdurların haklarının korunması, desteklenmesi ve ceza yargılamalarına katılımlarının iyileştirilmesi, son dönemde Avrupa Birliği politikasının odak noktası haline gelmiştir. Bu kapsamda, suç mağdurlarının haklarının, desteklenmesi ve korunması hususunda, geniş ve kapsamlı yükümlülükler içeren, aynı zamanda suç mağdurlarına ilişkin ortak asgari hakları tesis etmeye yönelik, 25 Ekim 2012 tarihli ve 2012/29/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi kabul edilmiştir. Mağdur Hakları Direktifi (2012/29/EU) 4. maddesi uyarınca Üye Devletler, mağdurların bu Direktifte belirtilen haklara erişmelerini sağlamak için yetkili bir makamla ilk temaslarından itibaren gereksiz bir gecikme olmaksızın gerekli bilgileri kendilerine sunmakla yükümlüdürler. Nitekim AB Komisyonu'nun, mağdur haklarına ilişkin 2020-2025 yıllarını kapsayacak şekilde 2020 yılında yayınladığı ilk AB Stratejisinde de suç mağdurlarının bilgi edinme hakkının önemi vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, suç mağduru, bilgi edinme hakkı.

THE RIGHT TO INFORMATION OF CRIME VICTIMS IN EUROPEAN UNION CRIMINAL LAW

ABSTRACT

With the entry into force of the Amsterdam and Lisbon Treaties, European integration in criminal matters has improved and it has been possible to gradually structure European criminal justice. However, the impact of the European Union (EU) criminal law on the concepts of state sovereignty, national laws and national justice is still being discussed. This also applies to the victim's status in the criminal justice system. The protection of victims of crime is an important part of the freedom, security and justice system in the EU. Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council subjects the victim to a dual distinction: "natural persons who have suffered physical, mental or emotional harm or economic loss as a direct result of the crime committed and family members of the person who died as a direct result of the crime and persons who suffered harm as a result of the death of the person". In its fundamental rights survey conducted with 34,948 participants between January and October 2019, the European Union Fundamental Rights Agency found that 54% of respondents in 27 EU Member States had been victims of one or more of the following crimes in the five years prior to the survey: theft, online banking or credit card fraud, consumer fraud, harassment and violence, and 39% had experienced them in the 12 months prior to the survey. With the Council Framework Decision of 2001 on the situation of victims of crime (2001/220/JHA) for the first time granted general and legally binding rights to victims in all EU Member States. However, as the desired result was not achieved, on 25 October 2012, the Parliament and the Council adopted Directive 2012/29/EU ("Victims' Rights Directive" or "Directive") which sets minimum standards regarding the rights, support and protection of victims of crime. The Victims' Rights Directive (2012/29/EU) provided victims with

* Uşak Üniversitesi Adalet MYO Öğretim Üyesi, coşkun.koc@usak.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9453-5919

the right to receive information at first contact with a competent authority (Article 4). Member States should ensure that information is provided to victims in a simple and accessible form, taking into account the personal characteristics of victims, including any disabilities, as this may affect their ability to communicate with each other in a mutually understandable way. Information must be provided without unnecessary delays. The victim must, upon request, be informed of the time and place of the hearing, the nature of the charges against the offender, the final decision and other matters. In this study, we will first explain the concept of victim in the context of criminal law. Then we will generally examine the legal texts related to the protection of the victim of crime in EU criminal law. In the last part of the study, we will focus on the right to information of the crime victim in EU criminal law and explain the situation in Turkish law.

Keywords: European Union, crime, victim, receive information

GİRİŞ

Cezalandırma ilişkisinin fail ile devlet arasında kurulduğu anlayışının bir sonucu olarak, işlenen bir suçtan zarar gören mağdurun hak ve yetkileri ne Avrupa Birliği Üyesi Devletler de ne de Türk hukukunda yeterince düzenlenmemişti[1]. Ceza hukuku sistemi içerisinde suç mağdurunun unutulup gitmesi, işlediği suç nedeni ile güçlü devlet karşısında tamamen korumasız durumda olan faile güvence sağlama çabalarından kaynaklanmıştır. Son yıllarda ise bu durum değişmiş, buna bağlı olarak önemli gelişmeler olmuştur. Suçtan mağdur olanların haklarının korunması için özel önlemler almanın zorunlu olduğu inancının oluşmasında ceza hukukunun geçirdiği tarihsel gelişimin ve "her suçun mağduru devlettir" anlayışının terk edilmesinin payı vardır[2]. Ceza hukuku alanında yenileşme ve anlayış değişikliği "mağdur" konusunda da kendini etkili bir biçimde göstermiştir[3].

Amsterdam ve Lizbon Antlaşmalarının yürürlüğe girmesi ile cezai konularda Avrupa bütünleşmesi gelişmiş ve Avrupa ceza adaleti alanının kademeli olarak yapılandırılması mümkün olmuştur. Böyle bir alanın oluşturulması, ceza hukukunun Avrupa Birliği (AB) Üye Devletlerinin yasal ve siyasi sistemlerinde işgal ettiği özel yerle bağlantılı olarak birtakım güçlükleri de beraberinde getirmiştir. Ceza adaleti alanında daha fazla Avrupa bütünleşmesine ilişkin herhangi bir girişim, kaçınılmaz olarak bu girişimin devlet egemenliği üzerindeki etkisini de tartışma konusu yapmıştır. AB ceza hukukunun devlet egemenliği, ulusal yasalar ve ulusal adalet kavramları üzerindeki etkisi tartışılmaya devam etmektedir. Bu durum mağdurun ceza adaleti sistemindeki yeri açısından da geçerlidir. AB'nin mağdurun ceza muhakemesindeki konumunu güçlendirmeye yönelik çağrılarına, bunun muhakemedeki çıkarlar dengesi üzerindeki etkisine ilişkin bir dizi soru ve kaygı eşlik etmiştir[4].

Avrupa Birliği, sınırları içinde hareket eden vatandaşların ve yabancıların korunmasını sağlama yetkisine sahiptir. Suç mağdurlarının korunması ile hak ve yetkileri Avrupa Birliği'nde özgürlük, güvenlik ve adalet alanının önemli bir unsurunu teşkil eder. Avrupa Birliği, vatandaşların ikamet ettikleri ülke dışındaki ülkelerde seyahat ederek, okuyarak ve çalışarak giderek daha fazla yararlandığı bir hareket ve ikamet özgürlüğü alanını başarıyla oluşturmuştur. Bununla birlikte, iç sınırların kaldırılması ve hareket ve ikamet özgürlüğü haklarının artan şekilde kullanılması, bir üye devlette suç mağduru olan

[1] Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 175.
[2] Fatma Karakaş Doğan: "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* C: 19, S: 2, 2013, s. 1008-1009.
[3] Çetin Özek: "Suç Mağdurlarının Korunması ile İlgili Bazı Sorunlar", *İHFM*, C: L, S:1-4, İstanbul 1984, 15.
[4] Mitsilegas Valsamis: *EU Criminal Law*, Second Edition, Bloomsbury Publishing, India 2022, p. 296.

ve cezai kovuşturmaya dahil olan kişilerin sayısında artışa yol açmıştır[5]. Suç mağdurlarının korunmasına yönelik AB eyleminin yasal temeli, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 82, f.2-c'ye dayanmaktadır. Bu hüküm, AB'ye, Üye Devletlerin yasal gelenekleri ve sistemleri arasındaki farklılıkları dikkate alarak, mağdurların haklarına ilişkin asgari kuralların oluşturulması için direktifler yoluyla yasama yetkisi vermektedir[6].

Tebliğimizde öncelikle ceza hukuku bağlamında mağdur kavramına değineceğiz. Ardından AB ceza hukukunda suç mağdurunun korunmasına ilişkin hukuki metinleri genel olarak inceleyeceğiz. Çalışmanın son kısmında AB ceza hukukunda suç mağdurunun bilgi edinme hakkını izah edeceğiz. Her ne kadar çalışmanın konusu Türk hukukunda mağdur haklarını kapsamasa da bilgi edinmeye ilişkin bazı önem arz eden konularda karşılaştırma yapacağız.

I. CEZA HUKUKUNDA MAĞDUR KAVRAMI

Suçtan doğrudan doğruya zarar gören ve dolayısıyla suçla korunan hukuksal değeri zedelenen kişiye mağdur denir[7]. Doktrindeki bir diğer tanıma göre ise mağdur, suç işlenmek suretiyle haksızlığa uğramış kişidir. Her suçun bir mağduru vardır. Mağdur ancak yaşayan gerçek bir kişi olabilir. Tüzel kişiler ise suçtan zarar gören sıfatını alır[8]. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 14.06.2006 tarihli ve 8 sayılı Tavsiye Kararı'nda mağdur: "*bir üye ülkenin ceza hukukunun ihlali ile sonuçlanan eylem ve ihmaller dolayısıyla fiziksel veya zihinsel yaralanma, duygusal acı veya ekonomik kayıp dahil zarara uğramış gerçek kişi*" olarak tanımlanmıştır. Avrupa Birliği Konseyi, 15 Mart 2001 tarih ve 2001/220/JHA sayılı Çerçeve Kararı'nda mağduru: "*Üye Devletlerin ceza hukukunu ihlal eden icrai ya da ihmali bir eylemden doğrudan fiziksel, ruhsal veya manevi zarar gören veya ekonomik kayba uğrayan gerçek kişi"* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda "gerçek kişi" ibaresi kullanıldığından, suçtan kaynaklanan bir zarara uğrayan tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan topluluklar mağdur olarak değerlendirilemeyecektir[9]. 2012/29/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi mağduru ikili bir ayrıma tabi tutarak, "*doğrudan işlenilen suç nedeniyle fiziksel, ruhsal ve duygusal zarara ya da ekonomik kayba uğrayan gerçek kişiler ile* doğrudan *suç nedeniyle ölen kişinin aile bireyleri ve kişinin ölümü sonucu zarar gören kişiler"* [10]olarak tanımlamıştır. Direktifin getirdiği en önemli değişikliklerden biri, mağdur kavramını sadece doğrudan kendisine zarar verilen kişiyi değil, aynı zamanda ölen kişinin yakınlarını da kapsayacak şekilde genişletmiş olmasıdır[11].

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Ocak/Ekim 2019 tarihleri arasında 34.948 katılımcıyla gerçekleştirilen temel haklar anketinde, insanlara hırsızlık, çevrimiçi bankacılık veya ödeme kartı dolandırıcılığı, tüketici dolandırıcılığı, taciz ve şiddet olmak üzere beş tür suçla ilgili deneyimlerini sormuştur. Anket görüşmeleri sonucunda, 27 AB üyesi ülkede katılımcıların %54'ünün araştırmadan önceki beş yıl içinde bu suçlardan bir veya daha fazlasında mağdur konumunda oldukları ve %39'unun da bunları araştırmadan önceki 12 ay içinde yaşadıkları görülmüştür. Taciz ve tüketici dolandırıcılığı, ankette yer alan beş suç türü arasında en yaygın olanlarıdır. Bu araştırmada dikkat çeken hususların

---

[5] Slawomir R. Buczma: "An Overview of the Law Concerning Protection of Victims of Crime in the View of the Adoption of the Directive 2012/29/EU Establishing Minimum Standards on the Rights, Support and Protection of Victims of Crime in the European Union", *ERA Forum,* V. 14, 2013, p. 239.

[6] Tommaso Rafaraci: "New Perspectives for the Protection of the Victims in the EU", *Human Rights in European Criminal Law,* Stefano Ruggeri (ed.), Springer, Switzerland 2015, p. 218

[7] Bahri Öztürk vd.: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ed. Bahri Öztürk, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 237.

[8] Cumhur Şahin: *Ceza Muhakemesi Hukuku C.I*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 116.

[9] Olgun Değirmenci: "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *TBB Dergisi*, S. 77, 2008, s. 40.

[10]https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/211202011085420122 9eu-sayili-direktifi.pdf (E.T. 04.03.2023)

[11] Carmen Rasquete/ Ana Ferreira /Frederico Moyano Marques: "Why Do We Need Concrete Measures For Victims At EU Level? A View From The Coalface", *ERA Forum,* V.15, p. 121.

başında şiddet mağduriyeti gelmektedir. Ankete katılan yaklaşık 10 kişiden biri (%9) araştırmadan önceki beş yıl içinde ve %6'sı araştırmadan önceki 12 ay içinde fiziksel şiddete maruz kalmıştır. Bu, genel nüfusa oranlandığında Avrupa Birliği'nde bir yıl içinde 22 milyondan fazla kişinin fiziksel şiddete maruz kalmasına karşılık gelmektedir. Şiddet, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 2. ve 3. maddeleri uyarınca[12] insan onurunun ve vücut bütünlüğü hakkının açık bir ihlalidir. Mağdur Hakları Yönergesi uyarınca, şiddet içeren bir suçun mağduru, fail tarafından haksızlığa uğrayan kişi olarak tanınmalı, tekrarlanan mağduriyetlere karşı korunmalı, adalete erişim hakkı verilmeli ve cezai işlemlere katılması sağlanmalıdır. Anket, AB'de önemli sayıda insanın her yıl fiziksel şiddete maruz kaldığını göstermektedir[13].

Bu başlık altında son olarak suç mağduru ile suçtan zarar gören arasındaki farka değinmemiz gerekecektir. "Suçtan zarar gören" kavramı suç mağduru kavramına göre daha geniştir. Bir suçun işlenmesi neticesinde hukuken korunan menfaatleri, hakları doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kişi, suçtan zarar görendir. İşlenen bir suç nedeniyle mağdur dışında başka kimseler de hukuken korunan haklarının ihlali dolayısıyla zarara uğramış olabilir. Dolayısıyla suçtan zarar gören her zaman suçun mağduru olmayabilir[14].

II. SUÇ MAĞDURLARININ HAKLARI, DESTEKLENMESİ VE KORUNMASINA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ METİNLERİ

Avrupa'daki ceza adaleti sistemleri sürekli olarak değişmektedir ve sistemler farklı ülkeler arasında değişiklik göstermektedir. Bununla birlikte, yaygın bir endişe, birçok mağdurun ve tanığın halen adalet sisteminin ihtiyaçlarını karşılayamayacağı yönündedir. Resmi ceza adaleti sistemleri, mağdurun suç sonucunda maruz kaldığı travmayı ele alacak şekilde tasarlanmamıştır ve donatılmamıştır; bunlar öncelikle sanığın suçunu dikkate almak ve halkı korumak için kurulurlar. Suç, mağdura yapılan haksızlığa dayanmaktadır. Bu nedenle, mağdur başlangıçtan itibaren mevcuttur ve mağdur olmadan genellikle suç olmaz. Bununla birlikte, mağdurla ilk etkileşimin ardından, birçok ceza adaleti sistemi, mağdur dahil edilmeden adaletin sağlanabileceği varsayımına dayalı olarak çalışır. Mağdurun ihtiyaçları ve değerlendirmeleri sürecin bir yerinde kaybolur ve bir dava nihai olarak genellikle mağdur dikkate alınmadan karara bağlanır. Bazı durumlarda, mağdurlara bir davanın nihai sonucu hakkında bilgi bile verilmemektedir[15].

Tarihsel süreç içerisinde suçun kamu düzenin ihlali olarak kabul edilmeye başlanılmasıyla ceza yargılaması, toplum adına ve yararına yürütülmek üzere devletin münhasır hakkı ve görevi haline

---

[12] " Madde 2 Yaşama hakkı
1. Herkes, yaşama hakkına sahiptir.
2. Hiç kimse, ölüm cezasına çarptırılmamalı veya idam edilmemelidir.
Madde 3 Kişinin bedensel ve ruhsal dokunulmazlık hakkı
1. Herkes, kendi bedensel ve ruhsal dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
2. Tıp ve biyoloji alanlarında, özellikle aşağıda belirtilenlere saygı gösterilmelidir:
(a) yasada belirtilen usullere uygun olarak ilgili kişinin özgürce ve bilinçli olarak vereceği muvafakat,
(b) insan ırkının soyaçekim yoluyla ıslahına yönelik uygulamaların yasaklanması,
(c) insan bedeninin ve bölümlerinin ticari bir kazanç kaynağı haline getirilmesinin yasaklanması,
(d) insanların kopyalama yoluyla üretilmesinin yasaklanması." . https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708 (E.T. 10.03.2023)

[13] European Union Agency for Fundamental Rights, Crime, Safety And Victims Rights, 2021, p. 2. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-crime-safety-victims-rights-summary_en.pdf (E.T. 09.03.2023).

[14] M. Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 315.

[15] EU Handbook on Victims of Terrorism, Victim Support Europe, 2021, p. 11.

gelmiştir. 16. yüzyılda soruşturma düzenin kurulmasıyla mağdur soruşturma ve kovuşturma üzerindeki gücünü tamamen kaybetmiştir. Bunun yerine, bu görevler halkın temsilcisi olarak bir hâkime verilmiştir. On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllarda yapılan reformlar da mevcut durumu değiştirememiştir. Örneğin, 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda mağdurlar için çok sayıda hak düzenlemiş olsa da bunların cezai süreç üzerindeki etkileri uygulamada marjinal kalmış ve teorik yanları az gelişmiştir. İlerleyen süreçte mağdurun ceza yargılamasındaki rolü büyük ölçüde bir muhbir ve tanığa indirgenmiştir. Ancak 1970'lerde mağdur hakları bilim, siyaset ve sonuç olarak yasal reformlarda yeniden keşfedilmiş ve kalıcı bir önem kazanmıştır. Çeşitli toplumsal hareketler, kurbanın marjinalleştirilmesine karşı çıkmış ve onu ceza adaleti sürecinde "unutulmuş adam" olarak nitelendirmiştir. Buna cevaben, ulusal yasama organları, ceza yargılamasında mağdurun konumunu güçlendirmek için çok sayıda reform gerçekleştirmiştir. Bu süreçte Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi de ceza davalarında mağdur haklarını desteklemeye başlamıştır. Yeni milenyumda Avrupa Birliği de bu reformculara katılmış ve Üye Devletlerin kendi içi hukuklarına aktarmaları gereken hukuk metinlerini kabul etmiştir[16]. Çalışmanın bu kısmanda AB'nin suç mağdurlarının haklarına ilişkin asgari standartlarını belirleyen düzenlemelerine değinilecektir.

A. 2001/220/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararı

Suç mağdurların durumuna ilişkin 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararı (2001/220/JHA) ile ilk kez tüm AB Üye Devletlerinde mağdurlara genel ve yasal olarak bağlayıcı haklar verilmiştir. Ortak Avrupa Birliği koruma standartlarının temelini atsa da Çerçeve Kararın uygulanmasında istenilen neticeye ulaşılamamış birçok alanda başarısız olunmuştur. AB Komisyonu'nun uygulama raporları ve *Victim Support Europe*'un Avrupa'daki Mağdurlar Projesi, hiçbir AB Üye Devletinin Çerçeve Kararı başarıyla uygulamadığını ve mağdurlara tüm haklara erişim vermediğini tespit etmiştir. Özellikle ulusal yasalardaki geniş eşitsizlikler ve bağlayıcı olmayan mevzuat ile sonuç alma isteği Kararın amacına ulaşamamasında öne çıkan sebepleri teşkil eder. Bu olumsuz tablo üzerine 2001/220/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararının yerini almak üzere 25 Ekim 2012'de Parlamento ve Konsey, suç mağdurlarının hakları, desteklenmesi ve korunmasına ilişkin asgari standartları belirleyen 2012/29/EU sayılı Direktifi ("Mağdur Hakları Direktifi" veya "Direktif") kabul etmiştir.

B. 2012/29/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi

Son yıllarda başta Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler olmak üzere uluslararası ve uluslarüstü kurumlar, mağdurların korunma hakları alanında standart belirleme faaliyetlerini hızlandırmış, mevzuat ve uygulamada önemli gelişmeler yaşanmıştır. Ceza hukuku alanında mağdurların korunmasını güçlendirmek için hem bağlayıcı hem de bağlayıcı olmayan birçok belge benimsemişlerdir. Bununla birlikte, bu belgelerin hiçbiri, uluslararası düzeyde suç mağdurlarına ilişkin ortak asgari hakları tesis etmeye yönelik 25 Ekim 2012 tarihli ve 2012/29/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi kadar suç mağdurlarının hakları, desteklenmesi ve korunması hakkında, geniş ve kapsamlı bir yükümlülüğü içermemektedir[17]. Direktifin amacı, AB'nin tamamında milliyet unsuru dikkate alınmaksızın tüm suç mağdurlarının haklarını güçlendirmektir. Bu düzenleme, mağdur haklarına ilişkin AB yasal çerçevesinde büyük değişiklikler meydana getirmiş, mağdurlar için bir dizi hak belirlerken üye devletlere de yükümlülük yüklemiştir. AB Mağdur Hakları Direktifi, suç mağduru vatandaşların tanınmasını, onlara saygı gösterilmesini ve adalete erişimlerini sağlar. Ancak, tüm suçların tüm mağdurlarını kapsayan Mağdur Hakları Yönergesi' ne ek olarak, AB tarafından kabul

[16] Johanna Göhler: *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Ed. Darryl K. Brown/ Jenia Iontcheva Turner/ Bettina Weisser First Edition, Oxford University Press, USA 2019, p. 268.
[17] Buczma, p. 235-236.

edilen, İnsan Ticareti Yönergesi, Terörizmle Mücadele Yönergesi, Çocukların Cinsel Sömürüsü Yönergesi ve Tazminat Yönergesi gibi diğer uzmanlık kararnameleri de yürürlüktedir[18].

Mağdurların haklarını ulusal mahkemeler veya yetkili makamlar nezdinde talep etmeleri ve bunlardan yararlanmaları bir ön koşul olduğundan, mağdurların haklarına ilişkin farkındalığın önemi Direktifte güçlü bir şekilde vurgulanmıştır. AB hukuku kapsamında sağlanan haklara ilişkin farkındalık, devletin direktifi doğru bir şekilde veya öngörülen süre içinde uygulamadığı bir durumda mağdurlar için özellikle önemli olabilir. Bir üye devletin Direktifi doğru bir şekilde iç hukukuna aktarmaması veya uygulamaması durumunda sorumluluğu söz konusu olacaktır. Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği'nin ceza adaleti alanındaki yetkinliğini güçlendirmiştir. Bu, Komisyonun söz konusu üye devlete karşı bir ihlal davası açabileceği anlamına gelir. Herhangi bir vatandaş, kuralların kötü uygulanmasından şikâyet edebilir ve bu, direktifi, mağdurların haklarını kullanmaları için çok güçlü bir araç haline getirir[19].

C. Mağdur Haklarına İlişkin AB Stratejisi (2020-2025)

2020'de AB Komisyonu, mağdur haklarına ilişkin 2020-2025 yıllarını kapsayacak şekilde ilk AB Stratejisini[20] yayınlamıştır. Bu belgede olumlu adımlar atılmasına rağmen mağdurlarının AB'deki haklarına hala tam olarak güvenemedikleri vurgulanmıştır. Bu durumun sebebi olarak çoğu üye devletin, mağdur haklarına ilişkin AB kurallarında kabul edilen asgari standartları tam olarak iç hukuklarına aktarmamaları, mağdurların adalete erişimde yaşadıkları zorluklar, temel olarak bilgi eksikliği ile yetersiz koruma gösterilmiştir. Ayrıca, mağdurların genellikle cezai kovuşturma sırasında ve tazminat talep ederken ikincil mağduriyete maruz kaldığı ve yurt dışına seyahat ederken suç mağduru olanların, adalete ve tazminata erişimde daha da zorlandıkları belgede ifade edilen diğer önemli hususlardır[21].

Strateji mağdur haklarının korunması için beş temel öncelik sunmaktadır. Bunlar:

(1) mağdurlarla etkili iletişim ve mağdurların suçu bildirmesi için güvenli bir ortam; (2) en savunmasız mağdurlara yönelik destek ve korumanın iyileştirilmesi; (3) mağdurların tazminata erişimini kolaylaştırmak; (4) ilgili tüm aktörler arasında işbirliği ve koordinasyonun güçlendirilmesi ve (5) mağdur haklarının uluslararası boyutunun güçlendirilmesidir.

III. AB Hukukuna Suç Mağdurunun Bilgi Edinme Hakkı

A. Genel Olarak

Bilgi ihtiyacı suç mağdurları açısından çok önemli konulardan biridir. Ceza soruşturmasının gizli yapısına rağmen, çoğu Avrupa ülkesi, bilgi alma hakkını iç hukuklarına dahil etmiştir. Bilgi edinme hakkı kapsamında edinilen bilgiler genellikle ceza muhakemesinin aşamaları, hukuki yardım hakkı ve tazminat konularına ilişkindir. Mağdur bu süreçte öncelikle kolluk ile temas ettiğinden bilgi verme görevi çoğu AB ülkesinde kolluk teşkilatlarına verilmiştir. Buna ilave olarak mağdurlar, ceza yargılamasının ilerleyen aşamalarında bilgi almak üzere, esas olarak savcılık makamı düzeyinde olacak şekilde belirli temas kişileri veya özel prosedürlerden faydalanabilirler. Hollanda gibi bazı AB ülkelerinde kolluk, savcılık ve mağdur destek hizmetleri (özerk bir kuruluş olarak) arasında bilgilendirmeyi koordine etme çabaları olmuştur. Örneğin Hollanda'da suç mağdurları, tek bir noktada oluşturulmuş mağdur bilgi merkezinden gerekli bilgileri telefon veya e-posta ile alabilirler. Türkiye'de,

[18] https://victim-support.eu/help-for-victims/victims-rights/ (E.T. 02.03.2023).
[19] Buczma, p. 249.
[20] Komisyondan Avrupa Parlamentosu, Konsey, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi ve Bölgeler Komitesine Bildirim Mağdur Haklarına İlişkin AB Stratejisi (2020-2025).
[21] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0258, (E.T. 11.03.2023).

mağdurların kendi davaları hakkında çevrimiçi bilgi alabilmesini sağlayan UYAP Vatandaş Portalı bu yönde bir koordine çabasının ürünüdür[22].

Mağdur Hakları Yönergesi (2012/29/EU) 4. madde uyarınca Üye Devletler, mağdurların bu Direktifte belirtilen haklara erişmelerini sağlamak için yetkili bir makamla ilk temaslarından itibaren gereksiz bir gecikme olmaksızın aşağıdaki bilgilerin kendilerine sunulmasını sağlayacaktır. Bu hakkın kapsamında yer alan bilgiler şunlardır:

A) Tıbbi desteğe erişim hakkında temel bilgiler, psikolojik destek dahil olmak üzere herhangi bir uzman desteği ve alternatif barınma dahil olmak üzere, alabilecekleri desteğin türü ve kimden sağlanacağı;

B) Bir suçla ilgili olarak şikâyette bulunma prosedürleri ve bu prosedürlerle bağlantılı görevlerini;

C) Koruma önlemleri de dahil olmak üzere nasıl ve hangi koşullar altında koruma elde edebilecekleri;

D) Hukuki yardıma ve diğer her türlü yasal tavsiyeye nasıl ve hangi koşullar altında erişebilecekleri;

E) Tazminata nasıl ve hangi koşullarda erişebilecekleri;

F) Nasıl ve hangi koşullarda yorum ve tercüme hakkına sahip oldukları;

G) Mağdur suçun işlendiği yer dışında bir Üye Devlette ikamet ediyorlarsa, yetkili makamla ilk temasın yapıldığı Üye Devlette menfaatlerini korumak için mevcut olan herhangi bir özel önlem, prosedür veya düzenleme;

H) Cezai soruşturma ve kovuşturma bağlamında faaliyet gösteren yetkili makam tarafından haklarına saygı gösterilmediği durumlarda şikâyette bulunmaya yönelik mevcut prosedürler;

I) Davalarıyla ilgili iletişim için iletişim bilgileri,

J) Mevcut onarıcı adalet hizmetleri

K) Cezai kovuşturmaya katılmaları nedeniyle yapılan harcamaların nasıl ve hangi koşullarda geri ödenebileceği.

B. Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Usul

Bilgi edinme hakkı, yetkili makamlarla ilk temastan itibaren geçerlidir. İlk temas, mağdur karakolda bir suç ihbarında bulunduğunda kurulabileceği gibi mağdur resmi bir şikâyette bulunmadan suç mahallinde polisle temasa geçtiğinde de kurulabilir (Direktif 8. maddeyle bağlantı olarak). Yetkililerle ilk temas (iletişim) ayrıca yardım hattı telefon görüşmelerini ve çevrimiçi internet bağlantılarını da içerir. Yetkili makam terimi, polisten (kolluk) daha geniştir. 2012/29/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi kapsamındaki ceza davalarında bahsi geçen yetkili makamlar, Üye Devletlerin ulusal hukuk sistemleri tarafından belirlenir. Bu bağlamda, örneğin ulusal yasalara göre kolluk kuvvetleri statüsüne sahip gümrük veya sınır birimleri bilgi verme yükümlüğü dışında tutulamaz.

[22] Ivo Aertsen: Türkiye'de Mağdur Haklarının ve Mağdura Verilen Hizmetlerin Güçlendirilmesi, Etkin Uygulamaya Doğru, UNDP Türkiye, Ankara 2014, s. 14.http://docplayer.biz.tr/6916994-Undp-turkiye-turkgye-de-magdur-haklarinin-ve-magdurlara-verglen-hgzmetlergn-guclendgrglmesg-etkgn-uygulamaya-dogru-prof-dr.html, (E.T. 03.03.2023).

Bu, insan ticareti veya kaçakçılık durumlarında özellikle önemlidir. Ancak hastaneler, iş bulma merkezleri ve benzeri kurumlar, ceza davalarında yetkili makamlar olarak kabul edilmemelidir[23].

Bilgiler hem sözlü hem de yazılı olmak üzere çeşitli yollarla, genellikle bilgilendirici kitapçıklar ve broşürler dağıtarak ve kolluk ile adli mercilerce mağdurları, hakları konusunda bilgilendirme yükümlülüğü bulunan sistemler oluşturarak sağlanabilir. Bununla birlikte, her özel durumda bilgi verilirken mağdurların bireysel ihtiyaçları ve kişisel durumları her zaman usulüne uygun olarak dikkate alınmalıdır. Örneğin, bir bilgi broşüründe böyle bir web sitesine atıfta bulunmadan web sitelerinde bilgi yayınlamak yeterli olmayacaktır. Ayrıca bilgisayar sahibi olmayan bir kişi için bir web sitesine atıfta bulunulması da uygun değildir[24].

Mağdur Hakları Direktifi m.4, f.1 (A) uyarınca ilk temasta kolluk birimleri mağdura, tıbbi desteğe erişim hakkında temel bilgileri, psikolojik destek dahil olmak üzere herhangi bir uzman desteği ve alternatif barınma dahil olmak üzere, alabilecekleri desteğin türünü ve kimden alabilecekleri hakkında bilgi vermelidir. Bu hak, Direktifin 8. maddesinde düzenlenen mağdur destek hizmetlerine erişim hakkı ile yakından bağlantılıdır. Bu nedenle, kolluk görevlisi mağdur veya mağdurlara mevcut destek hakkında bilgi vermenin yanı sıra bu destek hizmetleri ile iletişime geçmek isteyip istemediklerini de sormalıdır. Bu bilgi ve sevk olmadan, mağdurların işlemlerle başa çıkma ve rehabilitasyon için genellikle çok önemli olan hizmetlere erişmeleri olası değildir.

Ceza yargılamalarında mağdurların konumuna ilişkin 15 Mart 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararının (2001/220/JHA) 18. maddesine[25] dayanarak hazırlanan 2004 tarihli AB Komisyonu Raporu[26], o dönemde ceza yargılamalarında bilgi edinme hakkı konusunda önemli eksiklikler olduğunu göstermiştir. Bu raporda Üye Devletler iki farklı gruba ayrılmıştır. Birinci grupta yer alan Devletler savcılara ve kolluğa, hakları ve süreç ile ilgili olarak mağdurları bilgilendirme görevi vermiştir. İkinci grupta yer alan Devletler ise mağdur hakları ile sadece talep edilen bilgileri ilgili kurumların internet sitelerinde veya bilgilendirme kitapçıklarında yayınlamışlardır. Avrupa Komisyonu için daha iyi seçenek ilk seçenekti, çünkü birinci grupta yer alan devletlerin uygulaması sayesinde mağdurun etkin bir şekilde bilgilendirildiği ve bu bilgileri anladığı düşünülmekteydi. Üye Devletlerin ilgili bilgilere erişmek için uygun gördükleri araçları seçmekte özgür oldukları doğrudur, ancak Çerçeve Karar hükümleri Üye Devletleri elde edilecek sonuca bağlamıştır. Bu, Üye Devletlerin, yetkililerini bu bilgileri mağdurlara iletmeye mecbur kılmak için gerekli önlemleri almakla yükümlü oldukları anlamına geliyordu. Yetkililer bireysel mağdurları etkili olarak bilgilendirmeden, yalnızca bilgi kitapçıkları yayınlayarak veya web siteleri kurarak hedefe ulaşamaz. Ayrıca, web sitesi veya kitapçıklar ile yapılan bilgilendirmede kişinin mevcut bilgileri gerçekten anladığının garantisi de söz konusu değildir[27].

---

[23] 25 Ekim 2012 tarihli ve 2012/29/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi Uygulama Kılavuzu, https://commission.europa.eu/system/files/201902/13_12_19_3763804_guidance_victims_rights_directive_eu_en.pdf, (E.T. 11.05.2023).

[24] Uygulama Kılavuzu…

[25] *" Madde 18*
Değerlendirme
17. Maddede belirtilen tarihlerden itibaren her Üye Devlet, bu Çerçeve Kararla belirlenen gerekleri ulusal hukukta yürürlüğe koyan hükümlerin metnini Konsey Genel Sekreterliğine ve Komisyona iletir. Konsey, bu tarihlerin her birini takip eden bir yıl içinde, Üye Devletlerin bu Çerçeve Karar hükümlerine uymak için aldıkları tedbirleri, Üye Devletlerden alınan bilgilere dayanarak Genel Sekreterlik tarafından hazırlanan bir rapor ve Komisyon tarafından sunulan yazılı bir rapor aracılığıyla değerlendirir."

[26] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004DC0054R%2801%29,(E.T. 12.03.2023).

[27] Rasquete/ Ferreira / Marques, p. 122.

C. Üye Devletin Bilgi Edinme Hakkına Yönelik Yükümlülükleri

Üye Devletler, birbirleriyle karşılıklı olarak anlaşılabilir bir şekilde iletişim kurma yeteneğini etkileyebileceğinden, herhangi bir engellilik de dahil olmak üzere mağdurların kişisel özelliklerini dikkate alarak mağdurlara bilgilerin basit ve erişilebilir bir biçimde aktarılmasını sağlamalıdır. Bir başka deyişle mağdurlara bilgiye etkili bir erişim yolu tanınmalıdır. Her bir özel durumda bilgi verirken mağdurların bireysel ihtiyaçları ve kişisel koşulları dikkate alınmalıdır. Bilgi gereksiz gecikmeler olmadan sağlanmalıdır. Mağdura, talebi üzerine, duruşmanın zamanı ve yeri, suçlunun aleyhindeki suçlamaların niteliği, nihai karar ve diğer konular hakkında bilgi verilmelidir[28]. Daha sonraki aşamalara, özellikle de failin serbest bırakılmasına ilişkin bilgiler genellikle mağdurlara sunulmaz. Üye devletlerin çoğu, failin serbest bırakıldığını mağdurlara bildirmez; bu, tekrar mağdur olma riski yüksek olan mağdurlar söz konusu olduğunda özellikle sorunlu olabilir[29].

Pek çok mağdur için bir ceza soruşturmasına muhatap olmak travmatik bir deneyimdir. Bu nedenle mağdurların davalarında ilerleme görme ihtiyacı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu kapsamda örneğin bir şüphelinin kimliği belirlendiğinde ve yakalandığında güncel bilgiler düzenli olarak mağdura aktarılmalıdır. Somut bir ilerleme olmasa bile soruşturmanın devam ettiğini öğrenmek mağduru rahatlatıcı bir etki yaratır. Mağdurlar, mevcut bilgi yelpazesi hakkında proaktif olarak bilgilendirilmeli ve örneğin duruşma tarihi, bir davanın nihai sonucu ve bir suçlunun salıverilme tarihi gibi hangi bilgileri almak istediklerini seçebilmelidir. Mağdurlar hangi bilgilere erişebileceklerinin farkında olmayabileceğinden, mağdurların bilgileri kendilerinin talep etmesini beklemek uygun değildir. Mağdurların bilgi alma hakkının doğal bir sonucu olarak bilginin iletilmesinden sorumlu tutulmama hakları da vardır[30].

25 Temmuz 2019'da Komisyon, suç mağdurlarının hakları, desteklenmesi ve korunmasına ilişkin 2012/29/EU Direktifini tamamen aktarmadıkları için dokuz AB Üye Devleti aleyhine ihlal davası açmaya karar vermiştir. Komisyon, Üye Devletleri, hem mağdurların hakları hem de dava hakkında bilgilendirilme hakkı veya destek ve koruma hakkı gibi bu Direktifin çeşitli hükümlerini uygulamamakla suçlamış ve Çek Cumhuriyeti, Estonya, Almanya, Macaristan, İtalya, Malta, Polonya, Portekiz ve İsveç'e resmi bir bildirim mektubu göndererek ihlal prosedürünün ilk aşamasını başlatmıştır[31].

SONUÇ

Suç mağdurlarının haklarının korunması özgürlük, güvenlik ve adalet alanında her zaman Avrupa Birliği'nin temel önceliklerinden birini oluşturmuştur. Avrupa Birliği, ilk olarak, mağdurların ceza yargılamasındaki konumuna ilişkin 2001/220/JHA sayılı 15 Mart 2001 tarihli Çerçeve Kararı ve daha sonra 2012/29/EU sayılı Mağdurlar Direktifi aracılığıyla, mağdurların onurlu muamele görme, bilgiye ulaşma, tıbbi, psikolojik ve sosyal yardım ve destek alma, anlama ve anlaşılma, yargılamanın çeşitli aşamalarında korunma ve tazminat haklarını vurgulayan dengeli bir yaklaşımı tercih etmiştir. Suç mağdurlarına önemli yasal haklar sağlayan AB Suç Mağdurları Direktifi (2012/29/EU), tüm suç mağdurlarının usule ilişkin bilgi, destek ve koruma haklarına sahip olmasını sağlamaya çalışan kapsamlı

[28]Michal Malacka: "Victims of Crime and Harmonization of the Legal Regulation of Their Rights in the EU and the Czech Republic", *International and Comparative Law Review*, 2020, V. 20, N. 2, p. 134.

[29] Antony Pemberton/Marc Groenhuijsen: "Developing Victim's Rights within the European Union: Past, Present and Future", Ed. G. Kirchhoff, Proceedings of the 13th World Society of Victimology Symposium, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2011, p. 5, https://ssrn.com/abstract=1947236 (E.T. 12.05.2023).

[30] For Implementation of Legislation and Best Practice for Victims of Crime in Europe, Handbook, Victim Support Europe, 2013, p. 25. https://victimsupporteurope.eu/activeapp/wp-content/files_mf/1385974688NewVersionVSEHandbookforImplementation.pdf. (E.T. 21.06.2023)

[31] https://eucrim.eu/news/victims-rights-directive-commission-initiates-infringement-proceedings-against-nine-member-states/ (E.T. 14.05.2023).

bir AB yasama paketinin merkezinde yer almaktadır. Direktif, mağdurlara profesyonel, hassas ve ayrımcı olmayan bir şekilde davranılması gerektiğini vurgulamaktadır. Uluslararası gelişmeler ışığında, mağdur haklarına ilişkin en ayrıntılı hukuk metni olan bu Direktif, AB'ye aday ülke statüsünde olan Türkiye tarafından modellenmelidir.

Mağdurların durumları hakkında bilgi alma hakkına AB mevzuatında özel önem verilmiştir. Bu hak, mağdurların sahip olduğu diğer hakların çoğu için bir ön koşuldur. Bilgi edinme hakkı, korunma hakkı için de bir araçtır. Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin[32] 4. maddesi uyarınca[33]: "*Mağdurlar, talepleri halinde kendilerine sağlanan hak ve yardımlara ilişkin olarak kolluk birimleri veya müdürlükçe gecikmeksizin bilgilendirilir ve yönlendirilir"*. Her ne kadar bu ve benzeri düzenlemeler olumlu nitelik arz etse de Türkiye'deki suç mağdurlarının bilgi edinme hakkı AB mevzuatında öngörülen uygulamalara nispetle zayıf kalmaktadır. Nitekim AB Suç Mağdurları Direktifi (2012/29/EU)'ne göre, mağdura yapılacak bilgilendirmenin: herhangi bir uzman desteğine nasıl ve hangi koşullar altında erişebileceklerini; şikâyette bulunma prosedürlerini; koruma önlemlerini; adli yardımı; tazminatı; yorumlama ve çeviriyi; onarıcı adalet hizmetlerini; dava ile ilgili iletişim bilgilerini kapsayacak biçimde olması gerekir. Bu açıdan Türkiye'de de sanık merkezli adalet anlayışından mağdur merkezli adalet anlayışına geçilmeli ve konuya ilişkin ivedilikle yeni adımlar atılmalıdır.

Kaynakça

AERTSEN, Ivo: Türkiye'de Mağdur Haklarının ve Mağdura Verilen Hizmetlerin Güçlendirilmesi, Etkin Uygulamaya Doğru, UNDP Türkiye, Ankara 2014, s.1-35) 14.http://docplayer.biz.tr/6916994-Undp-turkiye-turkgye-de-magdur-haklarinin-ve-magdurlara-verglen-hgzmetlergn-guclendgrglmesg-etkgn-uygulamaya-dogru-prof-dr.html, (E.T. 03.03.2023).

ARTUK, M. Emin / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

BUCZMA, Slawomir R.: "An Overview of the Law Concerning Protection of Victims of Crime in the View of the Adoption of the Directive 2012/29/EU Establishing Minimum Standards on the Rights, Support and Protection of Victims of Crime in the European Union", *ERA Forum,* Vol. 14, 2013, p. 235-236.

DEĞİRMENCİ, Olgun: "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *TBB Dergisi*, S. 77, 2008, s. 33-86.

DOĞAN, Fatma Karakaş: "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* C: 19, S: 2, 2013, s. 1007- 1029.

GÖHLER, Johanna: *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Ed. BROWN, Darryl K. / TURNER, Jenia Iontcheva / WEISSER, Bettina, First Edition, Oxford University Press, USA 2019.

[32] Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sayısı: 63 Yayımlandığı Resmi Gazetenin Tarihi – Sayısı: 10/6/2020-31151.

[33] *Bilgilendirme ve yönlendirme MADDE 4-*

(1) Mağdurlar, talepleri halinde kendilerine sağlanan hak ve yardımlara ilişkin olarak kolluk birimleri veya müdürlükçe gecikmeksizin bilgilendirilir ve yönlendirilir.

(2) Mağdurla yapılan sözlü veya yazılı iletişimde, mağdurun anlama veya kendini ifade etme kabiliyetini etkileyen yaş, gelişim düzeyi, engellilik gibi durumları dikkate alınır ve anlaşılır bir dil kullanılır.

(3) Mağdura, kolluk veya Cumhuriyet başsavcılığı tarafından ihbar veya şikayetine ilişkin yazılı bir belge verilir.

MALACKA, Michal: "Victims of Crime and Harmonization of the Legal Regulation of Their Rights in the EU and the Czech Republic", *International and Comparative Law Review*, 2020, V. 20, N. 2, pp. 129-158.

ÖZEK, Çetin: "Suç Mağdurlarının Korunması ile İlgili Bazı Sorunlar", *İHFM*, C: L, S:1-4, İstanbul 1984.

ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa R. / GEZER, Özge S. / KIRIT, Yasemin F. S./ ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / TÜTÜNCÜ, Efser E. / VİLLEMİN, Derya A. / TOK, Mehmet C.: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ed. Bahri Öztürk, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

PEMBERTON, Antony / GROENHUIJSEN, Marc: "Developing Victim's Rights within the European Union: Past, Present and Future", Ed. G. Kirchhoff, Proceedings of the 13th World Society of Victimology Symposium, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2011.

RAFARACI, Tommaso: "New Perspectives for the Protection of the Victims in the EU", *Human Rights in European Criminal Law,* Stefano Ruggeri (ed.), Springer, Switzerland 2015, pp. 215-225.

RASQUETE, Carmen / FERREİRA, Ana / MARQUES, Frederico Moyano: "Why Do We Need Concrete Measures For Victims At EU Level? A View From The Coalface" *ERA Forum*, V.15, pp. 119-129.

ŞAHİN, Cumhur: *Ceza Muhakemesi Hukuku C.I*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

VALSAMIS, Mitsilegas: *EU Criminal Law*, Bloomsbury Publishing, Second Edition, India 2022, p. 296.

YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

https://www.avrupa.info.tr

https://eur-lex.europa.eu

https://fra.europa.eu

https://magdur.adalet.gov.tr

https://victim-support.eu

https://commission.europa.eu

https://eucrim.eu/

https://books.google.com.tr/

GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA LİMİTED ŞİRKETLERİN HAKLI SEBEPLE FESHİ DAVASINDA HAKLI SEBEP TEŞKİL EDEN DURUMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğretim Üyesi Dağlar EKŞİ*

ÖZET

Limited şirketin haklı sebeple feshi, haklı sebeplerin varlığı halinde her bir ortağın talebi üzerine mahkeme kararıyla gerçekleşebilir. Şirketin haklı sebeple feshi isteminin temel şartı haklı sebebin varlığıdır. Limited şirketlerin haklı sebeple feshinde haklı sebep kavramı mevzuatta tanımlanmamıştır. Bu sebeple haklı sebep kavramına ilişkin doktrinde farklı görüşler ve Yargıtay'ın da farklı uygulamaları söz konusudur. Haklı sebebin varlığına ilişkin değerlendirme her somut olay için ayrıca gerçekleştirilmektedir. Bu anlamda haklı sebebin varlığı konusunda hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Çalışmamızda Yargıtay'ın güncel kararları değerlendirilerek, Yargıtay'ın hangi durumları haklı sebep olarak kabul ettiği incelenecektir. Bu çalışma ile limited şirketlerin haklı sebeple feshi davasının temel şartı olan haklı sebep kavramı üzerine çalışan araştırmacılar ve uygulayıcılara Yargıtay'ın bu konuya yaklaşımını sunmak amaçlanmaktadır. Yargıtay'ın konuya yaklaşımını güncel olarak sunabilmek için özellikle Yargıtay'ın bu konuda özellikle son on yılda verdiği kararlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Haklı Sebep, Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi, Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davası, Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davasında Haklı Sebep Kavramı.

EVALUATION OF THE SITUATIONS THAT CONSTITUTE A RIGHTFUL CAUSE IN LAWSUITS FOR THE RIGHTFUL TERMINATION OF LIMITED LIABILITY COMPANIES IN THE SCOPE OF CONTEMPORARY SUPREME COURT DECISIONS

ABSTRACT

Termination of a limited liability company for just cause may be realised by a court decision upon the request of each shareholder in the presence of just cause. The basic condition for the request for termination of the company for just cause is the existence of just cause. The concept of just cause for the termination of limited liability companies for just cause is not defined in the legislation. For this reason, there are different opinions in the doctrine and different practices of the Court of Cassation regarding the concept of just cause. The evaluation regarding the existence of just cause is carried out separately for each concrete case. In this sense, a discretionary power is granted to the judge regarding the existence of just cause. In this study, the current decisions of the Court of Cassation will be evaluated and the situations that the Court of Cassation accepts as just cause will be analysed. This study aims to present the approach of the Court of Cassation to the researchers and practitioners working on the concept of just cause, which is the basic condition for the termination of limited liability companies for just cause. In order to present the approach of the Court of Cassation to the subject in

* Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, daglar.eksi@antalya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1172-0068.

an updated manner, the decisions of the Court of Cassation on this subject, especially in the last ten years, have been analysed.

Keywords: Limited Liability Company, Just Cause, Termination of Limited Liability Company with Just Cause, Case for Termination of Limited Liability Company with Just Cause, Concept of Just Cause in Case for Termination of Limited Liability Company with Just Cause.

GİRİŞ

Hem 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK) hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) limited şirketlerin haklı sebeple feshi düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK madde 636/3'e göre *"Haklı sebeplerin varlığında, her ortak mahkemeden şirketin feshini isteyebilir. Mahkeme, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir."*. Bu düzenlemeye göre, limited şirketin haklı sebeple feshinde temel şart haklı sebeplerin varlığıdır. Madde metninin devamında her bir ortağın şirketin feshini talep edebileceği düzenlenmiştir. Anonim şirketlerin haklı sebeple feshini talep edebilme azlık hakkı olarak düzenlenmişken[1], limited şirketlerde şirketin haklı sebeple feshini talep edebilme pay sahipliği hakkı olarak düzenlenmiştir. Anonim şirketlerin ve limited şirketlerin haklı sebeple feshi özellikle bu noktada farklılaşmıştır.

Mahkeme, daha ağır sonuçlara sebep olabileceği için fesih yerine alternatif diğer çözümlere karar verebilir[2]. Mahkemenin hükmedebileceği bazı alternatif çözümler örnek olarak madde metninde belirtilmiştir. Ancak hükmedilebilecek alternatif çözümler *"…veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer çözüme"* ifadesinden anlaşılacağı üzere sınırlı sayıda (*numerus clausus*) belirtilmemiştir. Bu sebeple mahkemenin duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer çözümlere hükmedebileceği açıktır. Ancak ilk derece mahkemelerinde haklı sebeple feshin talep edildiği davalarda ortağın çıkarılmasından ziyade şirketin haklı sebeple feshine hükmedildiği gözlemlenmektedir[3]. Ortağın çıkarılmasına hükmedilmişse, davacı ortağın payının gerçek değerinin belirlenmesine yönelik olarak şirketin, gerçek mal varlığının rayiç değerinin tespiti, sonrasında şirket mal varlığının rayiç değerleri ile şirkete ait ticari defter ve kayıtları üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonrası, şirketin kaydi ve rayiç bilanço verileri üzerinden şirket öz varlığının belirlenmesi ve belirlenen öz varlığa göre, davacının sermaye artırımı sonrası payına tekabül eden miktarın kâr payı ile birlikte hesaplanmasıyla ortağın payının değeri belirlenmektedir[4]. İsviçre öğretisinde ise mahkemenin, şirketin kâr dağıtmasına hükmedebileceği, yeni bir pay sahibinin şirkete alınmasını uygun bulabileceği veya kısmi tasfiyeye hükmedebileceği belirtilmektedir[5].

Limited şirketin haklı sebeple feshi veya haklı sebebin varlığı halinde ortağın çıkma talep edebilme hakları tek taraflı bir beyan ile kullanılamaz. TTK düzenlemeleri gereğince mahkeme kararıyla bu haklar

[1] Türk Ticaret Kanunu madde 531.

[2] PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınları, Ankara 2021, s. 778 [Genel Esaslar].

[3] ERDOĞAN, Alperen: Anonim ve Limited Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi Davasında Haklı Sebep Kavramı Ve Haklı Sebebe İlişkin Yargı Kararlarının Analizi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2021, s. 161:

[4] Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 02.11.2022 tarih ve E: 2021/3467 K: 2022/7740 sayılı kararı.

[5] PULAŞLI, s. 779.

kullanılabilir. Haklı sebep teşkil eden durumun varlığı da taraflarca değil, mahkeme tarafından tespit edilir[6].

Belirtmek gerekir ki, uygulamada haklı sebeple fesih davası açan davacı ortağa karşı, davacı ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin karşı dava açılması yaygındır. Pulaşlı'ya göre, limited şirketin haklı sebeple feshini talep eden davacı ortağın, ortaklık hakkı kendisine verilerek şirketten çıkarılması durumunda şirketin feshi konusunda ısrar etmesi Türk Medeni Kanunu m. 2 bağlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir[7].

Yargıtay[8] *"fesih yerine alternatif çözüme hükmedilebilmesi için şirketin yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olması da gerektiği, limited şirket sermaye şirketi olduğundan ekonomik menfaatler kişisel menfaatlere göre öncelik taşıması gerektiği, yine limited şirketler aynı zamanda şahıs şirketi özelliğini de taşıdığından kişisel menfaatlerin de dikkate alınması gerektiği, şirketin devamında hem genel ekonomik menfaatler için yarar olması hem de çıkarılan ortağın ayrılma payını talep etmeye ilişkin menfaati aşırı şekilde zarar görmemesi gerektiği, ekonomik yönden kötü durumda olan bir şirkette diğer pay sahibinin şirketin devamına ilişkin menfaatinin önemli görülmemesi gerektiği…"* ifadeleriyle mahkemenin alternatif çözüme hükmedebilmesi için incelemesi gereken hususları vurgulamıştır. Ancak mahkemenin haklı sebeple feshin talep edildiği davalarda feshe veya alternatif diğer çözüme hükmedebilmesi için öncelikli olarak haklı sebebin varlığı ispatlanmalıdır.

I. LİMİTED ŞİRKETİN HAKLI SEBEPLE FESHİ DAVASI

A. Hukuki Niteliği

Limited şirketin haklı sebeple feshi, 6102 sayılı TTK madde 636/3'te düzenlenmiştir. Limited şirketin haklı sebeple feshini her bir ortak talep edebilme hakkına sahiptir. Madde metninde *"…her ortak mahkemeden şirketin feshini isteyebilir."* ifadesinden her bir ortağın bu talebi dava yolu ile ileri sürebileceği anlaşılmaktadır. Bu dava inşai niteliktedir[9]. İnşai davalar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 108. maddesinde düzenlenmiştir. HMK m. 108/1'e göre inşai dava, *"İnşaî dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir."* ifadesiyle düzenlenmiştir. İnşai dava özellikle kamu düzeni ve hukuki durumun açıklığa kavuşması amacıyla düzenlenmiştir[10]. Bu dava, davacının tek taraflı irade beyanının yeterli olmadığı veya tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmasının mümkün olmadığı durumlarda söz konusu olur[11]. Limited şirketin haklı sebeple feshi davası ile mahkemeden mevcut bir hukuki durumun ortadan kaldırılması talep edilmektedir.

B. Tarafları

1. Davacı

Limited şirketin haklı sebeple feshi davası, şirket ortakları tarafından açılabilir. Haklı sebeple limited şirketin feshini talep etme ortaklara tanınan bir haktır. Limited şirkete gerçek veya tüzel kişiler ortak

---

[6] YASAMAN, Mustafa: Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV (ed. ŞENOCAK, Kemal), Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 4932.

[7] PULAŞLI, s. 779

[8] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2021 tarih ve E: 2019/3604 K: 2021/2596 sayılı kararı. Benzer gerekçelerle limited şirketin feshine karar verilen bir diğer Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 06.04.2021, E: 2020/6013 K: 2021/3375 sayılı kararı.

[9] ERDEM, Nuri: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.169.

[10] PEKCANITEZ, Hakan; ATALAY, Oğuz; ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 222.

[11] PEKCANITEZ; ATALAY; ÖZEKES, s. 221.

olabilir. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun[12] bir karar gerekçesinde kimlerin ortak sıfatı ile limited şirketin haklı sebeple feshini talep edebileceği şu şekilde ifade edilmiştir: *"Limited şirketin fesih ve tasfiyesine ilişkin davada (fesih davasında) davacı sıfatı şirketin ortaklarına aittir. Bu kapsamda TTK'nin 636/3. maddesi kapsamında ancak pay defterine kayıtlı ortaklar limited şirketin haklı nedenle feshini mahkemeden isteyebilirler. Limited şirketin feshini isteyen davacının ortaklık sıfatının yargılama boyunca mevcut olması gerekir. Aksi durumda ortaklık sıfatını yitiren davacı, taraf sıfatını da yitirecektir. Bu durum yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de re'sen nazara alınır."* Pay defterine kayıtlı olan kişi limited şirketin ortağı olarak kabul edilir ve şirketin haklı sebeple feshini talep edebilir.

2. Davalı

Kural olarak bu davada davalının ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan limited şirket olması gerekmektedir[13]. Yargıtay farklı davalarda, davanın ortak olunan şirkete değil de şirket ortağına yöneltilmesi durumunda davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesine karar verilmiştir[14]. Ancak yukarıda belirtilmiş olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararda[15] bu konuya ilişkin *"Bu kapsamda her ne kadar kural olarak limited şirketin TTK'nın 636/3. maddesi çerçevesinde haklı nedenlerle feshine ilişkin olarak açılan bir davada husumetin, feshi istenen şirketin tüzel kişiliğine karşı yöneltilmesi gerekir ise de; iki kişiden müteşekkil limited şirketin ortaklarının davacı ve davalı olarak yer aldığı davada, yukarıda açıklanan usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde taraf teşkilinin sağlanmış olduğunun kabul edilmesi gerekir. Başka bir deyişle iki ortaktan biri tarafından diğer ortağa karşı açılan, iki ortaktan müteşekkil limited şirketin feshine dair davada taraf teşkilinin sağlanmış olduğunun kabulü, Anayasanın 141. maddesi ve HMK'nın 30. maddesinde düzenlenen, yargılamanın en az giderle ve makul sürede bitirilmesi ile gereksiz yere dava açılmasının engellenmesine dair usul ekonomisi ilkesine uygun düşer."* denilmektedir. Yargıtay kararında iki kişiden oluşan limited şirketler için her iki ortağında taraf olarak yer aldığı davada taraf teşkilinin sağlanmış olduğu belirtilerek usul ekonomisinin göz önünde bulundurulması gerektiği ve yargılamanın en az giderle ve makul sürede tamamlanması gerektiği vurgulanmıştır. Yargıtay'ın farklı birçok kararında da iki ortağı bulunan limited şirket için taraf teşkili sağlanmışsa davanın şirket tüzel kişisine yöneltilmesi aranmamıştır[16].

II. LİMİTED ŞİRKETİN HAKLI SEBEPLE FESHİNDE HAKLI SEBEP

A. Haklı Sebep Kavramı

Limited şirketlerin feshi için "haklı sebep" kavramına ilişkin genel bir düzenleme Türk hukukunda mevcut değildir. Bu kavram, Türk Borçlar Kanunu ve TTK'de farklı hukuki ilişkilerin düzenlenmesi amacıyla yer almaktadır. Ancak bu düzenlemeler ışığında da genel bir haklı sebep tanımına ulaşabilmek mümkün değildir. Çamoğlu haklı sebep kavramını *"Haklı sebep, hukuki ilişkinin sürdürülmesini çekilmez*

[12] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.3.2022 tarih ve E: 2019/795 K: 2022/374 sayılı kararı.

[13] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.3.2022 tarih ve E: 2019/795 K: 2022/374 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 02.11.2022 tarih ve E: 2021/3467 K: 2022/7740 sayılı kararı.

[14] *"…limited şirket fesih ve tasfiyesi istemli dava, ortak olunan şirkete yönelik olarak açılabileceğinden, bu nitelikte bir davada davalı şirket ortağına husumet düşmeyeceği… davacının diğer davalılara yönelik açtığı davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 02.11.2022 tarih ve E: 2021/3467 K: 2022/7740 sayılı kararı.); Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 24.05.2022 tarih ve E: 2021/1909 K: 2022/3966 sayılı kararı.

[15] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.3.2022 tarih ve E: 2019/795 K: 2022/374 sayılı kararı.

[16] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.02.2019 tarih ve E: 2017/4264 K: 2019/1216 sayılı kararı.

hale getiren ve (bozucu) yenilik doğuran bir bildirim veya dava ile hukuki ilişkiyi sona erdirmek veya değiştirmek yetkisinin kullanılmasını adil gösteren hukuki olgudur." şeklinde tanımlamıştır[17].

Düzenlenen hukuki ilişkilerin mahiyetine uygun olarak haklı sebebin varlığının tespiti gerekmektedir. Bu anlamda haklı sebep değerlendirmesi kanunların belirttiği hususlar çerçevesinde hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ancak bu anlamda hâkimin takdir yetkisinin sınırsız olduğu düşünülmemelidir. Altınok Ormancı'ya göre hâkimin takdir yetkisinin sınırını, haklı sebeplerle feshe ilişkin yasal düzenlemelerle getirilen sınırlamalar ve ahde vefa ilkesinden kaynaklanan sınırlamalar oluşturmaktadır[18].

TTK madde 245'te kolektif ortaklıklar için haklı sebep kavramı tanımlanmış ve örneklendirme yoluyla bu ortaklık türü için haklı sebep teşkil eden bazı durumlar belirtilmiştir. Bahtiyar'a göre bu hükümden anonim ve limited şirketler için sermaye şirketi niteliğine uygun düştüğü ölçüde faydalanabileceği belirtilmiştir[19].

III. GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HAKLI SEBEP DEĞERLENDİRMESİ

Yargıtay kararlarında limited şirketin haklı sebeple feshinde haklı sebep kavramına ilişkin değerlendirmenin her somut olay için ayrıca yapılacağı belirtilmiştir[20].

Yukarıda da bahsettiğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında[21] *"Haklı sebepten ne anlaşılması gerektiği ise somut durumun ve ileri sürülen hususların niteliğine göre mahkemece takdir edilecek olup esasında dürüstlük kuralı temelinde ortaklık ilişkisinin devam ettirilemeyecek düzeyde zedelenmiş olması durumu, limited şirketin feshinin haklı nedenini oluşturur. Başka bir deyişle ortaklıktaki güven ilişkisinin ortadan kalkması veya ortaklığın devamının dürüstlük kuralı gereği ortaklar bakımından çekilmez hâle gelmesine neden olan olaylar, limited şirketin feshi için haklı neden olarak kabul edilebilirler. Zira hiçbir ortaktan, dürüstlük kuralı gereği kendisi için çekilmez hâle gelen bir ortaklık ilişkisini devam ettirmesi beklenemez. Haklı sebep kavramı, her somut olayın niteliğine göre farklı tanımları bünyesinde barındırır."* şeklinde bu durumu ifade etmiştir. Bu karara göre haklı neden teşkil ettiği iddia edilen durumun aslında ortaklık ilişkisinin temelinde bulunması gereken güven ilişkisini ortadan kaldırıp kaldırmadığı veya ortaklığı dürüstlük kuralı gereğince ortaklar bakımından çekilmez hâle getirip getirmediği değerlendirilmelidir.

Yine Yargıtay'ın sonraki kararlarında da atıf yaptığı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 22.6.2016 tarihli ve 2015/9114 Esas ve 2016/6883 Karar sayılı kararında *"Haklı sebep" ile kast edilen örneğin; şirket ortaklığını çekilmez kılacak nitelikteki husumet, şirketin işleyişi, yönetimi ve faaliyetleri hakkında bilgi vermemenin süreklilik kazanması, ortakların şirketten dışlanması, şirket yöneticilerinin kişisel menfaatleri yönünde hareket edip şirketi borca batık hale sürüklemesi, şirkete ihanet etmesi olarak sayılabilir."*

Çalışmamızın amacına yönelik olarak incelemeyi sistematik hâle getirebilmek adına haklı sebep teşkil eden durumlar kategorize edilerek incelenmiştir. Bu çalışma kapsamında incelenen Yargıtay kararları yalnızca limited şirketin haklı sebeple feshine ilişkin davalar olmayıp; TTK m. 636/3 gereğince ortaklıktan çıkarılma veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedilen

---

[17] ÇAMOĞLU, Ersin: Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, Fakülteler Matbaası 1976, s. 25.

[18] ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık 2011, s. 136.

[19] BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuk, Beta Basım Yayım 2019, s. 384; 470.

[20] *"Haklı sebepten ne anlaşılması gerektiği ise somut durumun ve ileri sürülen hususların niteliğine göre mahkemece takdir edilecek…"* (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.03.2022 tarih ve E: 2019/795 K: 2022/374 sayılı kararı)

[21] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.03.2022 tarih ve E: 2019/795 K: 2022/374 sayılı kararı.

davaları da içermektedir. Haklı sebep, çoğunluk gücünün kötüye kullanılması, kötü yönetim, şirketin borca batık olması gibi ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle ortaya çıkabileceği gibi, boşanma, özellikle aile şirketlerinde aile içindeki husumetler gibi kişisel sebeplerle de ortaya çıkabilmektedir. Aşağıda belirtilen durumlar Yargıtay tarafından haklı sebep olarak kabul edilmektedir:

1) Çoğunluk gücünün kötüye kullanılması şirketin feshini talep eden ortağın bilgi alma ve inceleme haklarının ihlal edilmesi veya kâr payı hakkının ihlal edilmesi gibi durumlarda ortaya çıkabilir. Ortağın bilgi alma hakkının TTK madde 636/3'de öngörülen haklı nedenle fesih sebebi sayılabilmesi için ortağın maddede öngörülen usule uygun şekilde bilgi alma hakkını kullanması buna rağmen şirket müdürünün ortağın bilgi alma hakkını yasaya aykırı olarak engellemiş olması gerektiği belirtilmiştir[22].
2) Şirket faaliyetinin fiilen sona ermiş olması[23],
3) Ortaklık amacının gerçekleşmesinin önemli ölçüde güçleşmiş veya imkânsız hale gelmiş olması[24],
4) Şirketin borca batık olması[25],
5) Ortaklar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmiş olması. Güven ilişkisinin zedelenmesi genellikle ortaklar arasında yargı mercilerine yansıyan husumet bulunması[26], ortakların boşanma aşamasında

[22] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 04.10.2022 tarih ve E: 2021/2754 K: 2022/6606 sayılı kararı.

[23] *"…şirketin ticari faaliyetinin bulunmadığı,… gerekçesiyle şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmiş."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2021 tarih ve E: 2019/3604 K: 2021/2596 sayılı kararı.); *"…Mahkemece, davalı şirket ortakları arasında ciddi uyuşmazlıklar bulunduğu, ortakların bir araya gelerek şirket faaliyetlerini sürdürmesinin olanaklı görülmediği, fiilen şirketin faaliyetini sonlandırdığı, ortakların başka şirketler eliyle kendi faaliyetlerine devam ettikleri, böylece TTK'nın 636/3. maddesi anlamında, davalı şirketin fesih ve tasfiyesi için haklı sebeplerin oluştuğu…"* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 05.11.2020 tarih ve E: 2019/1741 K: 2020/4807 sayılı kararı)

[24] *"…şirketin makine ve araçlarının elden çıkarılması nedeniyle şirketin faaliyet gösterip kar elde etme imkanı ve sözleşmedeki amacını gerçekleştirme imkanı kalmadığı… gerekçeleriyle davanın kabulü ile şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.02.2019 tarih ve E: 2017/4264 K: 2019/1216 sayılı kararı.); *"…şirketin amacının gerçekleşme ihtimali bulunmadığı…gerekçesiyle şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmiş."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2021 tarih ve E: 2019/3604 K: 2021/2596 sayılı kararı.)

[25] *"…şirket hesaplarının gerçeği yansıtmadığı, şirket malları üzerinde şirket hesaplarında görünmeyen yüksek meblağdaki borçlardan dolayı hacizlerin olduğu, şirketin 6.772.692,50 TL borca batık olduğu anlaşıldığından.. davacı ile davalı ...'nin ortaklık paylarının gerçek değerinin belirlenerek ortaklıktan çıkarılmasına… karar verilmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.11.2020 tarih ve E: 2019/974 K: 2020/5226 sayılı kararı.).

[26] *"…Ortaklar arasındaki uyuşmazlıklar neticesinde ortaklıktan çıkma yönünden haklı sebeplerin bulunduğu, ortaklar arasındaki kişisel çekişmelerin müşterek kusurdan kaynaklandığını, anılan çekişmelerin ortaklığın devamını engelleyecek nitelikte olduğu, ortaklığın feshine sebebiyet verecek ağırlıkta haklı sebeplerin mevcut olmadığı, ortaklar arasında kişisel husumetleri bulunduğu ve karşılıklı davaların açıldığı…"* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.06.2019 tarih ve E: 2018/3420 K: 2019/4471 sayılı kararı.); *"…şirket ortakları arasında çok sayıda dava ve soruşturma dosyasının olduğu, ortaklar arasında güven ilişkisinin kalmadığı… gerekçesiyle asıl davanın kabulüne…karar verilmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15.12.2021 tarih ve E: 2020/464 K: 2021/7146 sayılı kararı); *"…ortaklar arasındaki güvene dayalı ilişkinin ortadan kalktığının göstergesi niteliğindeki ortaklar arasındaki ceza dosyası……davanın kabulüne…karar verilmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.11.2020 tarih ve E: 2019/974 K: 2020/5226 sayılı kararı.)

olan veya boşanmış çiftler olması[27] veya şirket yöneticisinin kişisel çıkarları[28] doğrultusunda hareket etmesi gibi şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, ortaklardan ortaklığın sürdürülebilmesi beklenemez.

6) Şirketin kötü yönetimi şirketin kâr payı dağıtmaması[29], şirket kayıtlarının usülüne uygun tutulmaması[30] genel kurul toplantılarının yapılamaması[31] gibi durumlarda ortaya çıkabilmektedir.

---

[27] *"Mahkemece, ortakların boşandıkları süreçte aralarında husumet olduğu, ticari ilişkiyi sürdürmelerinin beklenemeyeceği, karşılıklı güven ve iş birliği içinde hareketlerinin imkansız olduğu, tarafların ortaklığı birlikte sürdürmek gibi bir iradelerinin de bulunmadığı, güven ilişkisinin zedelenmesinin tek başına davacının eylemlerinden kaynaklanmadığı, davacının boşanma sürecinde şirket mal varlığına tedbir koydurmasının şirketi mevcut durumuna getirdiği ileri sürüldüğü, ancak boşanma ve mal tasfiyesi davalarında diğer eşin malvarlığına ihtiyati tedbir talebinin yasal hakkı olduğu,…gerekçesiyle şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmiş."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2021 tarih ve E: 2019/3604 K: 2021/2596 sayılı kararı.);

[28] *"…ortaklar arasındaki güven ilişkisinin sarsılmış olması, şirket yöneticisinin kişisel menfaati yönünde hareket etmesinin Dairemizin 2015/9114 E. 2016/6883 K. da haklı sebep oluşturacağının kabul edilmesi, iki ortak arasında birden fazla dava bulunması, şirket defterlerinin dahi usulsüz tutulmuş olması halleri ve tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde verilen kararda bir isabetsizlik bulunmadığının anlaşılmasına göre usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.01.2022 tarih ve E: 2020/6752 K: 2022/615 sayılı kararı.)

[29] *"…uzun yıllardır kâr payı dağıtılmaması ve dava açıldıktan sonra yapılan göstermelik faaliyetinde dava sonucuna etkisinin bulunmamasına, fesihte ağır kusurlu büyük hissedarın aynı alanda zaten faaliyet yürüttüğü başka bir şirketin bulunması nedeniyle fesih yerine şirketin devamını sağlayacak alternatif bir yönteme karar verilmesine gerek bulunmamasına göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca bölge adliye mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından bölge adliye mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15.12.2021 tarih ve E: 2020/464 K: 2021/7146 sayılı kararı.) *"…şirketin kâr payı dağıtmadığı… gerekçesiyle şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmiş*." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2021 tarih ve E: 2019/3604 K: 2021/2596 sayılı kararı.)

[30] *"…şirket kayıtlarının usulüne uygun tutulmadığı, şirketin kötü yönetildiği gerekçeleriyle davanın kabulü ile şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.02.2019 tarih ve E: 2017/4264 K: 2019/1216 sayılı kararı.); *"…mahkemece verilen süre üzerine genel kurul toplantısının yapıldığı, davacının genel kurulda alınan kararlara katılmadığına ilişkin toplantı tutanağına şerh yazıldığı, ancak şirketin genel kurul toplantısını yapmasına rağmen yıllık defterlerinin açılış kapanış beyanlarının noter tasdiki ile tasdiklettirilmediği, yıllık defterlerinin tutulmadığı, Akhisar Vergi Dairesindeki mükellefiyetinin aktif olmadığı, şirketin uzun süre kullanılmadığı, atıl vaziyette bulunduğu, demirlerin paslandığı, samanların çürümeye yüz tuttuğu ve canlı hayvanın bulunmadığı göz önüne alındığında şirketin hayatiyetini devam ettirmesinin hem ortaklar, hem de ülke ekonomisi açısından bir faydasının bulunmadığı anlaşıldığından TTK'nın 636/3. maddesinde belirtilen davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmetmenin mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile davalı şirketin fesih ve tasfiyesine, tasfiye işlemleri yapılmak üzere şirkete kayyım tayinine karar verilmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 06.04.2021 tarih ve E: 2020/6013 K: 2021/3375 sayılı kararı.)

[31] *"…genel kurulun 2008 yılından bu yana toplanmadığı,…gerekçesiyle şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmiş."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2021 tarih ve E: 2019/3604 K: 2021/2596 sayılı kararı.); *"…şirketin kurulduğundan bu yana genel kurulunun yapılmadığı… gerekçesiyle davanın kabulü ile davalı şirketin fesih ve tasfiyesine, tasfiye işlemleri yapılmak üzere şirkete kayyım tayinine karar verilmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 06.04.2021 tarih ve E: 2020/6013 K: 2021/3375 sayılı kararı.); *"… davacı ile davalı ortaklar arasında hukuki ihtilaf düzeyine ulaşmış olan ciddi husumet nedeniyle davalı şirketin % 50'şer ortağı olan tarafların bir araya gelip genel kurul toplantısı yapamadıkları… davalı şirketin TTK.'nın 636/3 md. hükmüne göre feshi ve tasfiyesi için haklı sebeplerin oluştuğu…gerekçesiyle… davalı ... hakkında açılan fesih ve tasfiye davasının kabulü ile şirketin fesih ve tasfiyesine , şirkete tasfiye memuru atanmasına karar verilmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 15.01.2020 tarih ve E: 2019/2274 K: 2020/420 sayılı kararı.); "…şirketin olağan genel kurul toplantısının

Yargıtay bahsedilen kararlarda haklı sebebin varlığını tespit etmiştir. Bazı davalarda limited şirketin haklı sebeple feshine hükmetmişken, bazı kararlarında ise ortağın ortaklıktan çıkarılması gibi alternatif çözümlere hükmetmiştir. Yargıtay eTTK döneminde limited şirketlerin tek ortaklı olarak tüzel kişiliğini ve ticari hayatlarını sürdürmelerinin mümkün olmadığı gerekçesiyle şirketin feshine hükmediyor iken yeni TTK döneminde limited şirketlerin tek ortaklı olarak da varlıklarını sürdürebilmeleri mümkün olduğu için şirketin haklı sebeple feshini talep eden ortağın ortaklıktan çıkarılmasına karar verildiği görülmektedir[32].

SONUÇ

Haklı sebeple fesih davası hem anonim şirketlerde hem de limited şirketlerde azınlığın çoğunluğa karşı korunması temeline dayanan bir davadır. Limited şirketlerde haklı sebebin varlığı ve ortaklardan birinin talebi ile bu dava açılabilmektedir. Haklı sebep teşkil eden durum her zaman azınlığın çoğunluğa korunmasını gerektiren bir durum olarak karşımıza çıkmaz, şirketin faaliyetinin fiilen devam etmiyor olması veya ortaklık amacının imkânsız hâle gelmesi gibi hallerde de söz konusu olabilmektedir.

Şirketin haklı sebeple feshine veya alternatif çözüme karar verilebilmesi için temel şart haklı sebebin varlığının tespit edilmesidir. Haklı sebep kavramı kanunda açıkça tanımlanmamış olup her somut olay için ayrıca değerlendirilmektedir. Bu sebeple mahkeme kararları haklı sebebin varlığı konusunda araştırmacılar ve uygulayıcılar için yol göstericidir. Çalışmamızda özellikle Yargıtay'ın güncel kararları değerlendirilerek hangi durumların Yargıtay tarafından haklı sebep olarak kabul edildiği tespit edilmeye çalışılmıştır. Yargıtay kararlarına ve doktrinde yer alan görüşlere göre, gerçekleşen durum taraflar için ortaklık ilişkisini çekilmez hale getiriyorsa ortaklar açısından haklı sebebin varlığından söz edilmektedir.

Limited şirketin haklı sebeple feshinin talep edilmesi durumunda mahkeme duruma uygun düşen alternatif bir çözüme hükmedebilir. Yargıtay kararlarına göre bu noktada mahkemenin değerlendirdiği *husus "şirketin yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olması"* şeklinde özetlenebilir. Pulaşlı'ya göre alternatif çözüme hükmedilmesi gereken durumda davacı ortağında şirketin feshi konusunda ısrarcı olması hakkın kötüye kullanılması teşkil etmektedir.

Çalışmamız kapsamında güncel Yargıtay kararları ışığında, haklı sebep teşkil ettiği kabul edilen hususlar tarafımızca şirket faaliyetinin fiilen sona ermiş olması, ortaklık amacının gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmiş olması, şirketin borca batık olması, ortaklar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmiş olması, şirketin kötü, feshi talep eden ortağın bilgi alma ve inceleme hakkının ihlal edilmesi şeklinde kategorize edilerek ilgili Yargıtay kararlarına değinilmiştir.

Kaynakça

ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011.

BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuk, Beta Basım Yayım, İstabbul 2019.

ÇAMOĞLU, Ersin: Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

yapılamaması…davanın kabulüne…karar verilmiştir." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.11.2020 tarih ve E: 2019/974 K: 2020/5226 sayılı kararı.);

[32] *"6102 sayılı TTK'nın 573/1. maddesi uyarınca limited şirketlerin tek ortaklı olarak da tüzel kişiliğini ve ticari hayatlarını sürdürmelerinin mümkün hale geldiği, bu durum karşısında, 6103 sayılı Kanun'un 3. ve 6102 sayılı Kanun'un 573/1. maddeleri hükümleri dikkate alınarak, TTK'nın 638. maddesi uyarınca davacı ortakların payların gerçek değerinin ödenerek şirketten çıkmalarına izin verilmesine karar verilmesi gerektiği,… karar verilmiştir."* (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.10.2020 tarih ve E: 2020/303 K: 2020/4336 sayılı kararı.)

ERDEM, Nuri: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

ERDOĞAN, Alperen: Anonim ve Limited Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi Davasında Haklı Sebep Kavramı Ve Haklı Sebebe İlişkin Yargı Kararlarının Analizi (Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi), 2021.

PEKCANITEZ, Hakan; ATALAY, Oğuz; ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınları, Ankara 2021.

ŞENOCAK, Kemal; ÇEBİ, Hakan; TATLI, Burçak; ERCAN, Tayfun; TÜTÜNCÜ, Muharrem; YASAN, Mustafa; BOZKURT YAŞAR, Sevgi; ÖZER, Işık; ARAS, Çağlar Doğu: Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 02.11.2022 tarih ve E: 2021/3467 K: 2022/7740 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 04.10.2022 tarih ve E: 2021/2754 K: 2022/6606 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 05.11.2020 tarih ve E: 2019/1741 K: 2020/4807 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 06.04.2021 tarih ve E: 2020/6013 K: 2021/3375 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15.01.2020 tarih ve E: 2019/2274 K: 2020/420 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15.12.2021 tarih ve E: 2020/464 K: 2021/7146 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.02.2019 tarih ve E: 2017/4264 K: 2019/1216 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2021 tarih ve E: 2019/3604 K: 2021/2596 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.11.2020 tarih ve E: 2019/974 K: 2020/5226 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.11.2020 tarih ve E: 2019/974 K: 2020/5226 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.10.2020 tarih ve E: 2020/303 K: 2020/4336 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 24.05.2022 tarih ve E: 2021/1909 K: 2022/3966 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.01.2022 tarih ve E: 2020/6752 K: 2022/615 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.06.2019 tarih ve E: 2018/3420 K: 2019/4471 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.03.2022 tarih ve E: 2019/795 K: 2022/374 sayılı kararı.

İDARENİN İŞLEMLERİYLE VERGİLENDİRMEYE MÜDAHALESİ: FONKSİYON GASPI

Av. Devrim Doğa Dinçer*

ÖZET

Yükümlülerin mülkiyet haklarına devlet eliyle doğrudan müdahale niteliği taşıyan vergilendirmenin haiz olduğu büyük önem, vergilendirmeye ilişkin sınırların Anayasal ilkelerle çizilmesini gerektirmiştir. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 73. maddesi ile hukuki zemine oturtulmuş olan verginin kanuniliği ilkesi bu çalışmanın çıkış noktasıdır. İlke uyarınca vergilerin konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması mutlak surette kanunla gerçekleştirilmelidir. Bununla birlikte vergilendirme yetkisi, yasama organına aittir. İlkenin tek istisnası Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasında; vergilerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Cumhurbaşkanına verilebileceği yönünde tanınmıştır. Ancak idarenin genel tebliğ, özelge gibi işlemleriyle sık sık mezkur istisna hükmünü aşar biçimde vergilendirmeye müdahale ettiği görülmektedir. Bu çalışmanın amacı, idarenin işlemleriyle vergilendirmeye müdahalesinin hukuka aykırılığının yargısal içtihatlardan da yararlanılarak ortaya konulmasıdır. Zira bu müdahale, verginin kanuniliği ilkesi temelinde "kanunsuz vergi olmaz" ve "temsilsiz vergi olmaz" ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Öte yandan anayasal sistemimizde kuvvetler ayrılığı ilkesi benimsenmiştir. Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine aidiyeti ve bu yetkinin devredilemez olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla idarenin işlemleriyle, yasama organına ait vergilendirme yetkisine herhangi bir surette müdahalesi kuvvetler ayrılığı ilkesi ile de bariz çelişki yaratacaktır. Zira kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmiş olduğu bir anayasal sistemde yasama organının görev alanına giren bir hususa ilişkin yürütme organı tarafından işlem tesisi, fonksiyon gaspı niteliği taşıyacaktır. Bu niteleme neticesinde ise işlem, hukuk aleminde yok hükmünde sayılacaktır. Bu bağlamda eldeki çalışmada verginin kanuniliği ilkesi ışığında idarenin işlemleriyle vergilendirmeye müdahalesi irdelenecek, yargısal içtihatlardan da beslenilerek bu müdahalenin hukuka aykırılığı ortaya konulacak, nihayetinde doğurduğu hukuki sonuçlar ele alınacak ve eleştirel bir bakış açısıyla sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Verginin kanuniliği ilkesi, Kanunsuz vergi olmaz ilkesi, Temsilsiz vergi olmaz ilkesi, Kuvvetler ayrılığı, Fonksiyon gaspı.

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, av.dogadincer@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-6193-1875.

GİRİŞ

Devlet egemenliğinin mali sahada bir görünümü olan vergilendirme, bireyin hak ve hürriyetlerine doğrudan müdahale niteliği taşımaktadır ve tabiidir ki bu müdahale, gerek ulusal gerek uluslararası birtakım enstrümanlar yoluyla sınırlandırılmıştır. Tarihsel süreçte devletin vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması düşüncesi, ilk anayasal belgelerde somutlaşmış olup bugünün anayasalarında ilkesel varlığını sürdürmektedir.

Anayasal vergilendirme ilkelerinden verginin kanuniliği, Anayasa'nın 73. maddesinde hüküm altına alınmıştır. İlke uyarınca vergilendirme, ancak yasama organı tarafından çıkarılacak kanun eliyle mümkündür. Bununla birlikte bilhassa mali konularda daha hızlı ve kolay karar alma arzusu yürütme organına da muhtelif yetkiler tanınmasını zorunlu kılmıştır. Bu yetkiler Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanı kararları, yönetmelikler ve sair adsız düzenleyici işlemler yoluyla kullanılmaktadır. Ancak kimi zaman yürütme, kendisine tanınan yetkilerin sınırlarını aşmakta ve yasama organının görev alanına giren hususlarda düzenlemeler yapmaktadır. Bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmekte, nihayetinde tesis olunan işlemler fonksiyon gaspı nedeniyle yoklukla malul olmaktadır.

Bu bağlamda eldeki çalışmada vergilendirme yetkisi, kapsamı ve sınırlandırılmasına değinildikten sonra sırasıyla yasama ve yürütme organı tarafından vergilendirme yetkisinin kullanımı incelenecek, yetkinin yürütme organınca kullanımı sırasında ortaya çıkan fonksiyon gaspı halleri hukuki sonuçları ile birlikte ele alınacaktır.

I. VERGİLENDİRME YETKİSİ

Kamusal ihtiyaçların karşılanması için mal ve hizmet üretmek zorunda olan devlet, düzenli gelir kaynaklarına ihtiyaç duymaktadır. Kamu harcamalarının finanse edilmesi amacıyla ve maliye politikası aracı olarak kullanılan vergi; cebri, karşılıksız ve süreklilik arz eden en önemli kamu geliridir[1]. Mali egemenliğin ve zor kullanma gücünün bariz bir göstergesi[2] olan vergilendirme yetkisi; devletin, ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma hususunda haiz olduğu hukuki ve fiili gücüdür[3]. Her ne kadar genel kabul gören tanım bu yönde ise de küreselleşmenin hâkim olduğu günümüzde devletlerin vergilendirme yetkileri, ülke sınırları dışında gerçekleşen iktisadi faaliyetler üzerinde de tezahür etmektedir[4]. Şu halde devletin vergilendirme yetkisini kullanabilmesi için vergi yükümlüsü ile arasında hukuki ilişkinin kurulması eş deyişle vergi yükümlüsünün yahut konusunun, ülke sınırları içinde yahut egemenliği altında bulunması gerekmektedir[5].

---

[1] BATI, Murat: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 30.
[2] BAŞEL, Ebubekir: "Egemenliğin Mali Yönü Olarak Farklı Açılardan Vergilendirme Yetkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 79, Sayı 2, 2021, s. 51.
[3] ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami / GÖKER, Cenker: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 39.
[4] ORTAÇ, Fevzi Rifat / ÜNSAL, Hilmi: Genel Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 12.
[5] ERKİN, Gözde: "Türk Hukuku'nda Vergilendirme Yetkisi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s. 1114.

II. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN KAPSAMI

Vergilendirme yetkisi, dar anlamda vergilendirme yetkisi ve geniş anlamda vergilendirme yetkisi olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutulmaktadır. Dar anlamda vergilendirme yetkisi, devletin yalnız vergi koymaya ilişkin yetkisini ifade etmekte iken geniş anlamda vergilendirme yetkisi, devletin kamu giderlerinin finanse edilmesi amacıyla her tür mali yükümlülüğün ihdasına ilişkin yetkisini ifade etmektedir[6]. Vergilendirme yetkisinin kapsamına göre yapılan mezkur tasnif, Anayasa Mahkemesi kararlarında da yer almaktadır[7]. Tasnifi belirginleştiren bir diğer ayırıcı unsur ise esas alınan ilke olup dar anlamda vergilendirmede ödeme gücü ilkesi geçerli iken geniş anlamda vergilendirmede karşılık esası geçerlidir[8]. Bu bağlamda dar anlamda vergilere ek olarak resimler, harçlar, harcamalara katılma payları ve meslek kuruluşlarına ödenen aidatlar gibi mali yükümlülükler geniş anlamda vergilendirme yetkisi kapsamına girmektedir[9].

III. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASI

Vergilendirme, yükümlülerin hak ve hürriyet alanlarına devlet eliyle doğrudan bir müdahaledir. Bu sebeple her ne kadar devlet egemenliğinin mali sahada tezahürü niteliğinde ise de vergilendirme yetkisi, ulusal ve uluslararası enstrümanlarla sınırlandırılmıştır. Bizatihi egemenlik, hukuki bir güç olması hasebiyle doğal ve evrensel hukukla sınırlıdır[10].

Pozitif hukukta ise vergilendirme yetkisini sınırlandıran temel unsurlar, anayasalarda yer alan vergi normlarıdır[11]. Zira tarihsel süreçte iktidarların keyfi uygulamalarına son vermek amacıyla ortaya çıkan bildirilerin ihtiva ettiği esaslar, zamanla anayasal ilkelere evrilmiştir. Hukuk devleti, kanunilik, genellik, eşitlik, geçmişe yürümezlik ve sosyal devlet ilkeleri vergilendirme yetkisinin ulusal düzeyde sınırlandırılmasında etkindir[12]. Diğer taraftan devletler arası etkileşimin tabii sonucu olan uluslararası anlaşmalar yahut ekonomik birlik üyelikleri, devletlerin vergilendirme yetkilerini sınırlandıran

---

[6] ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 39.

[7] AYM'nin 3/11/2020 tarih ve 2016/3675 başvuru no'lu kararında ilgili kısım şöyledir: *"...Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine bağlı olarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuksal ve fiilî güçten kaynaklanmaktadır. Kamu hizmetlerinin görülmesi için gereksinim duyulan mali kaynakların sağlanması amacıyla kullanılan vergilendirme yetkisi dar anlamda devletin kamu gelirlerinden sadece vergi koymaya ilişkin yetkisini; geniş anlamda ise çağdaş devletin güvenlik, adalet ve eğitim gibi geleneksel görevlerinin yerine getirilmesinin yanında ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer alanlara katkısının gerektirdiği giderleri karşılamak için gerçek ve tüzel kişilere getirdiği her türlü mali yükümlülüğe ilişkin yetkisini kapsamaktadır. Bu yetkiye dayanılarak kamu giderlerini karşılamak amacıyla alınan vergi Anayasa'nın 73. maddesine göre gerçek ve tüzel kişilerin -yasalarla belirlenmek koşuluyla- mali güçlerine göre yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülüktür. Devlet bu yolla kamu giderlerini karşılamak için veya mali politikasının gereği olarak piyasa ekonomisinden bütçeye gelir aktarmaktadır (AYM, E.1997/62, K.1998/52, 16/9/1998)..."* https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/3675?BasvuruAdi=bilnam adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).

[8] ARIKAN, Zeynep: "Vergilendirme Yetkisi ve Kullanımı", *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, Sayı 37, 1997, s. 270.

[9] ÖZBİLEN, Şevki: Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s. 81.

[10] BAYRAKLI, Hasan Hüseyin / ODABAŞ, Hakkı: "Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası", *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2000, s. 142.

[11] BUDAK, Tamer / YAKAR, Soner: "Vergilendirme Yetkisinin Sınırlandırılması", *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, 2007, s. 135.

[12] BAYRAKLI / ODABAŞ, s. 145.

uluslararası enstrümanlar arasındadır[13]. Ancak devletlerin vergilendirme yetkilerinin bir başka güç tarafından cebren yahut anlaşma ile örtülü olarak sınırlandırılması halini ayırt etmek gerekmektedir zira bu halde mali egemenlikle birlikte devlet vasfı da yitirilmektedir[14].

Devletlerin vergilendirme yetkilerinin sınırlandırılması düşüncesi, tarih sahnesinde Batı demokrasilerinin doğuşuna dek uzanmaktadır. Nitekim parlamentoların yasama yetkilerinin çıkış noktası, mutlak iktidarların sergiledikleri keyfi tutum ve davranışlara tepki olarak vergilendirme gücünün sınırlandırılmasına yönelik girişimlerdir[15]. 1215 Magna Carta Libertatum bu yöndeki ilk girişim[16] olup 12., 14., ve 15. maddeleri ile kralın vergilendirme yetkisine sınırlamalar öngörülmüştür[17]. Batı'da süreç 1628 Haklar Dilekçesi (Petition of Rights) ve 1689 Haklar Demeci (Bill of Rights) ile devam etmiş, nihayetinde 1789 Fransız Devrimi gerçekleşmiş, İnsan ve Vatandaş Hakları Demeci 13. ve 14. maddeleri ile vergilendirme yetkisinin kullanımı sınırlandırılmıştır[18]. Demokrasi adına atılan bu büyük adımlar sonrası yayılan milliyetçilik akımı ile hürriyet, adalet, eşitlik gibi kavramlar çok geçmeden Osmanlı Devleti'ne de sirayet etmiştir[19]. Yükselen anayasacılık hareketlerinden etkilenen Osmanlı Devleti'nde ilk anayasal belge, 1808 Sened-i İttifak olarak kabul edilmektedir. Bu anayasal belge, padişahın vergilendirme gücünün sınırlandırılması yönünden de ilk belge niteliğindedir[20]. Ayanlar lehine sınırlandırma öngören Sened-i İttifak'ın aksine 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile padişah, vergilendirme gücünü bizzat sınırlandırmıştır. Vergilerin tayini hususuna dair kanunları karara bağlamak üzere ise Meclis-i Ahkam-ı Adliye üyeleri yetkilendirilmiştir[21]. Nihayetinde 1876 Kanun-u Esasi ile ilk parlamento kurulmuş, vergilendirme yetkisinin kullanımı padişah ile Meclis-i Umumi arasında paylaştırılmıştır[22]. 1876 Kanun-u Esasi 20., 25. ve 96. maddeleri ile verginin kanuniliği ve ödeme gücüne göre alınması ilkeleri benimsenmiştir[23]. Birinci Dünya Savaşı sonrası Osmanlı Devleti mali bağımsızlığını yitirmiş, Kurtuluş Savaşı yıllarında vergilendirme yetkisi millet adına Mustafa Kemal Paşa tarafından kullanılmış, sonraları takdir komisyonlarına tanınan yetki 1921 Anayasası ile diğer tüm yetkilerle birlikte Büyük Millet Meclisi'ne verilmiştir[24]. Cumhuriyet döneminde vergi ile ilgili hükümler

---

[13] GÜNER, Kerem Can / KARGI, Veli: "Vergilendirme Yetkisinin Temel Hak ve Özgürlükleri İhlali ve Yargı Yolu", *Maliye Çalışmaları Dergisi*, Sayı 66, 2021, s. 90-91.
[14] ÖZBİLEN, s. 103.
[15] ÇAĞAN, Nami: "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 37, Sayı 1, 1980, s. 131.
[16] ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 9.
[17] TAŞDÖĞEN, Salih: "Temsilsiz Vergi Olmaz İlkesi Bağlamında Magna Carta'ya Farklı Bir Bakış", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 40, 2021/2, s. 132-133.
[18] ÇAĞAN, s. 131.
[19] KAYIRAN, Mehmet / METİNTAŞ, Mustafa Yahya: "Türkiye'de Anayasal Gelişme (1876-1924)", *Türk Dünyası Uygulama ve Araştırma Merkezi Yakın Tarih Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2017, s. 17.
[20] ÇAĞAN, s. 132.
[21] ÇADIRCI, Musa: "Tanzimat Döneminde Türkiye'de Yönetim (1839-1856)", *Belleten*, Cilt 52, Sayı 203, 1988, s. 607.
[22] ÇAĞAN, s. 132.
[23] KUMRULU, Ahmet G: "Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1, 1979, s. 149.
[24] AKYAZAN, Ahmet Emrah: "Vergilendirme Yetkisinin Türkiye'deki Gelişimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 80, 2009, s. 5.

ilk olarak 1924 Anayasası'nda ihdas olunmuş, 85. madde ile vergilerin ancak kanunla salınıp alınabileceği hükme bağlanmıştır[25]. Benzer biçimde 1961 Anayasası 61. madde ile verginin kanuniliği, vergilendirmede genellik ve eşitlik ilkeleri hüküm altına alınmış, ancak 1971 değişiklikleri kapsamında kanunilik ilkesi yumuşatılmış, Bakanlar Kuruluna belirli sınırlar dahilinde mali yükümlülüklere ilişkin muaflık, istisna ve oranlarda değişikliğe gitme yetkisi tanınmıştır[26]. Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin temelinde bilhassa ekonomik hususlarda tez vakitte karar alınması ve alınan kararların icrasının sağlanması gereği yatmaktadır[27]. Aynı anlayışın 1982 Anayasası'nda da sürdürüldüğü görülmektedir. Vergi ödevi, 1982 Anayasası'nın 73. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre:

> *"Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.*
> *Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*
> *Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*
> *Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir."* (m.73).

Hüküm ile anayasal zeminde vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması, vergi adaleti ve verginin kanuniliği ilkelerinin benimsendiği açıkça görülmektedir[28]. Keza verginin fiskal amacını ortaya koyan birinci fıkra hükmünde yer alan "herkes" ibaresi ile vergilendirmede genellik ilkesine işaret edilmiş, ikinci fıkra hükmü ile verginin sosyal ve ekonomik amacına değinilmiş, üçüncü fıkra hükmü ile ise verginin kanuniliği ilkesi vurgulanmıştır[29].

IV. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN KULLANIMI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesi[30] uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devletidir. Hukuk devletinde devletin tüm organlarının eylem ve işlemleri hukuka uygun yürütülmekte, tanınan hak ve hürriyetler anayasal güvence altına alınmaktadır[31]. Mülkiyet hakkı başta olmak üzere yükümlülerin hak ve hürriyetlerine doğrudan müdahale niteliği taşıyan vergilendirme yetkisinin de anayasal ilkeler temelinde hukuk kurallarına uygun surette kullanılması gerekmektedir. Nihayetinde bugün demokratik devletlerde vergilendirme yetkisi anayasal bir yetkidir; niteliği, kapsamı, kullanımı ve sınırları anayasal normlarda yer almaktadır[32].

---

[25] KUMRULU, s. 150.
[26] ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 13.
[27] YÜREKLİ, Sabahattin: "Bakanlar Kurulu'nun Vergilendirme Yetkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 1997, s. 282.
[28] KARAKOÇ, Yusuf: "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 1263.
[29] AKYAZAN, s. 8.
[30] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde 2: *"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."*
[31] ÇAĞAN, s. 137.
[32] BAYRAKLI / ODABAŞ, s. 142.

Hukuki güvenlik, tatbik olunacak hukuki normların önceden bilinmesi[33] olup hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir hukuk devletinin olmazsa olmaz (sine quo non) ilkeleri arasında yer almaktadır[34]. Ayrıca ilke; kanunilik, belirlilik, kıyas yasağı ve geçmişe yürümezlik ilkelerini beraberinde getirmektedir[35].

Verginin kanuniliği, vergilendirme yetkisinin kanun koyma gücünü haiz organ tarafından kullanılmasıdır[36]. Devletin hukuki fonksiyonları; yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayrılmaktadır[37]. Hükümet sistemleri, siyasal iktidarı kullanan yasama ve yürütme organlarının birbirlerine göre konumları esas alınmak suretiyle kuvvetler birliğine dayanan hükümet sistemleri ve kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemleri olmak üzere ikili bir tasnife tabidir[38]. Demokratik anayasal devletlerin vazgeçilmez bir ilkesi olan[39] kuvvetler ayrılığı; yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının birbirinden farklı üç organ eliyle karşılıklı denge, denetim ve işbölümü içerisinde yerine getirilmesi[40] anlayışına dayanmaktadır.

Anayasa'nın "Başlangıç" kısmında *"...Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu…"* ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca 6. maddesinde egemenliğin, millet tarafından yetkili organ eliyle kullanılması öngörülmüş olup devam eden maddelerde yasama, yürütme ve yargı yetkisinin aidiyeti hükme bağlanmıştır.

Anayasa m.7: *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."*, m.8: *"Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."* ve m.9: *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır."* hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Türk anayasal sisteminde kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmiş olduğu açıkça görülmektedir.

Tarihsel süreçte kuvvetler ayrılığı teorisini bir hipotez altında ileri süren ilk düşünür olan Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine (De L'esprit des Lois) adlı eserinde devletin üç temel fonksiyonu olan yasama, yürütme ve yargının farklı iktidar odaklarına verilmesi gerektiğini öne sürmüş, iktidarın devlet olma erkini çıkarları doğrultusunda kullanmasının ancak bu suretle önüne

[33] TEKBAŞ, Abdullah: "Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel Sayı, 2010, s. 133.
[34] AKTAN, Coşkun Can: Anayasal Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 80.
[35] EROĞLU, Onur/MECİT, Kemal: "Yargı Kararları Çerçevesinde Vergilendirmede Hukuki Güvenlik İlkesi", *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 34, Sayı 2, 2015, s. 69.
[36] ÜSTÜN, Ümit Süleyman: "Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 2003, s. 262.
[37] ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 193.
[38] ÖZYURT, Davut / SAKA, Abdulkadir: "Türk Anayasalarına Hükûmet Sistemleri Perspektifinden Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, Sayı 67, 2021/2, s. 172.
[39] ÖZER, Mehmet Akif / ISKANDAROV, Shokhrukh: "Kuvvetler Ayrılığı Bağlamında Hükümet Sistemleri: Türkiye Örneği", *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2022, s. 302.
[40] EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 122.

geçilebileceğini ifade etmiştir[41]. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, devletin sınırlandırılması ve hukuka bağlı kılınmasında teminat işlevi görmektedir[42]. Nitekim yasama organının bir kuvvet olarak ortaya çıkışı, Magna Carta Libertatum ile başlayan ilk anayasacılık hareketlerine dayanmaktadır[43].

Geleneksel kuvvetler ayrılığında kuralları koyma yetkisi yasama organına aittir[44]. Yasama yetkisi genel, asli ve devredilmez bir yetkidir[45]. Yasama yetkisinin genelliğinden anlaşılması gereken kanunla düzenleme alanının sınırlandırılmadığı ve dolayısıyla yürütme organına mahfuz bir düzenleme yetkisinin tanınmadığıdır[46]. Bununla birlikte yasama yetkisinin asliliğinden anlaşılması gereken bu yetkinin kaynağını Anayasa'dan aldığı ve dolayısıyla da yasama organının kanun çıkarılabilmesi için ayrıca yetkilendirilmesine ihtiyaç bulunmadığıdır[47]. Yasama yetkisinin devredilmezliği ise kanun ile kanun gücünde işlem tesis etme yetkisinin anayasal istisnalar haricinde yalnız yasama organınca kullanılabileceğini ve bir başka organa devredilemeyeceğini ifade etmektedir[48].

Yetkinin yasama organı tarafından kullanılması neticesinde tesis olunan işlem, organik ve şekli anlamda yasama işlemidir. Ve fakat yasama organı tarafından usulünce gerçekleştirilen bir hukuki işlemin organik ve şekli ölçüt yanında maddi bakımdan da yasama işlemi olarak kabul edilebilmesi için genel, objektif, soyut ve sürekli olması aranmaktadır[49].

A. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN YASAMA ORGANI TARAFINDAN KULLANIMI

Yükümlülerin yasama organında temsil edildikleri faraziyesine dayalı temsilsiz vergi olmaz ilkesi uyarınca vergilendirme yetkisi, yasama organına aittir ve bu aidiyet, halkın iradesiyle kendisini vergilendirmesini sonuçlamaktadır[50]. Temsilsiz vergi olmaz anlayışının tabii sonucu olan verginin kanuniliği ilkesinin kabulü, devletin vergilendirme yetkisine meşruiyet kazandırma ereğine yöneliktir[51]. Zira yetkinin yasama organı tarafından kullanılması ile kişi hak ve hürriyetlerine yapılan müdahalenin anayasal düzen dahilinde gerçekleşmesi sağlanmaktadır[52]. Nitekim kanunların, Anayasa'ya aykırı olması da mümkün değildir zira normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan Anayasa, asli ve bağlayıcı bir kaynaktır[53]. Vergi hukukunun yasama organından doğan kaynakları Anayasa, kanunlar ve uluslararası vergi anlaşmalarından ibarettir[54].

Verginin kanuniliği, devletin vergilendirme yetkisini sınırlandıran anayasal ilkeler arasında özel önemi haizdir. Zira vergilendirmeye dair düzenlemelerin halkoyu ile seçilen parlamento eliyle ve kanun

---

[41] ÇINAR, Fatih: "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesinin Yorumu (Karşılaştırmalı Anayasa İncelemesi)", *IBAD Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 5, 2019, s. 93.
[42] ÖZTÜRK, Namık Kemal: Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 67.
[43] ÇINAR, s. 94.
[44] ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku: Genel Kısım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 678.
[45] TUNÇ, Hasan: Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 49.
[46] ÖZBUDUN, s. 213.
[47] ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 299.
[48] TUNÇ, Hasan: Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 50.
[49] DEMİRKOL, Ferman: Anayasa Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 37-38.
[50] ÜSTÜN, s. 262.
[51] KARAKOÇ, s. 1264-1265.
[52] TEKBAŞ, s. 174.
[53] KALENDEROĞLU, Mahmut: Vergi Hukuku-Türk Vergi Sistemi, Agon Bilgi Akademisi, Ankara 2017, s. 25.
[54] ÖNER, Erdoğan: Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 32.

ihdas etmek suretiyle gerçekleştirilmesi temelinde keyfilik; yerini temsile, hukukun üstünlüğüne ve hukuki güvenliğe terk ederek son bulmuştur[55]. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 15.10.2009 tarih, 2006/124 Esas ve 2009/146 Karar sayılı kararında[56]: *"...Verginin yasallığı ilkesi, vergi kurumunun hukuksal yapısının temel koşulu olup oranının, salınma biçiminin, alınma zamanının yönetim ve yükümlüler bakımından belirginliğine dayanır. Yükümlülere güven veren bu ilke, vergi yönetiminde de kararlılık sağlamakta, herkesi eşit biçimde kapsamına alan bir yurttaşlık görevinin göstergesini oluşturmaktadır…"* ifadesiyle ilkenin önemine dikkat çekmiştir. Bu anlamda ilke; vergilendirme yetkisinin evrensel hukuk normları ile yükümlülerin hak ve hürriyetlerine uygun kullanılmasının, istisna ve muafiyetlerin kanuni çerçevesinin çizilmesinin ve yargı denetiminin bir gerekçesidir[57]. Yasamayı yürütme karşısında üstün kılan etkili bir araçtır[58].

Anayasa m.73/3: *"Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır."* hükmü ile verginin kanuniliği ilkesi benimsenmiş, vergilendirmenin yalnız kanunla gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte Anayasa m.7: *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* hükmü ile yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi anayasal zemine oturtulmuştur. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde vergilendirme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir ve Meclis, yetkisini kanun çıkarmak suretiyle kullanacaktır. Zira Anayasa'nın 73. maddesinin 3. fıkrası ile işaret edilen kanunsuz vergi olmaz ilkesi uyarınca vergilerin, hukuksal tasarruf olarak gerek maddi gerekse şekli manada yalnız kanun ile öngörülmesi mümkündür[59]. Bu bağlamda verginin tüm asli unsurlarıyla birlikte tatbiki olanaklı bir biçimde mutlak surette kanunla belirlenmesi şarttır[60]. Şu hâlde vergiyi doğuran olaya, verginin konusuna, yükümlüsüne, matrahına, oranına, ödeme zamanına ve zamanaşımına kanunda yer verilmesi gerekmektedir[61]. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 26.01.2011 tarih, 2009/42 Esas ve 2011/26 Karar sayılı kararında[62]: *"...Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfî uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasada yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre vergide, yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur…"* ifadesiyle bu hususa işaret etmiştir. Ayrıca ilke yalnız vergiler yönünden benimsenmemiş, vergilerin yanı sıra resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler de

[55] EROĞLU / MECİT, s. 70.
[56] AYM'nin 26.01.2011 tarih ve E: 2009/42 K: 2011/26 sayılı kararı. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2011-26-nrm.pdf adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
[57] GERÇEK, Adnan / BAKAR, Feride / MERCİMEK, Fulya / ÇAKIR, Erdem Utku / ASA, Semih: "Vergilemenin Anayasal Temellerinin Çeşitli Ülkeler Açısından Karşılaştırılması ve Türkiye İçin Çıkarımlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 63, Sayı 1, 2014, s. 91.
[58] ÜSTÜN, s. 262.
[59] HAYRULLAHOĞLU, Betül: Türk Vergi Yargısında Kıyas Yasağı İlkesi, Vergi Müfettişleri Derneği, İzmir 2016, s. 91.
[60] TEKBAŞ, s. 174.
[61] KARAKOÇ, s. 1266.
[62] AYM'nin 15.10.2009 tarih ve E: 2006/124 K: 2009/146 sayılı kararı. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/01/20100108-20.htm adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).

kanunilik ilkesine tabi tutulmuştur. Kanunda yer alması gereken unsurlarda eksiklik, yalnız kanunilik ilkesine değil vergi normlarının açık ve anlaşılır olmasını gerektiren belirlilik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir[63].

Ancak verginin kanunla konulabileceği yönündeki hükmü dar yorumlayan görüşe göre konusu kanun ile belirlenen verginin sair unsur ve ayrıntılarının yerel yönetim organlarınca düzenlenmesi yerinde olacak, dahası vergilendirmenin etkinliğini arttıracaktır[64].

Anayasa m.73/4: *"Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir."* hükmü ile verginin kanuniliği ilkesine tanınan istisna, bu görüşe yaklaşmaktadır. Ancak yetki devrini içermemektedir.

Verginin kanuniliği ilkesinin hukuk aleminde yarattığı sonuçlar izah olunanlarla sınırlı değildir. Zira vergi hukukunda; vergi borcuna dair özel sözleşmelerin geçersizliği, hâkimin boşluk doldurma yetkisinin bulunmaması ve kıyas yasağı da verginin kanuniliği ilkesinin sonuçları arasındadır[65].

B. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN YÜRÜTME ORGANI TARAFINDAN KULLANIMI

Bir konuda ayrıntılı düzenlemelere yasada yer verilebileceği gibi yasa koyucu tarafından temel esaslar hüküm altına alınıp sınırları belirlenmek koşuluyla ayrıntı içeren, uzmanlık gerektiren yahut idare tekniğine dair hususlar yönünden düzenleme yetkisinin yürütmeye terki olanaklıdır[66]. Kanunilik ilkesi sebebiyle yürütme organı, kural olarak bağlı yetkiyi haizdir ve bu yetki vergilendirmede tarh ve tahsil gibi subjektif bireysel nitelikli işlemleri ihtiva etmektedir[67]. Kanuni idare ilkesi uyarınca bu subjektif bireysel nitelikli tarh ve tahsil işlemlerinin de mutlak surette vergi normlarına uygun gerçekleştirilmesi gerekmektedir[68]. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Ancak demokrasinin gelişim sürecinde bilhassa ekonomik nedenlerin etkisiyle yürütmenin giderek güçlenmesi, kurumlar dengesinde değişikliğe yol açmıştır[69]. Nihayetinde yürütmeye yetki tanıma yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda anayasa koyucu tarafından Bakanlar Kurulu'na muhtelif yetkiler tanınmıştır.

Ülkemizde 16.04.2017 tarihli referandum sonucunda gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Her iki hükümet sistemi özünde kuvvetler ayrılığına dayanmaktadır. Ve fakat Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde sert kuvvetler ayrılığının benimsendiği görülmektedir[70]. Bununla birlikte değişikliğin temelinde daha istikrarlı ve güçlü bir yürütme organı arzusu bulunduğundan organlar arasındaki fren ve denge

[63] MUTLU, Aysel Ceren: "Dünü Bugünü ve Yarınıyla Vergilendirme Yetkisinin Hukuksal Perspektifi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 98, 2012, s. 144-145.
[64] TEKBAŞ, s. 177.
[65] ORTAÇ / ÜNSAL, s. 27.
[66] ARIKAN, Abdullah: Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 68-69.
[67] ÇAĞAN, s. 133.
[68] ÜSTÜN, s. 265.
[69] TEZİÇ, Erdoğan: "Batı Demokrasilerinde "Yürütme"nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 1980, s. 91.
[70] ÖZER / ISKANDAROV, s. 323.

mekanizmaları da bu yönde şekillenmiştir[71]. Nitekim 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile yürütmenin yapısının değiştirilmesi, her ikisi birden seçimle göreve gelecek olan yasama ve yürütme organlarına karşılıklı olarak seçimleri yenileme yetkisinin tanınması, gensorunun ve kanun tasarısının kaldırılması, Cumhurbaşkanına düzenleyici işlem yapma yetkisinin verilmesi gibi esaslı değişiklikler öngörülmüştür[72]. Başbakan ve Bakanlar Kurulu kaldırılmış, yürütme yetkisinin kullanımı tümüyle Cumhurbaşkanı'na bırakılmıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde vergisel düzenleme yetkisi, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'ya ve kanunlara aykırı olmamak kaydıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanı kararları ve yönetmelikler yoluyla kullanılmaktadır[73]. Bununla birlikte genel tebliğ, sirküler, genelge ve genel yazılar yürütme organından doğan sair kaynaklar arasında yer almaktadır[74]. Nitekim yürütme organı, kanuna dayanmak ve kanuna aykırı olmamak kaydıyla dilediği isim altında işlem yapma yetkisini haizdir ve Anayasa'da zikredilmeyen bu tür düzenleyici işlemler, adsız düzenleyici işlemler olarak nitelendirilmektedir[75].

6771 sayılı Kanun ile yürütme organının tüzük çıkarma yetkisi sona ermiş olup Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmış olan 1972 tarihli Emlak Vergisine Matrah Olacak Vergi Değerlerinin Takdirine İlişkin Tüzük vergiye ilişkin halihazırda yürürlükteki tek tüzüktür[76].

Esasen yürütme organı, daha evvel kanun ile düzenlenmemiş bir konuda düzenleyici işlem yapma yetkisini haiz değildir[77]. Ancak 2017 değişiklikleri kapsamında Cumhurbaşkanı'na kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Böylelikle Cumhurbaşkanı herhangi bir yasal dayanağa ve dahi yasamanın onayına ihtiyaç duymaksızın yürütmeye ilişkin bir konuyu ilk elden düzenleme yetkisi ile donatılmıştır[78]. Bununla birlikte Anayasa m.104: *"...Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz…"* hükmü ile birtakım sınırlandırmalar öngörülmüştür. Buna göre vergiye ilişkin herhangi bir düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılması mümkün değildir zira vergi ödevi, Anayasa'nın ikinci kısım dördüncü bölümünde yer alan "Siyasi Haklar ve Ödevler" içerisinde yer almaktadır ve Anayasa'nın 73. maddesi ile vergiye dair düzenlemelerin münhasıran kanunla yapılabileceği hükme bağlanmıştır[79].

---

[71] DOĞAN, Bayram / GEYİK, Ali Fuat: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2020, s. 31.
[72] ÖZYURT / SAKA, s. 194.
[73] ŞAHAN, Özgür: "Cumhurbaşkanı'nın Vergi ile İlgili Düzenleme Yapma Yetkisi, Yetkinin Sınırları ve Yargısal Denetimi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2019, s. 696.
[74] ÖNER, s. 32.
[75] GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa 2020, s. 336.
[76] ÖNER, s. 39.
[77] GÖZLER, 317.
[78] KESER, Hayri: "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, 2022, s. 276.
[79] ŞAHAN, s. 698.

Ve fakat kanun hükmündeki olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yönünden herhangi bir konu sınırlamasına gidilmemiş olup Cumhurbaşkanı, ilan ettiği olağanüstü halin gerektirdiği her konuda düzenleme yapma yetkisini haizdir[80]. Ancak çıkarılacak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ölçülülük ilkesini, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ve çekirdek alana dokunma yasağını da ihlal etmemesi şarttır[81].

Bu hususta Anayasa'nın 119. maddesinde olağanüstü hallerde vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülükleri öngörülebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca 2935 Olağanüstü Hal Kanunu m.10: *"Ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilanı durumunda, ekonominin düzenlenmesi ve iyileştirilmesi amacı ile mal, sermaye ve hizmet piyasalarını yönlendirici; vergi, para, kredi, kira, ücret ve fiyat politikalarını belirleyici ve çalışmaya ilişkin her türlü tedbir ve yükümlülüklerin tespiti, tanzimi ve takibi konularında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir."* hükmü ile Cumhurbaşkanı'na açıkça yetki verilmiştir. Keza 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nda seferberlik ve savaş halinde mali yükümlülükler dahil olmak üzere her tür yükümlülüğün ihdası hususunda Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır[82].

Şu hâlde olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda vergisel yükümlülük ihdası olanaklıdır dolayısıyla da olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri vergi hukukunun asli kaynaklarındandır[83].

Anayasa m.148/1: *"...Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz."* hükmü ile olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yargı denetiminin dışında tutulmuştur. Bununla birlikte Anayasa m.119 uyarınca olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmi Gazete'de yayımlandığı gün Meclis onayına sunulması gerekmektedir. Savaş ve mücbir sebeplerle Meclis'in toplanamaması hali hariç olmak üzere üç ay içerisinde görüşülüp karara bağlanmayan olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. Ayrıca her ne kadar Anayasa'da açıkça ifade edilmemişse de mahiyeti gereği olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, olağanüstü halin kalkması ile birlikte kendiliğinden yürürlükten kalktıklarının kabulü gerekmektedir[84].

Yürütme organına tanınan takdir yetkisi çerçevesinde Cumhurbaşkanı tarafından kararnamelerin yanı sıra Cumhurbaşkanı kararı adı altında genel, soyut ve objektif düzenlemeler ihdas edilmektedir[85].

Anayasa m.73/4: *"Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik*

[80] KESER, s. 285.
[81] GÖZLER, s. 330.
[82] TAVŞANCI, Aykut / TEKİN, Selçuk: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Vergilendirme Yetkisi", *XII. IBANESS İktisat, İşletme ve Yönetim Bilimleri Kongreler Serisi – Plovdiv / Bulgaristan*, 20-21 Nisan 2019 s. 185.
[83] ORTAÇ / ÜNSAL, s. 28.
[84] GÖZLER, s. 331.
[85] ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 285.

yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir." hükmü ile Cumhurbaşkanı'na tanınan düzenleme yetkisi Cumhurbaşkanı kararı ile kullanılmaktadır[86].

Benzer biçimde Anayasa m.167/2: *"Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir."* hükmü ile Cumhurbaşkanı'na kanunla ek mali yükümlülükler hususunda yetki verilebileceği düzenlenmiştir. Bu yetki de kanunda öngörülecek olan sınırlar çerçevesinde Cumhurbaşkanı kararı ile kullanılacaktır[87]. Bu hüküm temelinde 1984 tarihinde 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve 1989 tarihinde 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun çıkarılmış, Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu ile Fiyat İstikrar Fonu gibi fonlar kurulmuştur[88].

Diğer taraftan Anayasa m.124/1: *"Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler."* hükmü uyarınca Cumhurbaşkanı'na, Bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bütçe kanun teklifi de Cumhurbaşkanı tarafından hazırlanmakta ve yasamanın onayına sunulmaktadır. Ancak Anayasa m.161/2: *"...Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz."* hükmü ile sınırlandırma öngörülmüştür. Dolayısıyla bütçe kanununda, bütçe ile ilgili hükümler dışında vergi ile ilgili herhangi bir hükmün yer alması mümkün değildir aksi halde Anayasa'ya aykırılık gündeme gelecektir[89].

Yürütme organından doğan kaynaklar izah olunanlarla sınırlı değildir. Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından vergi kanunlarının açıklanması ve yorumlanması amacıyla genel tebliğler çıkarılmaktadır[90]. Kaynağını kanundan alan düzenleyici genel tebliğler asli kaynak niteliğini haiz iken Bakanlık iradesine dayanan açıklayıcı ve yorumlayıcı genel tebliğler yardımcı kaynak niteliğini haizdir[91]. Bununla birlikte Bakanlık vergi normlarının uygulanması hakkında kendi teşkilatına yönelik görüş ve talimatlarını iç genelge ve genel yazı gibi kaynaklar yoluyla iletmektedir[92].

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 413. maddesinde mükelleflerin, vergi durumları ile vergi uygulaması yönünden tereddüde düştükleri hususlara ilişkin yetkili makamlardan izahat isteyebilecekleri öngörülmüş, izahatın özelge(mukteza) yahut sirküler ile verilebileceği hükme bağlanmıştır. Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik m.3/f uyarınca özelge; *"Mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından, kendilerince açık olmayan ve tereddüt ettikleri konular hakkında yazılı olarak açıklama talebinde*

[86] ORTAÇ / ÜNSAL, s. 29.
[87] ŞAHAN, s. 703.
[88] ÖNER, s. 34.
[89] SARAÇOĞLU, Fatih: "Bütçe Kanunu ile Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılabilir mi?", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 3, 1999, s. 60.
[90] AYDIN, Alper: Vergi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 21.
[91] ORTAÇ / ÜNSAL, s. 30.
[92] ÖNER, s. 41.

bulunmaları üzerine yetkili makamlarca kendilerine verilen yazılı görüşü" olarak tanımlanmış iken sirküler; m.3/g uyarınca *"Vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından açık olmayan ve tereddüt edilen konular hakkında aynı durumda olan tüm mükellef ve vergi sorumluları için uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere Gelir İdaresi Başkanlığınca yayımlanan görüşü"* olarak tanımlanmıştır. Yetkili makam ise m.10 uyarınca mükellefin gelir ya da kurumlar vergisi yönünden sürekli mükellefiyetinin olduğu vergi dairesi başkanlığı ile başkanlığın bulunmadığı illerde defterdarlık olarak belirlenmiş iken diğer mükellefler yönünden ikametgâh ya da kanuni merkezlerinin olduğu vergi dairesi başkanlıkları, başkanlığın olmadığı illerde defterdarlıklar olarak belirlenmiştir. İkametgahı yahut kanuni merkezi olmayanlar için ise Ankara, İstanbul ve İzmir Vergi Dairesi başkanlıkları yetkili kılınmıştır.

Özelge; açık ve anlaşılır olmayan hallerin idarece açıklığa kavuşturulmasını ve bu sayede mükelleflerin önceden bilgilendirilmesi sağlayan bir müessese olup bu yönüyle hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gerçekleşmesinde etkin bir rol oynamaktadır[93]. Nihayetinde mükellefler, aldıkları izahat doğrultusunda hareket etmektedirler. Vergi Usul Kanunu m.369: *"Yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları veya bir hükmün uygulanma tarzına ilişkin bir içtihadın değişmiş olması halinde vergi cezası kesilmez ve gecikme faizi hesaplanmaz."* hükmü ile hatalı dahi olsa verilen izahat doğrultusunda hareket eden mükellefin güveni korunmuştur. Bu yönüyle özelge, Gelir İdaresi için sınırlı bir bağlayıcılık teşkil etmektedir ancak mükellefler yahut yargı organları bakımından herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır[94]. Üstelik hatalı özelge doğrultusunda işlem tesis eden ve fakat özelgenin muhatabı olmayan mükellefin cezalandırılmasına engel bulunmamaktadır[95].

2575 sayılı Danıştay Kanunu m.24 hükmü uyarınca Cumhurbaşkanı kararlarına, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricinde Cumhurbaşkanı tarafından gerçekleştirilen düzenleyici işlemlere ve Bakanlıklar, kamu kuruluşları yahut kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından ülke genelinde uygulanmak üzere gerçekleştirilen düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal davaları ilk derece sıfatıyla Danıştay'da görülecektir.

V. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN YÜRÜTME ORGANI TARAFINDAN KULLANIMINDA FONKSİYON GASPI

Kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirleri yerine işlem tesis etmelerine olanak bulunmamakta, aksi halde fonksiyon gaspı ortaya çıkmaktadır[96]. Buna göre bir idari makamın kendi görev sahası dışında olmakla birlikte yasama ve yargı organlarının görev sahasında yer alan bir hususta işlem tesis etmesi, fonksiyon gaspı teşkil edecektir[97].

---

[93] BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan: "Muktezanın İdari İşlemin Özellikleri Bakımından Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, 2021, s. 112.

[94] AYKIN, Hasan: "Mükelleflerin Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkı, Hukuki Sonuçları ve Bazı Tartışmalı Konular", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 125, 2016, s. 177.

[95] ORTAÇ / ÜNSAL, s. 31.

[96] ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 254.

[97] AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 420-421.

A. GİDER PUSULASI HUSUSUNDA FONKSİYON GASPI

Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, 16.11.1999 tarih ve B.07.0.GEL.0.44/4422-33/49938 sayılı Özelge ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 234 hükmüne binaen şirkette kullanılmak üzere nihai tüketiciden alınan otomobil için gider pusulası düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Benzer biçimde Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 08.06.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.06.16.01-2010-GVK-94-70-373 sayılı Özelge ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 234 hükmü uyarınca serbest muhasebeci mali müşavir tarafından iş için kullanılmak üzere nihai tüketiciden alınan otomobil için gider pusulası düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

14.10.2021 tarih ve 7338 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan değişiklik öncesi VUK m. 234/1 hükmü uyarınca gider pusulasının birinci ve ikinci sınıf tüccarların zati eşyalarını satanlardan aldıkları altın ve mücevher gibi değerli eşya için de düzenlenmesi gerekmektedir. Ve fakat maddi değeri yüksek olsa dahi otomobillerin, kıyas suretiyle altın ve mücevher gibi değerli eşya kapsamına sokulması verginin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir[98]. Kanaatimizce de salt madde metninde yer alan "gibi" ibaresinden bahisle otomobillerin özelge yoluyla değerli eşya kapsamına alınması yorumun sınırlarını aşmaktadır ve yarattığı vergisel sonuçlar gözetildiğinde fonksiyon gaspı teşkil etmektedir.

Nitekim Danıştay 3. Dairesi, 13.04.2017 tarih, 2016/10722 Esas ve 2017/2850 Karar[99] sayılı kararına konu olayda; davacı şirket adına nihai tüketiciden alınan araç için gider pusulası düzenlenmediğinden bahisle özel usulsüzlük cezası kesilmiş, açılan dava yerel mahkemece reddedilmiş, istinaf yoluna başvurulmuşsa da ret kararı onanmış, karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Bunun üzerine Danıştay Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma talep edilmiş, Yüksek Mahkeme gerek satıcının vergiden muaf esnaf olmadığı gerekse otomobilin altın ve mücevher gibi değerli eşya niteliği taşımadığından bahisle gider pusulası düzenlenmesi yönünde zorunluluk olmadığı kanaatine varmış ve kararın kanun yararına bozulmasına hükmetmiştir.

B. SİGORTA ACENTELERİNİN BSMV MÜKELLEFİYETİ HUSUSUNDA FONKSİYON GASPI

Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, 08.01.1999 tarih ve B.07.0.GEL.0.56/5601-563/740 sayılı Özelge ile 6802 sayılı Kanun m.28, m.30, m.47/e hükümleri ile 7397 sayılı Kanun m.9/1 hükmüne atıfla ikili bir ayrıma gidilerek şirket nam ve hesabına sigorta sözleşmesi akdetme ve prim tahsil etme yetkisini haiz olan acentelerin BSMV mükellefi olduğu ve yapılan her tür muamele sebebiyle alınan tutarların vergilendirileceği, işlem yapılmasa dahi beyanname verilmesi gerektiği ifade olunmuştur.

Benzer biçimde Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, 29.12.2005 tarih, 2005/1 sıra no ve B.07.1.GİB.0.56/5601-837 sayılı İç Genelge ile 6802 sayılı Kanun m.28 hükmü ile 7397 sayılı Kanun m.9/1 hükmü birlikte incelendiğinde sigorta şirketleri nam ve hesabına sigorta sözleşmesi akdetme ve

[98] TOPÇU, Kader Melis: Vergi Hukuku Özelinde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 123.

[99] Danıştay 3.D.'nin 13.04.2017 tarih ve E: 2016/10722 K: 2017/2850 sayılı kararı. https://legalbank.net/belge/d-3-d-e-2016-10722-k-2017-2850-t-13-04-2017-kararin-kanun-yararina-bozulmasi-usulu-temyiz-edilmeden-/2971162 adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).

prim tahsil etme yetkisini haiz sigorta acentelerinin sigorta şirketi gibi değerlendirilmesi gerektiği, bu yönüyle BSMV mükellefi oldukları, düzenlenen sigorta poliçesi ve buna bağlı tahsil olunan primler üzerinden acente tarafından %5 oranında BSMV hesaplanması ve ödenmesi gerektiği, ayrıca acente tarafından bir haftada tahsil olunan primlerin komisyon ve vergiler düşülerek şirkete intikal ettirilmesi zorunluluğunun varlığı, buna göre prim tutarı üzerinden vergi ödendikten sonra acentenin bu işlemden sebep primden aldığı komisyonların ayrıca vergilendirilmesinin mükerrer vergilendirme teşkil edeceği, ancak şirketçe yıl sonunda yahut belli dönem aralıklarında ödenen teşvik komisyonu gibi tutarlar üzerinden BSMV hesaplanması ve ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Oysa 6802 sayılı Kanun m.30 uyarınca BSMV mükellefi banka ve bankerler ile sigorta şirketleridir. Hükümde yer alan açık belirlemeye rağmen sigorta şirketlerinden bağımsız faaliyet gösteren tacir yardımcısı niteliğindeki sigorta acentelerinin salt sözleşme akdetme ve prim tahsil etme yetkisinden bahisle BSMV mükellefi olduklarının kabulü kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir[100]. Vergi idaresi tarafından adeta yasa koyucu gibi mükellefiyet tesis edilmektedir ve bu husus da açıkça fonksiyon gaspıdır.

Nihayetinde 5766 sayılı Kanun m.25 hükmüyle 01.08.2008 tarihi itibarıyla geçerli olmak üzere 6802 sayılı Kanun'un 30. maddesinde değişikliğe gidilmiş ve sigorta aracılarının sigorta işlemlerinde de mükellefin sigorta şirketi olduğu hükme bağlanmıştır[101].

C. YATIRIM İNDİRİMİ İSTİSNASI HUSUSUNDA FONKSİYON GASPI

Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, 15.03.2005 tarih ve GVK- 32/2005-4/Yatırım İndirimi 4 sayılı Gelir Vergisi Sirküleri ile 5228 sayılı Kanun ile GVK m.19/4 hükmünde yapılan değişiklikle gayri maddi haklar ve ekonomik ömrü beş yıldan kısa olan özel maliyet bedeli niteliğindeki harcamalar için yatırım indirimi istisnasının uygulanmayacağının öngörüldüğü, buna göre harcamaların ekonomik ömrünün beş yıl ve üzeri olması gerektiği, ekonomik ömrün hesabında sürenin yatırımın tamamlanarak aktife geçirilmesinden başlatılacağı, uzun süreli kira akdinde yatırımın tamamlanmasından sonra kullanım süresinin beş yıl ve üzeri olması gerektiği, aksi halde haksız yere kazançtan indirim yapılmış olacağı, harcamaların bina inşasına dair olması halinde ise inşanın mal ve hizmet üretim yeri olarak kullanılmak üzere gerçekleştirilmesi gerektiği, ancak koşulları sağlasa dahi kiralanmış mevcut bina için VUK m.272 çerçevesinde yapılan harcamaların yatırım indirimi istisnası kapsamı dışında kaldığı belirtilmiştir.

VUK m.272 hükmü ile gayrimenkullerin iktisadi kıymetini devamlı arttırmak amacıyla yapılan ve normal bakım, tamir ve temizlik giderleri haricinde kalan giderlerin gayrimenkulün maliyet bedeline ekleneceği öngörülmüştür. Bununla birlikte gayrimenkul kiralanmış ise faaliyetini sürdürmek için

[100] KUBİLAY, Huriye: "Sigorta Muameleleri Nedeniyle Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi Mükellefinin Kim Olduğu Sorunu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Özel Sayı, 2005, s. 127.
[101] HAYRULLAHOĞLU, s. 125.

meydana getirdiği tesisat giderleri dahil olmak üzere kiracı tarafından iktisadi kıymetin devamlı arttırılması için yapılan giderlerin özel maliyet bedeli olarak ayrıca değerleneceği hükme bağlanmıştır.

Vergi idaresi tarafından da atıf yapılan GVK m.19 hükmünde mal ve hizmet üretimi amacıyla yeni inşa edilen binalar için yapılan harcamaların istisna kapsamında olduğu görülmektedir. Bununla birlikte 5228 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan değişiklik ile yatırım indirimi istisnasının uygulanabilmesi, özel maliyet bedeli niteliğindeki harcamaların ekonomik ömrünün beş yıl ve üzeri olması şartına bağlanmıştır.

Bu bağlamda ne VUK hükmünde ne GVK değişikliğinde herhangi bir ayrım öngörülmemiş iken vergi idaresince sirküler ile uzun süreli kiralanan arsa ve araziler üzerinde yeni inşa edilen binalar yönünden kullanım süresinin beş yıl ve üzeri olması durumunda yatırım indirimi istisnası uygulanabileceği belirtildikten sonra koşulları sağlansa dahi kiralanmış mevcut bina için mezkur hüküm kapsamında yapılan harcamalar yönünden yatırım indirimi istisnasının uygulanamayacağının belirtilmesi fonksiyon gaspıdır. Yasal dayanaktan yoksundur ve verginin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Nitekim Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 18.04.2008 tarih, 2007/49 Esas ve 2008/249 Karar[102] sayılı kararında yasayı aşan nitelikte düzenlemeler öngören sirkülerin iptali için açılan davanın görülmesinin usule uygun olduğu ifade edildikten sonra dava konusu sirküler ile açıklama yapma yetkisinin aşılarak uygulanması halinde yasada öngörülmemiş hukuki sonuçlara sebebiyet verebilecek genel düzenlemeler ihdas edildiği belirtilmiş, nihayetinde iptali ile mezkur düzenleme esas alınarak tahakkuk ettirilen verginin kaldırılması yönündeki Danıştay kararının onanmasına karar verilmiştir.

D. ÖZEL ESASLAR UYGULAMASI İLE FONKSİYON GASPI

Maliye Bakanlığı Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği ile gerçek yüklenime dayanmayan tutarların sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgeye dayanarak KDV iadesine konu edilmesinin önüne geçilmesi hususunda önleyici bir mekanizma olarak özel esaslar uygulaması öngörülmüş, KDVK m.9, 11, 29 ve 32 hükümlerine atıfla hakkında gerçeğe aykırı belge düzenlediği yahut kullandığına dair delil ve karine içeren rapor ya da tespit olan mükelleflerin iade istemlerinin yerine getirilmesi özel esaslara tabi kılınmıştır.

Ayrıca uygulamada vergi daireleri, listeye alınanlardan mal ya da hizmet alan mükelleflere ulaşarak bahse konu alımlara ilişkin yüklendikleri KDV tutarını indirmemelerini, indirmişlerse düzeltme beyannamesi vermelerini, teminat göstermelerini, yeminli mali müşavir raporu sunmalarını aksi halde kod listesine ve nihayetinde incelemeye alınacaklarını bildirmektedirler[103].

[102] Danıştay VDDK'nın 18.04.2008 tarih ve E: 2007/49 K: 2008/249 sayılı kararı. https://legalbank.net/belge/d-vddk-e-2007-49-k-2008-249-t-18-04-2008-danistay-vergi-dava-daireleri-kurulu-karari/908624/ adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
[103] ARIKAN, s. 213.

Düzeltme beyannamelerine işlemlerin ve buna bağlı olarak yüklenilen KDV tutarlarının gerçek olduğu, özel esaslara tabi tutulmamak için beyanname verildiği ve yargı yoluna başvurulacağı yönünde gerekçelerle ihtirazi kayıt konulması olanaklı ve gereklidir[104].

Danıştay 3. Dairesi, 27.09.2011 tarih, 2011/1085 Esas ve 2011/5260 Karar[105] sayılı kararına konu olayda; davacının sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanan veya düzenleyen mükellefler listesinden genel esaslara geçirilmesi talebi reddedilmiş, ret işlemine karşı açılan davanın da aleyhe sonuçlanması üzerine temyiz kanun yoluna başvurulmuştur. Yüksek Mahkeme, devletin çalışma hayatını geliştirme, destekleme, çalışma barışını sağlama hususundaki yükümlülüğüne atıf yapmış, çalışma hayatının sonuçlarından biri olarak nitelendirdiği verginin kanuniliğine dikkat çekmiş, davacının hakkında düzenlenen vergi inceleme ve vergi suçu raporunun varlığı sebebiyle vergi istihbarat iç genelgesi doğrultusunda listeye alınmasını temellendirecek hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığının altını çizmiş, mükellefler arasında böyle bir sınıflandırmaya gidilmesinin vergi barışını bozacağını ve Anayasal hak ve hürriyetleri ihlal edeceğini belirtmiş, nihayetinde yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

29.03.2018 tarihinde 7104 sayılı Kanun m.11 ile KDVK m.36 hükmüne *"Maliye Bakanlığı; mükellefiyet süresi, çalışan sayısı, aktif ve özsermaye büyüklüğü, ödenen vergi tutarı, vergisel ödevlerin zamanında yerine getirilip getirilmediği, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma yönünde olumsuz rapor ya da tespit bulunup bulunmadığı gibi kriterleri esas alarak mükelleflerin vergisel uyum seviyeleri ve bu uyum seviyelerine göre farklı iade yöntemleri tespit etmeye, iade alacağının mahsup edileceği vergi borçları ile iadeye ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir."* fıkrası eklenmiştir.

Ardından 18 Seri No'lu KDV Genel Tebliği ile KDV Genel Uygulama Tebliği'nde değişikliğe gidilmiş ve tebliğin yasal dayanakları arasına KDVK m.36 hükmü de eklenmiştir ancak özel esaslar uygulamasının bu suretle yasal dayanağa kavuşturulmuş olması, mezkur düzenlemeleri hukuka uygun kılmamaktadır[106]. Öte taraftan idareye genel olarak usul ve esasları belirleme hususunda tanınan yetki, idarece uygun bulunan her çeşit düzenleme ihdasını kapsamamaktadır[107]. Üstelik ne ilgili değişiklik ne de sair iade hükümleri, listede bulunanlardan mal ya da hizmet alımı yapan mükelleflere ulaşılarak baskı kurulmasına dayanak teşkil etmemektedir[108]. Dolayısıyla tebliğ ile özel esaslar uygulaması öngörülmek suretiyle mükelleflerin sınıflandırılması ve listeye alınan mükelleflerden mal ve hizmet

[104] TAYLAR, Yıldırım: "Özel Esaslara İlişkin Uygulama ve Yargı Kararları Perspektifinden Vergi Hukukunda Hukuka Aykırı Bir İşlemden Hukuka Uygun Bir Tarhiyat Çıkıp Çıkmayacağı Sorunu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, 2021, s. 784.
[105] Danıştay 3.D.'nin 27.09.2011 tarih ve E: 2011/1085 K: 2011/5260 sayılı kararı. https://legalbank.net/belge/d-3-d-e-2011-1085-k-2011-5260-t-27-09-2011-hakkinda-vergi-inceleme-ve-vergi-sucu-raporu-bulunmasi-ne/890457 adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
[106] ARIKAN, s. 215.
[107] TAYLAR, s. 780.
[108] ARIKAN, s. 215.

alımı yapan mükellefler üzerinde baskı kurulması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir ve bir tür fonksiyon gaspıdır.

E. EMLAK VERGİSİNDE VERGİ ZİYAI CEZASI KESİLMESİ SURETİYLE FONKSİYON GASPI

Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, 18.04.2004 tarih ve sayılı B.07.0.GEL.0.66/6676-Özelge ile 280 sıra numaralı VUK Genel Tebliği'ne atıfla yasal süresinden sonra verilen beyannameler yönünden vergi ziyaı cezasının yüzde elli oranında uygulanacağı yönündeki düzenlemenin yasal süresinden sonra yapılan bildirim dolayısıyla kesilecek cezalar için de öngörüldüğü belirtilmiş, şu halde emlak vergisi bildiriminin yasal süresinden sonra ve fakat idarece tarh işlemi gerçekleştirilmeden evvel verilmesi durumunda vergi ziyaı cezasının yüzde elli oranında uygulanacağı ifade olunmuştur.

Benzer biçimde Gelir İdaresi Başkanlığı Kasım/2022 tarih ve 446 yayın numaralı Emlak Vergisi Rehberi ile emlak vergisi bildiriminin süresinde verilmemesi halinde vergi ziyaı cezasının kesileceği belirtilmiştir. Emlak vergisinde beyanname verme usulü 2002 yılında kaldırılmış ve mükelleflere gerektiğinde bildirimde bulunma zorunluluğu getirilmiştir[109]. 4751 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen mezkur değişiklikten evvel Emlak Vergisi Kanunu'nun 32. maddesinde süresinde verilmeyen beyanname dolayısıyla vergi ziyaı cezası kesileceği hükme bağlanmış ise de değişiklik sonrası süresinde yapılmayan bildirime ilişkin böyle bir yaptırım öngörülmemiştir[110]. Şu hâlde yasada yer almayan yaptırımın idarece varmışçasına uygulanmaya devam olunması açıkça kanunilik ilkesine aykırıdır ve fonksiyon gaspı niteliğindedir.

Nitekim Danıştay 9. Dairesi, 03.12.2019 tarih, 2016/13898 Esas ve 2019/6426 Karar[111] sayılı kararına konu olayda; davacı adına kayıtlı taşınmaz sebebiyle düzenlenen emlak vergisi, kültür varlıklarını koruma katkı payı ve vergi ziyaı cezasını içeren ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın reddi üzerine temyiz kanun yoluna başvurulmuştur. Yüksek Mahkeme 09.04.2002 tarihinde 4751 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklik çerçevesinde emlak vergisinde bildirim usulünün benimsendiğine dikkat çekmiş ve bu bildirimin verilmemesi halinde verginin idarece tarh olunacağının öngörüldüğünü belirtmiş, buna karşın değişiklik sonrası yasada vergi ziyaı cezası kesileceğine dair bir düzenlemeye yer verilmediğinin altını çizmiş, nihayetinde vergi ziyaı cezasına ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına karar vermiştir.

---

[109] DEĞİRMENDERELİ, Ali: Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 250.
[110] BATI, Murat: Danıştay'ın Tüm Kararlarına Karşı GİB'in "Emlak Vergisi Rehberi" https://t24.com.tr/yazarlar/murat-bati/danistay-in-tum-kararlarina-karsi-gib-in-emlak-vergisi-rehberi,37512 adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
[111] Danıştay 9.D.'nin 03.12.2019 tarih ve E: 2016/13898 K: 2019/6426 sayılı kararı. https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/9-d-e-2016-13898-k-2019-6426-t-3-12-2019 adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).

F. KUR FARKI HUSUSUNDA FONKSİYON GASPI

Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, 02.11.2011 tarih ve B.07.1.GİB.0.01.53-010-19 sayılı Özelge ile bedelin döviz olarak yahut dövize endeksli belirlendiği satışlarda teslim ile ödeme tarihi arasında ortaya çıkan kur farkı üzerinden kural olarak KDV hesaplanması gerektiği belirtilmiştir.

Maliye Bakanlığı Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği ile bedelin döviz olarak yahut dövize endekslenerek belirtildiği işlemler yönünden bedelin vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği tarihten sonra ödenmesi durumunda satıcı lehine doğan kur farkının özünde vade farkı niteliğinde olduğu ve matrah unsuru olarak vergilendirilmesi gerektiği, şu halde teslim yahut hizmet tarihi ile tahsil arasında doğan kur farkına, işlem için teslim yahut hizmet tarihinde geçerli oran uygulanarak KDV hesaplanacağı ifade olunmuştur.

Benzer biçimde İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, 29.06.2015 tarih ve 39044742-010.01-64151 sayılı Özelge ile KDV genel uygulama tebliğine atıfla lehe ortaya çıkan kur farkının matrah unsuru olarak vergilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Oysa mezkur düzenlemelerin tarihleri itibarıyla yasada kur farkının KDV matrahına dahil olup olmadığına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır ve bu hususta idarenin kanunilik ilkesine aykırı olarak genel tebliğ ve özelgeler yoluyla uygulamaya yön vermesi fonksiyon gaspı teşkil etmektedir[112].

Nitekim Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 13.12.2017 tarih, 2017/548 Esas ve 2017/606 Karar[113] sayılı kararında KDV Genel Uygulama Tebliği'nde yer alan kur farkına ilişkin düzenlemelerin iptali için açılan davanın reddi üzerine temyiz incelemesi yapan Yüksek Mahkeme verginin kanuniliği ilkesine işaret etmiş, Maliye Bakanlığı'nın vergilendirmenin temel unsurları ile alakalı olmamak koşuluyla ayrıntılara ve teknik hususlara dair açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelik taşıyan düzenleyici işlem yapabileceğini belirtmiş, KDVK m.24 kapsamında matraha dahil edilmesi gereken unsurlar arasında kur farkına yer verilmemesine rağmen madde metnindeki "gibi" ibaresinden bahisle kur farkının vade farkı niteliğinde olduğu yönündeki kabulün hukuki güvenlik ve kanunilik ilkelerine aykırı olduğu kanaatine varmış ve bozma kararı vermiştir.

Son olarak; 17.01.2019 tarih ve 7161 sayılı Kanun m.18 ile kur farkı, KDVK m.24/1-c bendinde matraha dahil unsurlar arasına eklenmiş, böylece uygulama yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

VI. FONKSİYON GASPININ HUKUKİ SONUÇLARI

Anayasa m.123/1 uyarınca idare, kuruluş ve görevleriyle bütün olup kanunla düzenlenir. Hükümden hareketle idarenin gerek Anayasa gerekse kanunlar ile kendisine bırakılan hususlar dışında yetki kullanımı, fonksiyon gaspı teşkil edecek ve hukuka aykırı olacaktır[114]. Fonksiyon gaspı, bir tür konu bakımından yetkisizlik hali olup idarenin yasama yahut yargı organının yetkili bulunduğu bir konuda

[112] BATI, s. 133.
[113] Danıştay VDDK'nın 13.12.2017 tarih ve E: 2017/548 K: 2017/606 sayılı kararı. https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2017-548-k-2017-606-t-13-12-2017 adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
[114] KALABALIK, Halil: Kısa İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 224.

kendisine yetki verilmemiş olmasına rağmen işlem tesis etmesidir[115]. Bu yönüyle kuvvetler ayrılığı ilkesine de açıkça aykırıdır.

İdari işlem niteliği taşıyan vergilendirme; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygun bulunmalıdır. Verginin kanuniliği ilkesi uyarınca vergilendirme, yasama organı tarafından kanun eliyle gerçekleştirilecektir. Şu hâlde kural olarak bağlı yetkiyi haiz idarenin Anayasa yahut kanun ile yetkilendirilmeksizin adeta yasama organının yerine geçerek vergilendirmeye müdahale etmesi, üstelik bu müdahaleyi ekseriyetle kanun altı adsız düzenleyici işlemler eliyle gerçekleştirmesi açıkça hukuka aykırılık teşkil edecek, işlemi yetki unsuru yönünden sakat kılacaktır. Nihayetinde işlem, fonksiyon gaspı nedeniyle idari olma niteliği kazanamayacak ve yoklukla malul olacaktır[116].

Yokluk, kurucu unsurlarında ağır ve açık hukuka aykırılık barındıran işlemlerin yok hükmünde kabul edilmesi, eş deyişle hiç yapılmamış, hukuk aleminde hiç doğmamış sayılmasıdır[117]. Sonuçları iptale benzemekle birlikte yargı yoluna başvurma süresi yoklukta aşılmaktadır[118]. Bununla birlikte yargı mercii tarafından verilecek kararda, yokluk halinin tespiti ile yetinilecektir[119].

SONUÇ

Vergilendirme, her ne kadar devlet egemenliğine dayanmakta ise de neticede bireyin hak ve hürriyetlerine doğrudan bir müdahaledir. Bu sebeple mutlak surette sınırlandırılması gerekmektedir. Nitekim tarihsel süreçte devletin vergilendirme yetkisine gerek ulusal gerek uluslararası birtakım sınırlandırmalar öngörülmüştür. Ulusal sınırlandırma araçlarından kanunilik ilkesi, Anayasa'nın 73. maddesinde hüküm altına alınmış olup bu ilke uyarınca vergilendirme, ancak yasama organı tarafından çıkarılacak kanun eliyle mümkündür. Bununla birlikte bilhassa mali konularda daha hızlı ve kolay karar alma ihtiyacı, yürütmeye birtakım yetkiler tanınmasını zorunlu kılmıştır.

Yürütme, kural olarak bağlı yetkiyi haizdir. Ancak 2017 referandumu ile yürütme, tümüyle Cumhurbaşkanına bırakılmış ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yürütmeye ilk elden düzenleme yetkisi tanınmıştır. Ancak olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde, Anayasa'da öngörülen konu sınırlaması nedeniyle vergiye ilişkin bir hükme yer verilmesi olanaklı değildir. Diğer taraftan olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde konu sınırlaması bulunmamaktadır. Yürütmenin sahip olduğu yetki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yanı sıra Cumhurbaşkanı kararları, yönetmelikler ve sair adsız düzenleyici işlemler yoluyla kullanılmaktadır. Ancak kimi zaman bu yetkinin sınırları aşılmakta ve adeta yasama organı gibi işlem tesis edilmektedir. Nihayetinde işlem, fonksiyon gaspı nedeniyle yoklukla malul olmaktadır.

---

[115] AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 420.
[116] ATAY, s. 255.
[117] IŞIKLAR, Celal: "İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, s. 809.
[118] ULU, Güher: "İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 19, Sayı 38, 2020, s. 85.
[119] AÇDOYURAN, S. Burak: "İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1-2, 1999, s. 8.

Vergi hukuku sahasında idarenin ekseriyetle genel tebliğ ve özelgeler yoluyla fonksiyon gaspı teşkil eden işlemler tesis ettiği görülmektedir. Bu işlemler kuvvetler ayrılığı ve verginin kanuniliği ilkelerine açıkça aykırıdır ve hukuk aleminde yok hükmündedir. Ve fakat yokluk hali yargı kararı ile tespit olunana dek bu işlemler dayanak alınmakta ve mükelleflerin hukuki durumlarını etkilemektedir. İhtiva ettiği bu tehlike nedeniyle bilhassa vergi hukuku sahasında kanunilik ilkesine mutlak surette bağlı kalınmalı ve fonksiyon gaspı teşkil eden işlemlerin neden ve nasıl tesis edildiği ortaya konularak önleyici mekanizmalar geliştirilmelidir. Zira genelde daha sonra kanuni zemine kavuşturulsalar dahi arada geçen süre zarfında yaratılan hukuka aykırılık varlığını muhafaza etmektedir.

Kaynakça

AÇDOYURAN, S. Burak: "İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1-2, 1999, s. 1-19.

AKTAN, Coşkun Can: Anayasal Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

AKYAZAN, Ahmet Emrah: "Vergilendirme Yetkisinin Türkiye'deki Gelişimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 80, 2009, s. 247-276.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku: Genel Kısım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ARIKAN, Abdullah: Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

ARIKAN, Zeynep: "Vergilendirme Yetkisi ve Kullanımı", *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, Sayı 37, 1997.

ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

AYDIN, Alper: Vergi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

AYKIN, Hasan: "Mükelleflerin Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkı, Hukuki Sonuçları ve Bazı Tartışmalı Konular", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 125, 2016, s. 147-186.

BAŞEL, Ebubekir: "Egemenliğin Mali Yönü Olarak Farklı Açılardan Vergilendirme Yetkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 79, Sayı 2, 2021, s. 43-80.

BATI, Murat: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

BAYRAKLI, Hasan Hüseyin / ODABAŞ, Hakkı: "Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası", *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2000, s. 141-156.

BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan: "Muktezanın İdari İşlemin Özellikleri Bakımından Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, 2021, s. 105-132.

BUDAK, Tamer / YAKAR, Soner: "Vergilendirme Yetkisinin Sınırlandırılması", *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, 2007, s. 133-144.

ÇADIRCI, Musa: "Tanzimat Döneminde Türkiye'de Yönetim (1839-1856)", *Belleten*, Cilt 52, Sayı 203, 1988, s. 601-626.

ÇAĞAN, Nami: "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 37, Sayı 1, 1980, s. 129-151.

ÇINAR, Fatih: "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesinin Yorumu (Karşılaştırmalı Anayasa İncelemesi)", *IBAD Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 5, 2019, s. 89-100.

DEĞİRMENDERELİ, Ali: Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

DEMİRKOL, Ferman: Anayasa Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

DOĞAN, Bayram / GEYİK, Ali Fuat: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2020, s. 19-46.
EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
ERKİN, Gözde: "Türk Hukuku'nda Vergilendirme Yetkisi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s. 0-1154.
EROĞLU, Onur/MECİT, Kemal: "Yargı Kararları Çerçevesinde Vergilendirmede Hukuki Güvenlik İlkesi", *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 34, Sayı 2, 2015, s. 55-93.
GERÇEK, Adnan / BAKAR, Feride / MERCİMEK, Fulya / ÇAKIR, Erdem Utku / ASA, Semih: "Vergilemenin Anayasal Temellerinin Çeşitli Ülkeler Açısından Karşılaştırılması ve Türkiye İçin Çıkarımlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 63, Sayı 1, 2014, s. 81-130.
GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa 2020.
GÜNER, Kerem Can / KARGI, Veli: "Vergilendirme Yetkisinin Temel Hak ve Özgürlükleri İhlali ve Yargı Yolu", *Maliye Çalışmaları Dergisi*, Sayı 66, 2021, s. 77-106.
HAYRULLAHOĞLU, Betül: Türk Vergi Yargısında Kıyas Yasağı İlkesi, Vergi Müfettişleri Derneği, İzmir 2016.
IŞIKLAR, Celal: "İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, s. 805-880.
KALABALIK, Halil: Kısa İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
KALENDEROĞLU, Mahmut: Vergi Hukuku-Türk Vergi Sistemi, Agon Bilgi Akademisi, Ankara 2017.
KARAKOÇ, Yusuf: "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 1259-1308.
KAYIRAN, Mehmet / METİNTAŞ, Mustafa Yahya: "Türkiye'de Anayasal Gelişme (1876-1924)", *Türk Dünyası Uygulama ve Araştırma Merkezi Yakın Tarih Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2017, s. 14-41.
KESER, Hayri: "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, 2022, s. 272-289.
KUBİLAY, Huriye: "Sigorta Muameleleri Nedeniyle Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi Mükellefinin Kim Olduğu Sorunu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Özel Sayı, 2005, s. 121-132.
KUMRULU, Ahmet G: "Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1, 1979, s. 147-162.
MUTLU, Aysel Ceren: "Dünü Bugünü ve Yarınıyla Vergilendirme Yetkisinin Hukuksal Perspektifi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 98, 2012, s. 123-154.
ORTAÇ, Fevzi Rifat / ÜNSAL, Hilmi: Genel Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.
ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami / GÖKER, Cenker: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
ÖNER, Erdoğan: Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
ÖZBİLEN, Şevki: Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2013.
ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
ÖZER, Mehmet Akif / ISKANDAROV, Shokhrukh: "Kuvvetler Ayrılığı Bağlamında Hükümet Sistemleri: Türkiye Örneği", *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2022, s. 300-332.
ÖZTÜRK, Namık Kemal: Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
ÖZYURT, Davut / SAKA, Abdulkadir: "Türk Anayasalarına Hükûmet Sistemleri Perspektifinden Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, Sayı 67, 2021/2, s. 163-203.
SARAÇOĞLU, Fatih: "Bütçe Kanunu ile Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılabilir mi?", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 3, 1999, s. 59-64.
ŞAHAN, Özgür: "Cumhurbaşkanı'nın Vergi ile İlgili Düzenleme Yapma Yetkisi, Yetkinin Sınırları ve Yargısal Denetimi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2019, s. 693-711.

TAŞDÖĞEN, Salih: "Temsilsiz Vergi Olmaz İlkesi Bağlamında Magna Carta'ya Farklı Bir Bakış", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 40, 2021/2, s. 120-142.
TAVŞANCI, Aykut / TEKİN, Selçuk: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Vergilendirme Yetkisi", *XII. IBANESS İktisat, İşletme ve Yönetim Bilimleri Kongreler Serisi – Plovdiv / Bulgaristan*, 20-21 Nisan 2019.
TAYLAR, Yıldırım: "Özel Esaslara İlişkin Uygulama ve Yargı Kararları Perspektifinden Vergi Hukukunda Hukuka Aykırı Bir İşlemden Hukuka Uygun Bir Tarhiyat Çıkıp Çıkmayacağı Sorunu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, 2021, s. 774-790.
TEKBAŞ, Abdullah: "Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel Sayı, 2010, s. 123-191.
TEZİÇ, Erdoğan: "Batı Demokrasilerinde "Yürütme"nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 1980, s. 91-106.
TOPÇU, Kader Melis: Vergi Hukuku Özelinde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
TUNÇ, Hasan: Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.
ULU, Güher: "İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 19, Sayı 38, 2020, s. 74-102.
ÜSTÜN, Ümit Süleyman: "Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 2003, s. 251-271.
YÜREKLİ, Sabahattin: "Bakanlar Kurulu'nun Vergilendirme Yetkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 1997, s. 281-292.

ÇEVRİM İÇİ KAYNAKLAR

BATI, Murat: Danıştay'ın Tüm Kararlarına Karşı GİB'in "Emlak Vergisi Rehberi" https://t24.com.tr/yazarlar/murat-bati/danistay-in-tum-kararlarina-karsi-gib-in-emlak-vergisi-rehberi,37512 adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
AYM'nin 16.09.1998 tarih ve E: 1997/62 K: 1998/52 sayılı kararı. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/3675?BasvuruAdi=bilnam adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
AYM'nin 26.01.2011 tarih ve E: 2009/42 K: 2011/26 sayılı kararı. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2011-26-nrm.pdf adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
AYM'nin 15.10.2009 tarih ve E: 2006/124 K: 2009/146 sayılı kararı. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/01/20100108-20.htm adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
Danıştay 3.D.'nin 13.04.2017 tarih ve E: 2016/10722 K: 2017/2850 sayılı kararı. https://legalbank.net/belge/d-3-d-e-2016-10722-k-2017-2850-t-13-04-2017-kararin-kanun-yararina-bozulmasi-usulu-temyiz-edilmeden-/2971162 adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
Danıştay VDDK'nın 18.04.2008 tarih ve E: 2007/49 K: 2008/249 sayılı kararı. https://legalbank.net/belge/d-vddk-e-2007-49-k-2008-249-t-18-04-2008-danistay-vergi-dava-daireleri-kurulu-karari/908624/ adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
Danıştay 3.D.'nin 27.09.2011 tarih ve E: 2011/1085 K: 2011/5260 sayılı kararı. https://legalbank.net/belge/d-3-d-e-2011-1085-k-2011-5260-t-27-09-2011-hakkinda-vergi-inceleme-ve-vergi-sucu-raporu-bulunmasi-ne/890457 adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
Danıştay 9.D.'nin 03.12.2019 tarih ve E: 2016/13898 K: 2019/6426 sayılı kararı. https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/9-d-e-2016-13898-k-2019-6426-t-3-12-2019 adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).
Danıştay VDDK'nın 13.12.2017 tarih ve E: 2017/548 K: 2017/606 sayılı kararı.

https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2017-548-k-2017-606-t-13-12-2017 adresinden erişildi. (E.T. 21.06.2023).

ANAYASA'NIN 59. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Dr. Öğr. Üyesi Dilara YÜZER ELTİMUR*

ÖZET

Hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren ve insan haklarına dayanan hukuk düzenlerinde devletin tüm işlem ve eylemleri etkin bir yargı denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da vurgulandığı üzere hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden biri, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine açık olmasıdır. Lakin Anayasamızda bazı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuştur (AY m. 79/2, 125/2, 148/1, 159/10, 160/1). Ayrıca 6214 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasa'nın 59. maddesinde değişikliğe gidilerek, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği düzenlenmiş ve tahkim kurulu kararlarına karşı da yargı yolu kapatılmıştır.

6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin üçüncü fıkrasında ise Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru konusu edilemeyeceği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi ise günümüze değin konuya ilişkin tüm bireysel başvuruları tahkim kurulu kararlarının kesin olduğu ve yargı denetimi dışında kaldığı gerekçelerine dayanarak kabul edilemez bulmuştur. Yargı yolu kapalı tahkim kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun da kapatılması, spor yöneticilerinin ve sporcuların başta adil yargılanma hakkı kapsamında korunan hukukî değerleri olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğün hukuki yönden güvencesiz kalmasına sebep olmuştur. Bu bağlamda sporda zorunlu tahkim kurulunun kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kapalı olması hukuki güvenlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

Anayasa'nın 59. maddesinin gerekçesinde sporda zorunlu tahkimin getiriliş amacının spor faaliyetlerinin kendine özgü niteliği ve uyuşmazlıkların da hızlı ve kesin şekilde sonuçlandırılması ihtiyacı olduğu belirtilmiştir. Spor alanında yürütülen faaliyetlerin her ne kadar kendine münhasır özellikleri olduğu öne sürülse de salt bu amaca dayanılarak temel hakların anayasal güvenceden mahrum bırakılmasının fonksiyonel doğruluk ilkesine aykırı olduğu öne sürülebilir.

Zorunlu tahkim yargılamalarında kamu gücü kullanan tahkim kurulunun hukuka aykırı kararlarıyla sporcuların temel hak ve özgürlükleri ihlal edildiğinde hak mahrumiyetlerini giderebilecekleri herhangi bir hukuki yol yoktur. Bireysel başvuru yolunun da amacı bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının olağan kanun yollarının tüketilmesine rağmen gerçekleştirilememesi durumunda, bu hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak ve öte yandan da yeni ihlallerin gerçekleşmesini önlemektir. Bu sebeple de Anayasa'nın 59. maddesinin ve 6216 Sayılı Kanun'un m. 45/3 hükmünün hukuk devleti ve anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde diğer anayasal normlarla çelişkiye düşmeyecek şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Çalışmada karşılaştırmalı anayasa hukukundaki görüşler çerçevesinde ve Anayasamızda benimsenen ilkeler temelinde sporda zorunlu tahkim kurulu kararlarının niteliği ve bu kararların Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya konu edilebilirliği tartışılacaktır.

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, dilara.eltimur@bakircay.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1398-8938.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru Hakkı, Hak Arama Hürriyeti, Sporda Zorunlu Tahkim, Mahkemeye Erişim Hakkı.

THE RIGHT OF INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT WITHIN IN THE FRAMEWORK OF ARTICLE 59 OF THE CONSTITUTION

ABSTRACT

In legal systems that protect and strengthen rights and freedoms and are based on human rights, all transactions and actions of the state are subject to effective judicial review. As emphasized in the jurisprudence of the Constitutional Court, one of the most important requirements of the rule of law is that all transactions and actions of the administration are open to judicial review. However, some transactions are excluded from judicial review in the Constitution (Art. 79/2, 125/2, 148/1, 159/10, 160/1). Furthermore, with the Constitutional Amendment Law No. 6214, Article 59 of the Constitution was amended and it was regulated that only compulsory arbitration can be applied against the decisions of sports federations regarding the management and discipline of sports activities and the judicial remedy against the decisions of the arbitration board was closed.

In the third paragraph of Article 45 of the Law No. 6216 on the Establishment and Trial Procedures of Constitutional Court, it is regulated that the transactions that are excluded from judicial review by the Constitution can not be the subject of individual application. The Constitutional Court has so far found all individual applications regarding the issue inadmissible on the grounds that the decisions of the arbitration board are final and remain outside of judicial review. The closure of the individual application remedy against the decisions of the arbitration board, which is closed to the judiciary, has caused many fundamental rights and freedoms to be legally precarious, especially the legal values of sports managers and athletes, which are protected within the scope of the right to a fair trial. In this context, the fact that individual application is closed against the decisions of the compulsory arbitration board in sports has consequences against the principle of legal security.

In the justification of Article 59 of the Constitution, it is stated that the purpose of introducing compulsory arbitration in sports is the unique nature of sports activities and the need to resolve disputes quickly and definitively. Although it is claimed that the activities carried out in the field of sports have unique characteristics, it can be argued that the deprivation of constitutional guarantees of fundamental rights based on this purpose is contrary to the principle of functional correctness.

There is no legal way to remedy the deprivation of rights when the fundamental rights and freedoms of the athletes are violated by the unlawful decisions of the arbitration board, which uses public power in compulsory arbitration proceedings. The purpose of the individual application remedy is to ensure the protection of these rights and freedoms and, on the other hand, to prevent new violations, in case the protection of the fundamental rights and freedoms of individuals cannot be realized despite the exhaustion of ordinary legal remedies. For this reason, Article 59 of the Constitution and Article 45/3 of the Law No. 6216 should be interpreted in a way that does not conflict with other constitutional norms within the framework of the rule of law and the integrity of the constitution.

In this study, within the framework of the views in comparative constitutional law and on the basis of the principles adopted in our Constitution, the nature of the decisions of the compulsory arbitration

board in sports and the possibility of subjecting these decisions to individual application to the Constitutional Court will be discussed.

Keywords: The Right of Individual Application, The Right to Legal Remedies, Compulsory Arbitration in Sports, The Right of Access to Court.

GİRİŞ

2010 yılında yapılan halkoylaması sonucu kabul edilen 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 148. maddede değişikliğe gidilerek bireysel başvuru yolu kabul edilmiştir. Böylelikle 148. maddenin üçüncü fıkrası çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasında olan herkese olağan kanun yollarını tüketmeleri kaydıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapma hakkı tanınmıştır. 2011 yılında yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin üçüncü fıkrasında ise bireysel başvurunun konusu yapılamayacak işlem ve kararlar düzenlenmiştir. Bu bağlamda yasama işlemleri, düzenleyici idari işlemler, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru yapılamayacağı belirtilmiştir.

2011 yılında 6214 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile ise Anayasa'nın 59. maddesinde değişikliğe gidilerek, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği düzenlenmiş ve tahkim kurulu kararlarına karşı da yargı yolu kapatılmıştır. Tahkim kurulu kararlarının kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı kuralının bireysel başvuru yolunu da kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışılmakla birlikte[120] Anayasa Mahkemesi bu konuda yapılan bireysel başvuruları konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddetmektedir. Fakat bu durum spor paydaşlarının en başta hak arama özgürlüğü olmak üzere anayasal birçok hakkının güvencesiz kalmasına sebep olmuştur. Dolayısıyla da Anayasa'nın 59. maddesinin ve 6216 Sayılı Kanun'un m. 45/3 hükmünün yorumunda gözetilmesi gereken anayasal ilke ve hakları ortaya koyarak, hukuki değerler çatışmasına çözüm önerileri sunmak önem arzetmektedir.

Spor alanında ve özellikle de futbol branşında benimsenen normlar göz önünde bulundurulduğunda tahkim yönteminin dünyadaki ihtiyaç ve eğilimlere uygun olduğu her ne kadar ileri sürülse de[121] bu yöndeki tahkim kurulu kararlarının niteliğini ve söz konusu olabilecek hak ihlallerini ortaya koymak gerekmektedir. Bu bağlamda FIFA ve UEFA gibi küresel kuruluşlara üye olup, belirli konularda uluslararası kurallara uymayı taahhüt etmiş bir ülke olarak Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önüne geçmek için kabul edilen bireysel başvuru yolu, sporun yönetimi ve disiplinine ilişkin tahkim kurulu kararları kapsamında ayrıca bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

---

[120] Ergül, Ozan; "Sporda Zorunlu Tahkim-Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 31, S.1, 2015, s.71-72; Şirin, Tolga; Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 348; Şirin, Tolga; Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 96; Baykan Metin/Yeniay, Lokman; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Bağlamında Spor Tahkim Kurullarının Kararları, İzmir Barosu Dergisi, C. 84, S.3, 2019, s.139 vd.

[121] Küçükgüngör, Erkan; "Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 22, S. 4, 2004, s. 146.

I. SPOR ALANINDA KÜRESELLEŞMENİN EGEMENLİĞE VE ANAYASAL DÜZENLERE ETKİSİ

Küreselleşmenin[122] ekonomik, siyasal ve kültürel düzeyde etkileri günümüzde göstermekte[123] ve toplumsal yaşamın her alanını etkilemektedir[124]. 21. yüzyıl boyunca, küreselleşme tüm dünyada ekonomiye, siyasi ilişkilere ve popüler kültüre yayılmıştır. Dünyada küreselleşmenin spor alanına etkisi de kitleselleşme, ticarileşme, endüstrileşme, siyasallaşma ve bilimselleşme yönünde olmuştur[125]. Böylelikle küreselleşmenin zorlayıcı özelliği spor alanında da kendini ciddi ölçüde göstermiştir[126].

19. ve 20. yüzyıllarda modern sporların ortaya çıkışı ve yayılması, açıkça küreselleşme sürecinin önemli bir parçası olmuştur. Sanayileşme ile birlikte birçok alanda insan gücü yerine makinaların kullanımı sonucu insanların boş zamanlarını değerlendirme ihtiyaçları sonucu sportif faaliyetlere olan ilgi artmıştır[127]. Lakin günümüzde sportif faaliyetler sadece oyun, oyalanma yahut zaman değerlendirme amacıyla yapılan faaliyetlerin ötesinde hem mesleki olarak yürütülen hem de seyirci kitlesi itibarıyla ekonomik yönü güçlü bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır[128].

Kitle iletişim teknolojisinin hızlı gelişmesine paralel şekilde sporda küreselleşme süreci ivme kazanmıştır. Sporun küreselleşmesi, ulusal ve uluslararası spor organizasyonlarının yaratılması, bireysel ve takım sporları için kural ve düzenlemelerin standartlaştırılması ve dünya çapında kabul edilmesi, düzenli olarak programlanan uluslararası yarışmaların geliştirilmesi ve özel yarışmaların kurulması ile karakterize edilmiştir. Sporun uluslararası niteliği dolayısıyla medyanın spora eğilimi ve beraberinde sponsorluk ve reklam anlaşmaları sonucunda gelir getirici bir faaliyet olma niteliği artmıştır[129]. Bunun ötesinde sporun politik boyutunda da devletler sporcularının ve takımlarının gücüyle diğer devletleri etkilemekte ve bazı branşlarda spor dış politikaya da yön verebilmektedir[130].

Anglo-sakson hukuku kökenli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri Kara Avrupası ülkelerinde küreselleşmenin etkisi ve pragmatist nitelik taşıması dolayısıyla hızla yayılmıştır[131]. Spor hukukunda da uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin benimsenmesi bu etkilerin sonucu olmuştur. Bu bağlamda devletler sporda başarı yakalamak için bazı spor alanlarında hukuki düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir[132].

1945 yılında BM kurulduğunda, uluslararası ilişkiler alanında temel aktör ulus devletlerdi. Çünkü sadece devletler uluslararası ilişkiler alanını yönlendirebilecek kaynaklara sahipti. Fakat günümüzde, bu alanda yeni aktörler ortaya çıkmıştır. Küreselleşmenin etkisiyle spor alanında ortak ilke ve kurallar

---

[122] Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat; Genel Kamu Hukuku, 17. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 214.

[123] Küreselleşmenin etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Friedman; Thomas L.; The Lexus and the Olive Tree: Understanding Globalization, Newyork, 2000.

[124] Arslanel, M. Nazan/Eryücel, Ertuğrul; Küreselleşme Sürecinde Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 17 (1), 2013, s. 24.

[125] Şahin, S./Kızılet, A/Bastık, C.; "Küreselleşme Sürecinde Güreşteki Değişimin Dinamikleri", Ataturk Journal of Physical Educatıan and Sport Sciences, 13(2), 2011, s. 16.

[126] Çeyiz, Senem/Özbek, Oğuz; "Küreselleşme ve Spor Etkileşimi", International Journal of Science Culture and Sport, 2014, s. 489.

[127] Ertaş, Şeref/Petek, Hasan; Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 27.

[128] Ertaş/Petek, s. 28.

[129] Koçak, Talat Emre; Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, Ankara, 2007, s. 15 vd.

[130] Ertaş/Petek, s. 29, dp. 6.

[131] Tanrıver, Süha; "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, s. 151.

[132] Günal, A. Nadi/Küçükgüngör, Erkan; Türk Spor Hukukunun Genel Esasları ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1998, s. 11.

temelinde oluşturulan bölgesel ve uluslararası yapılanmalar artık ulus devletler için belirleyici olmaktadır. Dünya ekonomisinde önemli bir paya sahip uluslararası spor federasyonları ekonomik bakımdan güçlü birer aktör olarak spor alanına özgü hukuki düzene de etki etmektedir. Bu durum da devletlerin egemenliği ilkesi bakımından tartışma yaratmaktadır.

Küreselleşme klasik egemenlik anlayışının değerini ve geçerliliğini etkilemiş[133] ve egemenlik kavramında esaslı bir dönüşüme sebep olmuştur[134]. Devletlerin kendi iradeleriyle uluslararası andlaşmalara taraf olup, uluslararası örgütlere üye olarak egemenliklerini sınırlandırmaları sonucu egemenliklerinin "mutlak" ve "sınırsız" niteliklerinden feragat etmişlerdir[135]. Devletler uluslararası hukukun ilke ve değerlerini koruyan denetim mekanizmalarının kararlarına uyarak[136] egemenlik haklarının belli ölçekte sınırlandırılmasına müsaade etmektedirler[137]. Bu bağlamda "sınırsız" ve "mutlak" özellikleriyle anılan klâsik egemenlik anlayışı günümüz hukuk devleti anlayışı ile örtüşmemektedir[138].

Devletlerin egemenliğine ilişkin doktrinde genel kanı, "*kendilerine hukuk tarafından tanınmış olan yetkileri serbestçe kullanabilmek iktidarına sahip olmaları"*dır[139]. İç egemenlik ise, devletin ülkesindeki kişi ve topluluklara karşı üstün bir otoriteye sahip olması[140] ve devlet kudretinin kendi ülkesindeki iktidar ilişkilerinde rakip tanımaması anlamına gelmektedir[141]. İç egemenliği haiz devlet kendi hukuk düzenini kurup, yürütmek imkânına da sahiptir[142]. Fakat birçok ülkenin mali bütçesini aşan ölçekte maddi kaynakları bulunan bazı kuruluşların ülkelerin hem hukuk hem de karar mekanizmalarına doğrudan tesir edecek güçleri de bulunmaktadır[143]. Ülkelerin ekonomisini etkileyecek ölçekte bazı yerel kuruluşlar da anayasal düzenlerde aynı etkiyi doğurmaktadır. Nitekim spor alanında zorunlu tahkim yargılaması yapan tahkim kurulunun kararlarının kesinliği ve bu kararlara karşı yargı yollarının kapatılmasının anayasada düzenlenmesi de bunun somut örneklerinden biridir.

Küreselleşme sürecinden diğer spor alanlarına nazaran futbol daha çok etkilenmiştir[144]. Futbolun en önemli yönetim kurulu olan ve Türkiye'nin 1923'ten bu yana üyesi olduğu Uluslararası Futbol

---

[133] Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 228 ve 231.; Küçük, Adnan; "Egemenlik (Hakimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm", Uyuşmalık Mahkemesi Dergisi, C. 1, S. 6, 2015, s. 311 vd; Arslaner/Eryücel, s. 24; Özkul, s. 34 vd;

[134] Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 231; Küçük, s. 311 vd.

[135] Küçük, s. 332-333.

[136] İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının evrensel boyut kazanmasıyla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin korunması salt devletlerin insiyatif alanı olmaktan çıkmıştır. Bu amaçla evrensel çapta çalışan ve yaptırım yetkisi haiz denetim mekanizmaları (ör. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" "Uluslararası Ceza Mahkemesi) oluşturulmuştur. Arslaner/Eryücel, s. 29.

[137] Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s 231.

[138] Uygun, Oktay; Devlet Teorisi, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021; s. 315; Özkul, Fatih; "Ulusal İrade ve Hukuk Devleti", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 94, 2011, s. 34 vd; Küçük, s. 311 vd.

[139] Özman, M Aydoğan; "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1-4, 1964, s. 75.

[140] Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 126; Akyılmaz, Bahtiyar; "Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1-2, Y. 1998, s. 1; Özman, s. 59; Küçük, s. 318.

[141] Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 126; Küçük, s. 318; Özman, s. 59.

[142] Özkul, s. 39.

[143] Öztürk, Feyza; "Küreselleşme-Yeni Dünya Düzeni", Uluslararası Ekonomik Sorunlar, S. 3, Mayıs-2001, https://www.mfa.gov.tr/kuresellesme-yeni-dunya-duzeni.tr.mfa, E.T. 10.06.2023.

[144] Çeyiz/Özbek, s. 492.

Federasyonları Birliği'nin (FIFA) üye sayısı 208[145], Birleşmiş Milletler (BM) üye sayısı 193'tür[146]. BM' e üye devletlerin 2022 yılı için Birleşmiş Milletler düzenli bütçesine yaptığı katkılar toplamı 2,93 milyar dolar[147] iken FIFA'nın 2022 yılı bütçesi 6,44 milyar USD'dir[148]. Dünyanın en güçlü uluslararası spor federasyonu olan FIFA, alandaki hukuki düzenlemeye de yön vermektedir[149]. Ekonomik gücü eline geçiren küresel özneler, siyasal iktidarları kendi menfaatlerin doğrultusunda yönlendirmek istemektedir.[150]. Bu bağlamda spor alanına münhasır bir yargı düzeni kurulması eğiliminin de sebebi anlaşılmaktadır.

Anayasamızda sporda tahkime ilişkin benimsenen esaslar uluslararası düzenlemelerde belirtilen esaslara uyum göstermektedir. Örneğin, UEFA Statüsü'nün 60. maddesinde belirtildiği üzere *"ulusal federasyonlar, ulusal mevzuat saklı kalmak üzere, talimatların ve statülerine uygulanmasından kaynaklanan veya bunlarla ilgili olan ulusal nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünün, nihai dereceli mahkeme sıfatıyla ve olağan mahkemelerin dışında, bağımsız ve tarafsız bir tahkim mahkemesine bırakılacağına ilişkin bir hükmü kendi statülerine koymak zorundadır."*[151] Bu yükümlülüğe binaen sporda tahkime ilişkin genel esaslar statü ve kanunların yanı sıra anayasa normu haline getirilmiştir[152].

II. SPOR UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM

Tahkim, kural olarak tarafların irade serbestisine dayanan bir yargılama usulüdür[153]. Spor uyuşmazlıklarında tahkim aslında uluslararası spor hukuku alanında bilinmeyen bir sistem değil zira CAS uluslararası alanda bu konuda halihazırda önemli bir aktör[154]. Tahkim, uluslararası düzeyde spor uyuşmazlık çözüm mekanizması olmada ana rolünü pekiştirmiştir[155].

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin artan popülaritesinin genel eğilimi özellikle spor dünyasında kendini göstermektedir. Keza spor tahkim kurullarına tanınan yetkiler bunu ortaya koymaktadır[156]. Türk hukukunda da alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilen tahkim[157] kural olarak, tarafların iradelerine dayalı bir ihtilaf çözüm yöntemi olmakla beraber kanuna

---

[145] "FIFA's 209 Member Associations", http://www.fifa.com/mm/ document/fifafacts/organisation/52/00/10/fs-120_01a_mas.pdf, E.T. 20.06.2023.

[146] "Member States of United Nations", https://www.un.org/en/about-us/member-states, E.T. 15.06.2023.

[147] United Nations Secretariat, "Assessment of Member States' advances to the Working Capital Fund for 2022 and contributions to the United Nations regular budget for 2022", https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/223/38/PDF/N2222338.pdf?OpenElement, E. T. 22.06.2023.

[148] "FIFA 2019-2022 Revised Budget-2021 Budget", https://digitalhub.fifa.com/m/582baac31867f75c/original/f8brxvwdbs8npinqagg8-pdf.pdf, E. T. 24.06.2023.

[149] Lukomski, Jan; "Arbitration clauses in sport governing bodies' statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights", Int Sports Law J (13), 2013, s. 60 vd.

[150] Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 216.

[151] Türkkan, Adnan; "Türkiye Futbol Federasyonu Hukuk Kurulları (Disiplin, Uyuşmazlık ve Tahkim Kurulları)", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu, Av. İsmail İnan Armağanı (ed. Tacar Çağlar), Ankara, 2013, s. 782.

[152] Türkkan, s. 782.

[153] Ekşi, Nuray; Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 145.

[154] Silva, Artur Flamínio da/Mirante, Daniela; "Mandatory arbitration as a possible future for sports arbitration: the Portuguese example", The International Sports Law Journal, (20), 2020, s. 180.

[155] Silva/Mirante, s. 180.

[156] Lukomski, s. 60.

[157] Doktrinde ihtiyari tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değil, istisnai bir yargısal yol olduğu da savunulmaktadır. Bkz. Tanrıver, s. 171; Küçükgüngör, s. 48.

dayalı bazı istisnai durumlarda tarafların iradesine bağlı olmaksızın da tahkime gidilmektedir. Zorunlu (mecburi) tahkim olarak ifade edilen[158] bu yönteme tabi konuların kanunen düzenlendiği haller ise sınırlıdır[159]. Bu konulardaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak taraflar geleneksel yargı yollarına başvurma imkanlarından yoksun olmakta ve sadece tahkim yöntemi ile uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilmektedirler[160].

Spor uyuşmazlıklarını çözmede tahkim yöntemi dünyanın çeşitli ülkelerinde kabul görüp uygulanmaktadır. Spor hukuku alanında zorunlu tahkimin yolunun yanı sıra ihtiyari tahkim de mevcuttur[161]. Tahkim uygulaması her ülkenin ulusal yasalarına, düzenlemelerine ve spor yönetim organlarına bağlı olarak değişmektedir. Fakat dünya anayasalarına baktığımızda sporda zorunlu tahkimin düzenleme örneği mevcut değildir. Almanya[162], İrlanda[163], Portekiz[164], Romanya[165] ve Rusya[166] anayasalarında tahkim ifadesi geçse de spor alanında zorunlu tahkime ilişkin olarak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Türkiye'de ise spor uyuşmazlıklarında ağırlıklı olarak başvurulan zorunlu tahkim yönteminin uyuşmazlıkların çözümündeki önemi giderek artmaktadır[167]. Bu bağlamda karşılaştırma anayasa hukuku çerçevesinde ilk anayasal düzenleme örneğinin Anayasamızın 59. maddesi olduğu söylenebilir.

Zorunlu tahkim kanunla öngörülen tarafların dava yahut tahkim yoluna gitme konusunda seçme özgürlüğü olmayan fakat uyuşmazlığın çözüm sürecinde devletin adil yargılama hakkına ilişkin gereklilikleri garanti etmek zorunda olduğu bir yöntemdir[168]. Ülkemizde spor alanında zorunlu tahkim yargılamasının kabul edildiği konular, sporun yönetimi ve disiplininden ibarettir. Bu iki alana özgü

---

[158] Uz, Abdullah; "Sporla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümünde Zorunlu Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları ve Kararlarının Hukuki Niteliği Üzerine", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.13, Isparta, 2011, s. 243.

[159] 3533 Sayılı Kanun, 6356 Sayılı Kanun, 6502 sayılı Kanun, 5684 Sayılı Kanun,3039 Sayılı Kanunu, 1512 Sayılı Kanun, Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

[160] Ülgen, Özen; İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme, Beta Yayıncılık, İstanbul,2013, s.176.

[161] Ekşi, s. 145.

[162] Almanya Anayasası madde 24 "Federasyon, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümü için, genel, kapsamlı, mecburi, uluslararası tahkimi kuran anlaşmalara katılacaktır." Bkz. https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf, E. T. 20.06.2023.

[163] İrlanda Anayasası madde 29 "İrlanda, uluslararası anlaşmazlıkların uluslararası tahkim veya yargı yoluyla barışçı çözümü ilkesine bağlılığını teyit eder." Bkz. https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html#part1, E. T. 20.06. 2023.

[164] Portekiz Anayasası'nın 209. maddesinde Anayasa Mahkemesi'ne ek olarak denizcilik mahkemeleri, tahkim mahkemeleri ve sulh hâkimleri bulunabileceği düzenlenmiştir. Portekiz Anayasasının 209. maddesi genel olarak tahkimi devlet mahkemeleriyle eşit olarak kabul etmektedir. Silva/Mirante, s. 186, dp. 74.

[165] Romanya Anayasası madde 146/d "Kanunların ve kararnamelerin Anayasaya aykırılığına ilişkin olarak mahkemeler veya ticari tahkim nezdindeki itirazlar hakkında karar vermek; Anayasaya aykırılığa ilişkin itiraz doğrudan halkın avukatı tarafından da ileri sürülebilir" bkz. https://www.presidency.ro/en/the-constitution-of-romania, 20.06.2023.

[166] Rusya Anayasası madde 125 hükmünde Anayasa Mahkemesi'nin kamu düzenine aykırı yükümlülükler getriren uluslararası mahkeme ve tahkim kararlarına ilişkin sorunlar hakkında karar vereceği düzenlenmiştir. Bkz. Yılmazoğlu, Yunus Emre/Perdecioğlu, İsmail Emrah; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021, s. 560.

[167] Uz, s. 241.

[168] Lukomski, s. 66.

uyuşmazlıklarda taraflar arasında yapılmış bir tahkim anlaşması olmasa dahi taraflar tahkime gideceklerdir[169]. Bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklara karşı adli yargı yolu kapalı olup, bu uyuşmazlıkları çözmede kesin yetkili merci Tahkim Kurulu'dur. Sporun yönetimi ve disipline ilişkin konular dışındaki ihtilafların çözümünde ise geleneksel yargı mercileri yetkilidir.

Spora ilişkin uyuşmazlıklar genel olarak sporun idari yapısından, yönetiminden, disiplininden ve spor alanında muhtelif sözleşmelerden kaynaklanır. Sporun yönetimine ilişkin uyuşmazlıklar ilgili kurulların seçimi, talimat, tüzük, statülerin hazırlanması ve bunlarda değişiklik yapılmasına ilişkindir. Sporun yönetimi ve disiplinine ilişkin konuların dışındaki uyuşmazlıklar başlıklar halinde toplanacak olursa; oyun kurallarına ilişkin uyuşmazlıklar, spora ilişkin sözleşmelerden, haksız fiillerden, sporun vergilendirilmesinden, fikri ve sınai haklardan doğan uyuşmazlıklar, spor kulüplerinin şirketlerine ilişkin uyuşmazlıklar, spor faaliyetlerinin yol açtığı çevre hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardır[170]. Anayasa'nın 59. maddesinde belirtilen yönetsel ve disiplinsel konuların dışında kalan bu konulara karşı yargı yolu açıktır. Ayrıca bu konudaki uyuşmazlıkların tarafların arasında tahkim sözleşmesinin bulunması kaydıyla ihtiyari tahkim ile de çözülmesi de mümkündür[171]. Spor federasyonlarının yönetim ve disiplinine ilişkin kararları dışında kalan bu kararlara karşı yargı yolu açık olsa da bu kararların kesin ayrımını yapmak ve kapsamını ortaya koymak da ayrı bir sorun teşkil ettiğinden eleştirilmektedir[172].

Anayasa Komisyonu raporunda sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olarak *"ihtar, kınama, para cezası, küme düşürme, hak mahrumiyeti, ligden ihraç, tescil iptali, üyeliğin askıya alınması ve üyelikten ihraç gibi bunun yanı sıra sporun yönetilmesine yönelik statü, talimat ve benzeri hukuki düzenlemeleri, müsabakaların icrasına, tatiline, ertelenmesi"* konularında verilen tüm kararlara karşı sadece zorunlu tahkim yoluna gidilebileceği belirtilmiştir[173].

Anayasa değişikliği çerçevesinde spor faaliyetlerinin yönetimi ve disiplininden doğan uyuşmazlıklar bakımından ikili bir hukuk düzeni ortaya çıkmış olup, bu alandaki uyuşmazlıkların çözümünde ise tahkim kurullarının yargı yetkisi münhasırdır[174].

III. ANAYASA'NIN 59. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE SPORDA ZORUNLU TAHKİM

Spor hukukundaki uyuşmazlıkların geleneksel yöntemlerle yani mahkeme ve idari kararlarla çözülmesinin yanı sıra son yıllarda uygulamada sıkça tahkime başvurulduğu görülmektedir[175]. Türk hukukunda da 2011 tarihli 6214 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla Anayasa'nın 59. maddesinin "*sporun geliştirilmesi*" başlığı "*sporun geliştirilmesi ve tahkim*" olarak değiştirilmiş olup hükme *"Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz."* hükmü eklenerek zorunlu tahkim öngörülmüştür. Bu düzenleme sebebiyle ilgili uyuşmazlıklar hakkında tahkim kurulları zorunlu yargı mercii haline gelmiş ve tahkim kurulu kararlarına karşı, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru da dahil olmak üzere herhangi bir itiraz yapılamayacağı Anayasa Mahkemesi kararlarıyla kabul edilmiştir.

[169] Ekşi, s. 145.
[170] Ekşi, s. 64-65.
[171] Ekşi, s. 126.
[172] Uz, s. 288; Baykan/Yeniay, s. 142.
[173] Yılmazoğlu/Perdecioğlu, s. 341.
[174] Türkkan, s. 780.
[175] Küçükgüngör, s. 47.

Anayasa değişikliği teklifinin madde gerekçesine bakıldığında[176] "*Sporun kendine özgü yapısı, hızlı ve süratli bir şekilde yönetimini, disiplin yargılamasını ve denetimini beraberinde getirmektedir. Bu sürat spor faaliyetlerinin icra edilmesi için olmazsa olmaz bir şarttır. Belirli bir zaman diliminde yapılması planlanan spor faaliyetlerine ilişkin ihtilafların çok kısa bir zaman sürecinde kesin ve nihai olarak karara bağlanmaması halinde, o faaliyetin başarılı bir şekilde sonuçlandırılması mümkün değildir. Spor faaliyetlerinin kendine özgü ihtiyaçları, uzun zamana yayılan bir denetime müsaade etmemektedir. Bu ihtiyaçların çok kısa sürede çözüm gerektiren yapıları bu faaliyetlerle ilgili ihtilafların süratle ve kesin olarak sonuçlandırılmasını gerektirmektedir. Anayasada yapılan bu değişiklikle, sportif faaliyetlerin yönetilmesine ve disiplinine ilişkin ihtilafların süratle ve yargı denetimine tabi olmaksızın kesin olarak çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu çerçevede ilgili kurulların müsabakalarla, kulüplerle, sporcularla ve sporla ilgili diğer kişiler hakkında verdikleri müsabakadan men, küme düşürme, ligden ihraç, ihraç, seyircisiz oynama ve puan tenzili gibi kararlarına karşı süratli ve kesin bir denetim yolu öngörülmektedir…"* ifadeleri yer almaktadır.

İlgili hükmün anayasal norm niteliğe kavuşturulmasının sebebi de Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarıdır[177]. Zira Anayasa Mahkemesi, 2009 yılında, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a, 5105 Sayılı Kanun'un[178] 2. maddesiyle eklenen 9. maddede belirtilen *"Tahkim Kurulu tarafından verilen kararların kesin olduğunu*" belirten kuralı 36. maddeye Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir[179]. Karara karşı oy gerekçesinde ise uluslararası spor camiasında benimsenen tahkim kurulları ve tahkim mahkemeleri örneklerinden hareketle ve sporun kendine özgü yapısı dolayısıyla olağan mahkemeler dışında kendine has çözüm yolu getirilmesinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olmadığı belirtilmiştir[180].

2011 yılında ise Anayasa Mahkemesi 5894 sayılı TFF Kanunu'nun 6/IV hükmünde yer alan "*Tahkim Kurulu kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlar ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz"* düzenlemesini iki yönde incelemiştir. Hükümde geçen "Tahkim Kurulu kararların kesin ve nihai" olmasının, hak arama özgürlüğünü sınırlandırmadığını belirterek kuralın bu bölümünün iptal istemini reddetmiştir. "Tahkim kurulu tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağı" ifadesini ise Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bularak oyçokluğu ile iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi açıkça hak arama özgürlüğüne ve yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mercilerce kullanılmasına müdahale niteliğinde değerlendirmiştir[181]. Karşı oy gerekçesinde ise spor federasyonlarımızın uluslararası spor kuruluşları ile vardıkları anlaşmalar temelinde ve uluslararası yükümlülüğümüz sonucu yapılan bu düzenlemenin yargı yetkisinin devri yahut hak arama özgürlüğüne müdahale niteliğinde olmadığı vurgulanmıştır[182].

Bu konudaki iptal kararından birkaç ay sonra ise Anayasa'nın 59. maddesi değiştirilerek, iptal edilen yasa hükmü anayasal norm haline getirilierek Tahkim Kurulu kararlarına karşı adli ve idari tüm yargı yolları kapatılmıştır[183]. Bu durumda yasal bir düzenleme iken hak arama özgürlüğüne müdahale niteliğinde görülen bir düzenlemenin anayasal norm haline getirilmesi ile hak arama özgürlüğüne müdahale niteliğinin değişmediği ortadadır. Sadece müdahale niteliği taşıyan hüküm hiyerarşik

[176] Yılmazoğlu/Perdecioğlu, s. 340.
[177] Ergül, s. 73-74.
[178] 04.03.2004 günlü, 5105 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 13.03.2004, 25401).
[179] AYMK, 02.07.2009, 2006/118 E., 2009/107 K.
[180] Serdar Özgüldür karşı oy gerekçesi, AYMK, 02.07.2009, 2006/118 E., 2009/107 K.
[181] AYMK, 06.01.2011, 2010/61 E., 2011/7 K.
[182] Fettah Oto, Serdar Özgüldür karşı oy gerekçesi, AYMK 06.01.2011, 2010/61 E., 2011/7 K.
[183] Arslan, Hilmi; "Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Tahkim Kurulu Kararlarının Kesin Olduğu Yönündeki Anayasa Hükmüne Karşı Bir Eleştiri", İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, s. 5, 2014, s. 361.

bakımdan güçlenmiştir. Bu bağlamda alternatif uyuşmazlık çözümlerinin tarafların iradesi esasına bağlı olma özelliğinin korunması esas olup, bu yola başvuru bireylere mümkün mertebe zorunlu tutulmamalıdır. Çünkü bu hususta getirilecek kanuni zorunluluğun, hak arama özgürlüğüne müdahale olarak nitelendirilmesi mümkündür[184].

IV. BİREYSEL BAŞVURU KISINTISI OLARAK ZORUNLU TAHKİM KURULU KARARLARI

A. Bireysel Başvuru Yolunun Önemi

Anayasa'nın 148. maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklik sonucu[185] temel hak ve özgürlüklerin, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu imkânı 07.07.2010 tarihli 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile getirilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesine göre "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü arafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir." ve "Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

Anayasa'nın geçici 18. maddesine göre ise "Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir." 30.03.2011 tarihli 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 76 (1/a) hükmünde ise 45 ila 51 inci maddeleri 23/9/2012 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Kronolojik açıdan bakıldığında 2011 yılında Anayasa'nın 59. maddesinde değişiklik yapılırken hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere sportif uyuşmazlıkların hızlı çözümlenmesi ihtiyacına odaklanıldığından yargı yolu kapatılmış olsa da bu hükmün 2012 yılında yürürlüğe girecek olan bireysel başvuru yolunun kapatılması sonucunu da doğuracağı öngörülmemiş olabilir.

Hukuk, genel olarak spor yapan kişiler ile onlara bu imkânı sağlayan kişi ve örgütlerin yahut devletin karşı karşıya kalmasını düzenler[186]. Bireysel başvuru yolu da spor paydaşlarının hukuken korunan hak ve menfaatlerine ilişkin gidebilecekleri son iç hukuk yoludur Anayasa yargısının en temel işlevi, hak ve özgürlüklere etkili koruma sağlamaktır[187]. Bu bağlamda bireysel başvuru yolu da bireylerin hak arama mücadelesinde etkin bir rol oymaktadır[188]. Çünkü bireysel başvuru yolunda, bireylerin sübjektif haklarından hareketle, anayasanın objektif yorumlanması mümkün olmaktadır[189]. Dolayısıyla da bu yol, hak ve özgürlüklerin korunmasında bireylere tanınan iç hukuk yolları arasında en etkili ve önemlisidir[190].

Bireysel başvuru yolunun misyonu, temel hak ve özgürlüklerden kaynaklanan mağduriyetlerin giderilmesi ve bu yolla bireylerin temel hak ve özgülüklerinin korunmasına katkı sağlamaktır[191]. Bireysel başvuru yolunun vizyonu ise kamu otoritelerinin hukuk uygun davranmasını sağlayarak, bir ülkede hukukun üstünlüğü temelinde hakların koruma standartlarını yükseltmektir[192].

---

[184] Tanrıver, s. 154.
[185] 07.05.2010-5982/18 m.
[186] Ertaş/Petek, s. 33.
[187] Barın, Taylan; Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 113.
[188] Akyel, Recai; "Bireysel Başvuru Yolu, Misyonu, Vizyonu, Uygulanması", Adalet Dergisi, S. 68, 2022/I, s. 53.
[189] Eren, Abdurrahman; "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", Anayasa Yargısı 33, 2016, s. 234.
[190] Karakaş, Işıl; "Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 33, 2016, s. 13
[191] Akyel, s. 66.
[192] Akyel, s. 67.

Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetim ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı başvurulan Tahkim Kurulu kararları taraflara yönelik olarak kamu gücü kullanım örneğidir[193]. Spor paydaşlarının da hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlali durumunda bireysel başvuru yolunun kapalı olması telafisi imkânsız zararların doğmasına sebebiyet verebilir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı

Spor federasyonlarının yönetim ve disiplinine ilişkin kararları için Anayasa'nın 59. maddesi doğrultusunda spor paydaşlarına tahkim yolu zorunlu tutulmuştur. Bu zorunlulukla da yetinilmeyerek Anayasa'nın 59. maddesi ile Tahkim Kurulu kararlarına karşı getirilen yargı denetimi bağışıklığı[194] doğrultusunda bu kararlara karşı Anayasa Mahkemesi içtihatları uyarınca bireysel başvuru yolu da kapatılmıştır[195].

Anayasa Mahkemesi istikrarlı şekilde 2012 yılından bu yana spor tahkim kurullarınca verilen kararlara karşı yapılan tüm bireysel başvuruları konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur[196]. Anayasa Mahkemesi'nin spor federasyonlarının yönetim ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı bireysel başvuruları konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir[197]. Bu bağlamda Tahkim Kurulu kararına karşı etkili bir başvuru yolu olmaması nedeniyle AİHS'in 13. maddesinin, kurulun kararlarının medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin veya suç isnadı niteliğinde olması durumunda ise AİHS'in 6. maddesinin ihlalinin gündeme gelebileceği ileri sürülmektedir[198]. Anayasa'nın 148. maddesi çerçevesinde bireysel başvurunun da bir hak olduğu düşünüldüğünde[199] bu sınırlamanın Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu da belirtmek mümkündür[200].

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları incelendiğinde, 59. madde kapsamında salt lafzi bir yorumla konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle red kararları verdiği görülmektedir[201]. Bu bağlamda bireysel başvuru yolunun getiriliş amacı kapsamında herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır[202]. Ayrıca benzer yöndeki Anayasa madde 79/2 de "Yüksek Seçim Kurulu kararları

---

[193] Öztürk, s. 613.

[194] Işıklar, Celal; Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Sonrası Yasama Kısıntıları, C.9, S.17, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, s.106.

[195] Bu yönde bkz. Öztürk Yazıcı, B. No: 2014/4549, 22.02.2017; Abdurrahman Akyüz, B. No: 2012/620, 12.02.2013; Naz Aydemir, B. No: 2013/850, 19.12.2013; Aynı yönde: Ertan Hatipoğlu, B. No: 2015/1993, 18.04.2018; Ziya Özel, B. No: 2015/1996, 10.05.2018.

[196] Ziya Özel, B. No: 2015/1996, 10.05.2018; Ertan Hatipoğlu, B. No: 2015/1993, 18.04.2018; Öztürk Yazıcı, B. No: 2014/4549, 22.02.2017; Abdurrahman Akyüz, B. No: 2012/620, 12.02.2013; Naz Aydemir, B. No: 2013/850, 19.12.2013.

[197] Ergül, s. 70-71.

[198] Ekşi, s 125; İnceoğlu, Sibel; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 221; Aynı yönde Akbulut, Lütfullah Yasin; "1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim", Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2)2, 2020, s.123.

[199] Bireysel başvurunun hak yahut dava yolu niteliğine ilişkin doktrinsel tartışmalar için bkz. Şirin, Anayasa Şikayeti, 14 vd.

[200] Ergül, s. 69 vd; Baykan/Yeniay, s. 153. 6126 Sayılı Kanun'un 45/3 hükmüne karşı yasa koyucunun Anayasa'da öngörülmeyen bir sınırlamayı, kendi takdiri ile belirlediği sınırlamalar gerekçesiyle kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 148. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali davası açılmış fakat "Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru konusu yapılamaması Anayasa gereğidir" gerekçesiyle iptal istemi reddedilmiştir. AYMK, 01.03.2012, 2011/59 E., 2012/34 K.

[201] Baykan/Yeniay, s. 140.

[202] Baykan/Yeniay, s. 140.

aleyhine başka bir mercie başvurulamaz" hükmüne rağmen başvuruyu bu hükümden hareketle değil, ihlal iddialarının Anayasa, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden bahisle kabul edilemez bulmuştur[203]. Bu kararda Mahkeme Anayasa'nın 79/2 ve 6216 sayılı Kanun madde 45/3 yönünden hiçbir değerlendirme ve açıklamada bulunmamıştır. Dolayısıyla da Anayasa Mahkemesi açıkça belirtip gerekçelendirmemiş de olsa YSK kararları aleyhine zımnen de olsa Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabileceği sonucuna ulaşmak mümkün gözükmektedir[204].

V. SPORDA ZORUNLU TAHKİM KURULLARI

Hukukumuzda sporda zorunlu tahkim yolu iki ana kola ayrılarak; futbolla ilgili uyuşmazlıklar bakımından TFF Tahkim Kurulu, futbol dışındaki branşlardaki ihtilafların çözümü için ise Gençlik ve Spor Bakanlığı Tahkim Kurulu yetkili kılınmıştır[205]. Spor hukuku alanında 5894 Sayılı Kanun ile 3289 sayılı Kanun ile düzenlenen zorunlu tahkim, hem kurumsal hem de milli tahkimdir[206].

AİHM içtihatlarında kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme ifadesi ile sadece mahkemelerin değil yargılama görevini yerine getiren ve bağlayıcı karar verebilen tüm mercilerin kastedildiğini belirtmektedir[207]. AİHM Lithgow davasında[208], 6. maddenin ilk fıkrasında geçen "mahkeme" kavramının sadece klasik türde, ülkenin standart yargı mekanizmasında yer alan "mahkeme" kavramını göstermediğini ayrıca sınırlı sayıda konuda karar vermek üzere kurulan ve her zaman adil usul garantisi sağlayan mercileri de kapsadığını ifade etmiştir[209]. Dolayısıyla AİHM içtihatları uyarınca hem zorunlu hem de ihtiyari tahkim kurulları yargı merci (tribunal) olarak kabul edilmekte[210] ve bu kurulların baktıkları uyuşmazlıklarda AİHS'in 6. maddesi kapsamındaki tüm güvencelerin sağlanması gerekmektedir[211].

Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı yalnızca zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceğinin ve hatta bu kararlara itiraz edilemeyeceğinin düzenlenmesi, tahkim kurulları tarafından konu hakkında verilen kesin ve bağlayıcı kararların bir yargı kararı niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır[212]. Yargısal denetim yapma görevi sadece dar anlamda

---

[203] Mansur Yavaş ve CHP Başvurusu, 23.07.2014, B No. 2014/5425, *"AİHS kapsamında korunan hak, yasama organının seçimi ile ilgili olup Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahalli idare niteliğinde olan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçimiyle ilgili ihlal iddiaları, bağımsız bir hak olarak AİHS kapsamında değerlendirilmediğinden, bu hakka yönelik ihlal iddialarının bireysel başvuru konusu yapılabilmesi mümkün değildir. Sonuç itibariyle, başvuruculaların ihlal iddiasının konusu, Anayasa'da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kalmaktadır. Açıklanan nedenlerle, başvuruculaların başvuru dilekçesinde ifade ettiği şekliyle ihlal edildiğini ileri sürdüğü haklar, Anayasa ve AİHS ile buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir."*

[204] Şirin, Bireysel Başvuru, s. 94.

[205] Uz, s. 251.

[206] Ekşi, s. 149.

[207] Mutu and Pechstein/Switzerland, B. No: 40575/10 ve 67474/10, 02.10.2018, p. 94. Lithgow/UK, B. No: 9 006/80, 9262/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, 8.7.1986, p.201.

[208] Lithgow/UK, B. No: 9 006/80, 9262/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, 8.7.1986, p.201; Ayrıca bkz. Campbell and Fell/United Kingdom, B. No: 7819/77; 7878/77, 28.05. 1984, p. 76.

[209] Lukomski,s. 65.

[210] Scarth/The United Kingdom, B. No: 33745/96, 21.10. 1998; 22.061999.Bramelid ve Malmström/Sweden, B. No: 8588/79-8589/79, 12.12.1983, p.30-32.

[211] AİHS'in 6. maddesinin orijinal metninde de mahkeme kavramına karşılık gelen "*court*" ifadesi değil, merci kavramına karşılık gelen "*tribunal*" terimi kullanılmaktadır.

[212] Türkkan, s. 782.

ve mahkeme olarak nitelendirilen organların değil, ismi mahkeme olmayan ancak kanunla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız nitelikte olan ve yargılama usulüne ilişkin güvenceler taşıyan yapılar da bu işlevi görmektedir[213]. Ayrıca spor tahkim kurullarınca alınan kararlar kamu gücü niteliğinde olduğundan bireysel başvuru yoluna konu edilmesi mümkündür[214].

A. TFF Tahkim Kurulu

TFF Tahkim Kurulu'nun yetki alanı oldukça geniştir. Zira Anayasa Komisyon Raporunda hangi uyuşmazlıkların zorunla tahkime tabi olduğuna bakıldığında[215].: "*… (m)adde, spor federasyonlarının organ ve kurullarının, sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olarak ihtar, kınama, para cezası, küme düşürme, hak mahrumiyeti, ligden ihraç, tescil iptali, üyeliğin askıya alınması ve üyelikten ihraç gibi bunun yanı sıra sporun yönetilmesine yönelik statü, talimat ve benzeri hukuki düzenlemeleri, müsabakaların icrasına, tatiline, ertelenmesine gibi verdikleri tüm kararlarına karşı sadece zorunlu tahkim yoluna gidilebileceği"* ifade edilmiştir.

Günümüzde futbolu düzenleyen münhasır bir teşkilat olarak TFF'nin[216] tüzel kişiliğinin hukuku niteliği konusunda üzerinde uzlaşılmış bir görüş bulunmamakla birlikte[217] kararlarının idari işlem olduğu ileri sürülmektedir[218]. Bu bağlamda doktrinde Tahkim Kurulu'nun yürütme ve idare yetkisi kullandığı öne sürülse de[219] AİHM içtihatları[220] ve konuya ilişkin literatürdeki genel kanı çerçevesinde[221] TFF Tahkim Kurulu'nu yargısal işlev yerine getirdiği kabul edilmektedir[222]. Anayasa Mahkemesi de tahkimi hukuki uyuşmazlıkların, bağımsız kişi veya kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlanması olarak tanımlamakla birlikte TFF Tahkim Kurulu'nun "yargı işlevi yerine getiren bir kurul" olduğunu açıkça belirtmiştir[223]. Bu bağlamda TFF Tahkim Kurulu organik anlamda yargı örgütü bünyesinde yer almasa da kararları yargısal niteliktedir.

TFF Tahkim Kurulu 5894 Sayılı TFF Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile kurulmuştur. Kurul'un yargılama yaparken hangi özel yargılama usulünü izleyeceği de yine bu kanun ve ilgili düzenlemeler ile belirlenmiştir. Kurul, sporcuların yönetimine ve disiplinine ilişkin uyuşmazlıkları çözmekle yetkili zorunlu mercidir.

---

[213] Şirin, Bireysel Başvuru, s. 94.
[214] Baykan/Yeniay, s. 151.
[215] Küçükgüngör, s. 138.
[216] Gemalmaz, H Burak; "Spor Hukukunun İnsan Hakları Boyutu", Sporda Hak İhlalleri ve Denetim, Çalıştay Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, 2018, s. 132.
[217] TFF'nin tüzel kişiliğinin hukuki niteliği hakkında tartışmalar için bkz. Öztürk, s. 609 vd; Ertaş/Petek, s. 225 vd; A Ayanoğlu, 'Taner; "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 74, 2008, s. 44 vd; Baykan/Yeniay, s. 147 vd; Gündoğdu, Fatih; TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi, s.140, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019, s. 148 vd.
[218] Öztürk, s. 613; Ergül, s. 74; Baykan/Yeniay, s. 149.
[219] Ayanoğlu, s. 50; Öztürk, s. 621.
[220] Önder Deniz Kolgu/Türkiye, B. No: 2935/07, 27.08.2013, p.40
[221] Küçükgüngör, s. 141; Baykan/Yeniay, s. 158.
[222] Konuya ilişkin AİHM kararları için bkz. Gemalmaz, H. Burak; "Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: The Contribution of the European Court of Human Rights", The International Sports Law Journal, 19, 2019, s. 39 dn.6.
[223] AYMK, 06.01.2011, 2010/61 E., 2011/7 K. "*TFF Tahkim Kurulu'nun, hukuki uyuşmazlıkların, bağımsız kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlandığı, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır*".

B. Gençlik ve Spor Bakanlığı Tahkim Kurulu

Gençlik ve Spor Bakanlığı Tahkim Kurulu[224] bünyesinde futbol dışındaki branşlar için oluşan özerk federasyonların uyuşmazlıklarının çözümü için Tahkim Kurulu oluşturulmuştur. Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nin[225] ilk maddesine göre "Bu Yönetmeliğin amacı, spor federasyonlarının iş ve işleyişleri ile ilgili olarak federasyon ile kulüpler, sporcular, hakemler, teknik direktör ve antrenörler, kulüpler ile teknik direktörler, antrenörler ve sporcular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilâflar hakkında federasyon yönetim kurulunca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını ilgililerin itirazı üzerine inceleyip kesin karara bağlamak üzere oluşturulan Kurulun görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarını düzenlemektir."

Federasyon yönetim kurulunca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını ilgililerin itirazı üzerine inceleyip kesin karara bağlamakla görevli Gençlik ve Spor Bakanlığı Tahkim Kurulu da tıpkı TFF Tahkim Kurulu gibi yargısal karar veren yani yargı işlevi yerine getiren bir mercidir.

VI. SPORDA ZORUNLU TAHKİM KURULLARININ KARARLARININ NİTELİĞİ

A. Tahkim Kurulu Kararlarının Kesin Olması

Anayasa'nın 59. maddesine paralel olarak TFF Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesine göre "Tahkim Kurulunun; futbol faaliyetlerinin yönetimi ve disiplinine ilişkin kararlan kesindir." Aynı yönde TFF Statüsü'nin 62/3'e göre "Tahkim Kurulu kararları kesin ve nihaidir. İdari veya yargısal makamların onayına tabi olmadığı gibi, bu kararlara karşı idari veya yargısal makamlara başvurulamaz." Anayasa Mahkemesi'ne göre *"'kesin' ibaresi, Tahkim Kurulunun incelediği konularda vermiş olduğu kararların biçimsel yönden kesin, uygulanabilir ve bağlayıcı nitelikte olduğunu ifade etmekte, 'nihai' ibaresi ise Kurul'un TFF içerisinde başvurulacak en son merci olduğunu belirtmektedir."*[226]*. Bu bağlamda* disiplin ve yönetsel konularda tek yargısal merci olan Tahkim Kurulu'nun verdiği karar, icrası kabil bir mahkeme kararıyla aynı hukuki güçte ve eşdeğerdir[227].

Anayasa'nın 59'uncu maddesinde değişiklik yapan 6214 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'un Anayasa Komisyonu Raporunda "*zorunlu Tahkim Kurullarının kararlarının kesin olduğu, bu kararlara karşı istinaf, temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarına başvurulamayacağı, bu kararların hukuka aykırı olduğu iddiasıyla tespit, iptal ve tazminat davası açılması mümkün olmadığı vurgulanarak yeniden yazılmıştır*"[228] .Hükmün gerekçesi çerçevesinde kararların kesinliğinden, kanun yollarına başvurulamayacağı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda açılamayacak dava türleri olarak ise *tespit, iptal ve tazminat* davaları belirtildiğinden değişikliğin bireysel başvuru yolunun sınırlanması amacını taşımadığı anlaşılmaktadır[229].

Yargı yolu olarak bireysel başvuru yolu zaten kesinleşmiş kararlara karşı öngörülen bir başvuru yoludur. Nitekim diğer yüksek mahkemelerin de verdiği kararlar kesin hüküm niteliği taşısa da bu kararlara karşı bireysel başvuru yolu açıktır[230].

---

[224] 2018 yılında 703 Sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesi ile 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un birçok hükmü değiştirilerek, Spor Genel Müdürlüğü ifadesi kanun metinden kaldırılmıştır.

[225] RG. 28.01.2012, S.28187.

[226] AYMK, 06.01.2011, 2010/61 E., 2011/7 K.

[227] Gemalmaz, İnsan Hakları Boyutu, s. 132.

[228] Yılmazoğlu, Yunus Emre/Perdecioğlu, İsmail Emrah; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021, s. 341.

[229] Baykan/Yeniay, s. 161.

[230] Şirin, Anayasa Şikayeti, s. 348.

B. Tahkim Kurulu Kararlarına Karşı Hiçbir Yargı Merciine Başvurulamaması

Sportif uyuşmazlıklara ilişkin tahkim kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yoluna gitmenin amacı yönetsel ve disiplin uyuşmazlıkların tüm maddi unsurlarıyla değerlendirilmesi değildir. Zira istinaf, temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarında karar maddi unsurlarıyla değerlendirilir. Bireysel başvuru yolunda sadece temel hak ve özgürlüklere müdahale edilip edilmediği yönünde inceleme yapılmaktadır. Dolayısı ile de anayasal değişiklik gerekçesi göz önünde tutulduğunda 59. maddede belirtilen "hiçbir yargı merciine başvurulamaması" kısıtı ile esasında yargılamanın sürümcemede kalmaması amacıyla uyuşmazlığın maddi unsurları bakımından denetime tabi tutulmasının engellenmeye çalışıldığı açıktır. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklere müdahale iddialarının incelendiği bireysel başvuru yolunun yasaklanmadığını kabul etmek gerekir[231].

"Hiçbir yargı merciine başvurulamaması" ifadesi tıpkı diğer yargı kollarının nihai karar organları olan Yargıtay, Danıştay kararları gibi kararın nihai olduğunu ifade etmektedir. Bu organların nihai kararlarına karşı nasıl bireysel başvuru yapılabiliyorsa tahkim kurulu kararlarına karşı da yapılabilir[232].

6216 Sayılı Kanun 3/4/2011 tarihli 6216 Sayılı Anayasa Mahkemelerinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. Maddesinin üçüncü fıkrasına göre Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz." 6216 Sayılı Kanun 45 (3) hükmünde belirtilen "*anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*" ifadesini yargısal kararlarını da kapsar şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Zira gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM kararları ile sabit olduğu üzere zorunlu tahkim yargılaması yapan Tahkim Kurulları yargı yeri niteliğindedir. Hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM organik ölçütten ziyade maddi kriterden hareketle bu sonuca ulaşmıştır. Bu sebeple 6216 Sayılı Kanun 45 (3) hükmündeki işlemler ifadesi idari işlemler olarak anlaşılmalıdır[233]. Çünkü icrası kabil bir mahkeme kararıyla aynı hukuki güçteki bir işlemin bireysel başvuru kapsamı dışında tutulması bu yolun getiriliş amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu sebeple de hükümde geçen işlemler kavramı ile kastedilenin idari işlemler olduğu yargısal işlemlerin bu madde kapsamında olmadığı ileri sürülmektedir[234].

Ayrıca hiyerarşik olarak anayasa üst norm niteliğindedir. Üst norm alt normu ilga eder ilkesi[235] gereğince öncelikle anayasal düzeyde değerlendirme yapılmalıdır. Bu sebeple de başvuru yolunu kapatan istisna hüküm dar yorumlanmalı ve Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerinin korunması başlıklı 40. maddesi gereğince anayasal hükümlerin ihlali halinde bireysel başvuru yoluna gidilebilmelidir. Ayrıca özgürlükler geniş yorumlanır ilkesi gereğince de Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, bireysel başvuru yoluna gitme imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğundan hareketle özgürlük lehine yorum yapılmalıdır[236]. Ayrıca anayasa hukukuna özgü yorum ilkelerinden olan ve normlar hiyerarşisini hayata geçirmede etkili olan fonksiyonel doğruluk ilkesi[237] çerçevesinde temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan ilkelere sadık kalan yorum tercih edilmelidir.

Anayasa'nın 59. maddesinin değişiklik gerekçesinde sporun kendine özgü yapısı dolayısıyla ihtilafların hızlı çözüme kavuşturulması ihtiyacına binaen yargı yolunun kapatılması, bireysel başvuru yolunun da kapatılmasına haklı gerekçe teşkil etmez. Çünkü bireysel başvuru yapılması, bireylerin

---

[231] Ergül, s. 77-78; Baykan/Yeniay, s. 162.
[232] Aynı yönde YSK kararları için değerlendirme için bkz. Şirin, Bireysel Başvuru, s. 94.
[233] Baykan/Yeniay, s. 155.
[234] Kılıç, Ayhan "Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.3, 2013, s.69.
[235] Gözler,
[236] Aynı yönde Sayıştay kararları için yapılan değerlendirme için bkz. Şirin, Bireysel Başvuru, s. 96.
[237] Keskinsoy, Ömer/Kaya, Semih Batur; "Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1) 2021, s. 88.

yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun saptanması durumu hariç kesinleşen işleminin icrası ya da infazını engelleyici bir sonuç doğurmamaktadır[238].

VII. ANAYASA'NIN 59. MADDESİNİN YORUMUNDA GÖZETİLMESİ GEREKEN İLKELER

A. Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devletinin en önemli gereklerinden biri temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasıdır ve bu bağlamda tüm işlem ve eylemler kural olarak yargısal denetime tabi olmalıdır[239]. Kamu gücünün her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yoluna başvurulabilmesi hukuk devletinin ayırt edici özelliğidir[240]. Anayasa Mahkemesi'ne göre de "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir."[241].

Bireysel başvuru konusu edilebilecek işlemlerin icrai ve nihai nitelikte, başvurucular açısından bağlayıcı ve emredici olması gerekmektedir[242]. Bu bağlamda zorunlu tahkim yargılamasında tahkim kurulu kararlarının tüm bu özellikleri haizdir. Bireysel başvuru yolunu konu yönünden kapsamını sınırlandıran 6216 sayılı Kanun'un 45/3 fıkrası Anayasa'nın 148. maddesinde bireysel başvuruda bulunma hakkı kapsamını '*kamu gücü'* nedeniyle hak ihlaline uğrama kıstasına bağlamasına karşın bu bireysel başvuru kısıntısının getirilmesinin anayasaya aykırılığı ileri sürülmektedir[243]. Çünkü Anayasa'nın 148. maddesinde kamu gücü kavramı ifade edilirken herhangi bir sınırlama koyulmayarak, bu ifadenin yasama, yürütme ve yargı organlarını da kapsadığı açıktır[244]. Temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlali iddiasıyla spor yönetici ve sporcuların Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun kapatılması, anayasal haklarının güvencesiz kalmasına sebep olduğundan hukuk devleti ile anayasanın üstünlüğü ilkesi açısından meşru görülmemektedir[245].

Hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biri de hukuki güvenliğin sağlanmasıdır[246]. Hukuki güvenlik ilkesi, devletin tüm mercilerine hukukun egemen kılınmasını ve tüm mercilerin yargı denetimine açık olmasını gerektirir[247]. Bireysel başvuru yolu da temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarında kamu gücü işlemlerinin yargı denetimi sağlayan etkili bir iç hukuk yolu olduğundan bu yolun mümkün mertebe sınırlanmaması bireylere hukuki güvenlik sağlanmasının da gereğidir.

---

[238] https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb_sss.pdf

[239] Şirin, Anayasa Şikayeti, s. 346.

[240] Yalçınöz, s. 199.

[241] AYMK, 01.03.2012, 2011/59 E., 2012/34 K.

[242] Çınar, İbrahim; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü", Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (ed. Musa Sağlam), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 195.

[243] Sağlam, Fazıl; "Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", Demokratik Anayasa, (eds. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi), Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s.446; Kanadoğlu, Korkut; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, XII Levha Yayınları, 2015, s. 68; Ergül, s. 69.

[244] Göztepe, Ece; "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.95 2011, s.27; Sağlam, Anayasa Şikayeti, s.446.

[245] Ergül, Ozan; Sporda Zorunlu Tahkim-Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 31, S.1 2015, s.71-72; Baykan Metin/Yeniay, Lokman; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Bağlamında Spor Tahkim Kurullarının Kararları, İzmir Barosu Dergisi, C. 84, S.3, 2019, s.139 vd.

[246] AYMK, 30.11.2022, E. 2020/4, 2022/147 K.

[247] AYMK, 13.02.2019, E. 2018/11, 2019/3 K.; AYMK, 08.11.2018, E. 2017/179, 2018/106 K.

Spor paydaşları tahkim yargılamalarında insan haklarından feragat etmediğinden[248] bir hukuk devletinde hak arama özgürlüğünü sınırlayan engellerin öncelikle kaldırılması gerekmektedir. Zira hak arama özgürlüğüne güvence sağlanması diğer tüm temel hak ve özgürlüklerin korunmasının güvencesidir. Aksi halde hak arama özgürlüğüne sınırlama getirilen durumlarda diğer temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarının da gündeme gelmesi söz konusu olamayacaktır.

Anayasamızın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi anayasanın yorumlanmasında ilk planda gözetilmesi gereken ilkelerden biridir. Çünkü bu bütünü oluşturan hükümlerden herhangi biri, bütün içinde anlamlandırılırken hukuk devleti ilkesine aykırı bir anlam taşıyacak surette yorumlanamaz. Dolayısıyla da hukuk devleti ilkesini koruma amacı normun tüm anlamlandırmalarında göz önünde tutulmalıdır[249]. Çünkü bütünsellik ilkesi hiçbir zaman yalnızca tek bir hükme bakışı yansıtmamakta aksine özel norma yönelik bakış açısı oluşturmayı ve anayasanın bütünlüğü kapsamında söz konusu normu belirlemeyi sağlamaktadır[250]. Bu bağlamda tüm anayasa normlarının bütünsellik ilkesi çerçevesinde yorumlanması gerekliliktir[251]. Yine Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen insan haklarına saygılı devlet niteliği de her bir anayasa normunun yorumunda esas alınması gereken mihenk taşı niteliğinde bir hükümdür.

Anayasa'nın tutarlı bir bütün olarak algılanması esas olduğundan bu bütünlükle çelişkiye düşen düzenlemeler, bütünlüğü ayakta tutacak şekilde yorumlanmalıdır[252]. Anayasadaki diğer normlar bu ilkelere aykırı ve bu ilkelerden bağımsız yorumlanmamalıdır. Yorum sonucunda birbirinden farklı anlamlara ulaşıldığında ise anayasanın temel ilkelerine en yakın olan yorum esas alınmalıdır[253]. Bu bağlamda Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 36. ve 148. maddeleri, Anayasa'nın 59. ve 6216 Sayılı Kanun'un 45/3 maddesinin yorumunda temel alınmalıdır.

Sporun alanında kabul edilen zorunlu tahkim yargılamaları ile olağan yargının dışında münhasır bir hukuk düzeni ve çözüm mekanizması sistemi oluşturulmuştur[254]. Bu bağlamda spor alanında zorunlu Tahkim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun açılması için Anayasa'nın 59. maddesine yapılacak bir ekleme ve 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin 3. fıkrasında yapılacak bir değişiklik ile Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvuru yolunun saklı tutulması gerektiği önerilmektedir[255].

B. Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi

Anayasanın 11. maddesine göre "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." Anayasanın bağlayıcılık ve üstünlük özelliğini belirten bu ilke anayasal sorunların çözümünde anayasa normlarına optimal etki sağlayacak biçimde yorum yapılmasını öngörmektedir dolayısıyla bu ilkenin anayasanın yorumunda gözetilmesi doğrudan anayasa gereğidir[256].

---

[248] Gemalmaz, Turkish Football Arbitration, s. 38, 49.

[249] Esen, Bülent Nuri; Anayasa'nın Anayasa Mahkemesi'nce Yorumlanışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 301, Ankara, 1972, s. 75-76.

[250] Memiş, Emin, Anayasaya Uygun Yorum, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 55.

[251] Memiş, s. 55.

[252] Sağlam, Anayasa Hukuku, s. 53.

[253] Gören, Zafer; "Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, Y. 7, 2008, s. 29.

[254] Ergül, s. 67.

[255] Ergül, s.78.

[256] Sağlam, Fazıl; Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2013, s. 54.

Anayasa'nın 11. maddesinde belirtildiği üzere bu ilke sadece devlet organlarını değil, diğer kuruluş ve kişileri de bağlamakta ve yatay etki teorisine de kaynaklık etmektedir. Bireysel başvuru da aynı zamanda temel hakların yatay etkisi teorisinin hayata geçmesi için önemli bir dayanaktır[257].

Anayasa'nın 59. maddesi çerçevesinde bugün halihazırda sporcular, hakemler, teknik direktör ve antrenörler, kulüpler ile teknik direktörler, antrenörler ve sporcuların temel hak ve özgürlüğüne müdahale eden Tahkim Kurulu kararları için gidebilecekleri hukuki bir yol bulunmamaktadır[258]. Anayasa hükümleri herkes için bağlayıcı olduğundan spor disiplin hukuku ve bu alanda yetki kullanan kişileri dışarda tutmak mümkün değildir[259]. Zira bu durum eşitlik ilkesine de aykırıdır. Spor paydaşları da herkes gibi Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla kanun yollarının tüketmeleri kaydıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmelidir.

C. Hak Arama Özgürlüğü

Anayasa Mahkemesi kararlarında hak arama özgürlüğü "hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama ve bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren"[260] ve "bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemi" olarak ifade edilmiştir[261]. Doktrinde ise bireysel başvurunun, hak arama özgürlüğünün özel bir görünümü niteliğinde olan usuli bir hak olduğu belirtilmektedir[262].

Hak arama özgürlüğü diğer tüm temel hakların da korunmasına hizmet eden bir hak olması dolayısıyla özel öneme sahiptir. Çünkü herhangi bir konuda hak arama özgürlüğüne getirilen bir sınırlama diğer hak ve özgürlüklerin de pratikte güvence altına alınmış olmasını anlamsız hale getirir. Kaldı ki hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği durumlarda bu ihlalin önlenmesini, ihlalden doğan mağduriyetlerin giderilmesi ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması ancak hak arama özgürlüğü kullanılarak mümkün olur. Dolayısıyla da hak arama özgürlüğüne getirilen her kısıt diğer tüm hak ve özgürlüklerin de ayağına vurulmuş birer pranga niteliği taşır.

Bireysel başvuruda bulunma hakkının Anayasa'da belirtilen temel ögesi kamu gücü nedeniyle hak ihlaline uğramak olmasına rağmen bireysel başvuru hakkının konu yönünden kapsamının daraltılması, Anayasa'ya aykırıdır[263]. Bu kararlara karşı yargı yolunun kapalı olması AİHS'in 6.[264] ve 13. maddelerine aykırı olup[265], Anayasa'nın hak arama hürriyetine ilişkin 36. maddesi ile de

---

[257] Sağlam, Anayasa Hukuku, s. 54.

[258] Ergül, s 68.

[259] Ergül, s. 72.

[260] AYMK, 14.01.2015, 2014/164 E., 2015/12 K.

[261] AYMK, 30.12.2015, 2014/122 E., 2015/123 K; AYMK, 25.11.2015; .2014/86 E., 2015/109 K. ; AYMK, 19.09.1991, 1991/2 E., 1991/30, K.

[262] Eren, s. 234.

[263] Şirin, Tolga; Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 279; Sağlam, Fazıl; "Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", Demokratik Anayasa, (eds., Ece Göztepe -Aykut Çelebi) , Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s. 446; Kanadoğlu, Korkut; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 68; Gören, Zafer; Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.26; Ergül, s.69; Baykan/Yeniay, s.153; Gündoğdu, s.155.

[264] AİHM aynı yönde Boden/İsveç davasında İsveç mevzuatında, kamulaştırma kararlarına karşı yargıya başvuru imkanının sınırlandırılmasının 6. maddenin ihlal ettiğine kanaat getirmiştir. Boden/Sweden, B. No: 20930/84, 27.01.1987.

[265] İnceoğlu, s. 221; Ekşi, s. 125; Akbulut, s. 123.

çelişmektedir[266]. Ayrıca bu yöndeki sınırlama kaydı Anayasa'nın 13. maddesine de uygun düşmemektedir[267].

Anayasa madde 36 doğrultusunda herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanarak yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğüne sahiptir. AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bireylerin bir mahkeme önünde hak aramasını da içermektedir[268]. Bu bağlamda adil yargılanma hakkı kapsamında Anayasa'nın 36. ve AİHS'in 6. maddesi kapsamındaki güvencelerin Anayasa'nın 59/3 fıkrasında öngörülen zorunlu tahkim yargılamasında da sağlanması gerekmektedir[269]. Nitekim konuya ilişkin AİHM içtihatları da bu yöndedir[270]. Tahkim Kurulu yargılamalarında adil yargılanma hakkı kapsamında korunan hukuki değerlerden en başta mahkemeye erişim hakkı olmak üzere, Kurul'un tarafsız ve bağımsızlığı,[271] aleni duruşma yapılmaması[272] ve hakkaniyete uygun yargılanma bakımından sorunların doğması mümkündür[273].

Hal böyle iken bireysel işlem yapma yetkisi bulunan spor federasyonunun işlem ve eylemleri karşısında temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin hukuki anlamda tamamıyla eli kolu bağlanmıştır. Başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere hak arama özgürlüğünü doğrudan zedeleyen bu durum anayasal hakları güvencesiz bıraktığından doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir[274]. Anayasa'nın 59/3 hükmünün bireysel başvuruları engellemeyecek şekilde yorumlanıp, uygulanması savunulmaktadır[275]. Çünkü aksi durumda sporcuların ve spor yöneticilerinin mahkemeye erişim hakkı ortadan kalkmakta ve hak arama özgürlükleri ise doğrudan ihlal edilmektedir.

D. Temel Haklar Lehine Yorum İlkesi

Temel haklar lehine yorum ilkesi, anayasal normların yorumunda, temel hak ve özgürlükleri güçlendirecek yorumun tercih edilmesini ve temel haklarla ilgili güvence ölçütlerinin geniş yorumlanmasını gerektirmektedir.

Kanunların temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaması, anayasa yargısının hak ve özgürlüklere güvence sağlama önceliğinin bir sonucudur[276]. Tüm yargılama süreçlerinde olduğu gibi tahkim sürecinde de bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olduğu kabul edildiğinde spor paydaşlarının adalete erişim imkanlarını ortadan kaldıran düzenlemenin hakkın özüne dokunduğu da ileri sürülebilir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvenceden mahrum kalmaması hak ve özgürlükleri ihlal edilen spor paydaşlarının Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmelerinin sağlanması için Anayasa Mahkemesi tarafından hak temelli yorum yapılarak[277], hakkı güvenceden yoksun bırakacak kısıtların aşılması gerekmektedir.

SONUÇ

---

[266] Ekşi, s. 125.

[267] Şirin, Anayasa Şikayeti, s. 279.

[268] Gölcüklü, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde "Adil Yargılama" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.49, 1994, s. 208.

[269] Gemalmaz, İnsan Hakları Boyutu, s. 135; Ekşi, s. 125; Akbulut, s. 120.

[270] Suda/Czech Republic, B. No: 1643/06, par. 50, 28.10. 2010.

[271] Ali Rıza and others/Turkey B. No: 30226/10, 28.01.2020.

[272] Mutu and Pechstein/Switzerland, B. No: 40575/10 ve 67474/10, 02.10.2018.

[273] Besson, Sebastien; "Arbitration and Human Rights", ASA Bulletin, No. 3, 2006, s. 395 vd.

[274] Ergül, s.75; Gemalmaz, İnsan Hakları Boyutu, s. 132; Gündoğdu, s.155; Baykan/Yeniay, s.139; Arslan, s.356 vd.

[275] Gemalmaz, İnsan Hakları Boyutu, s. 132, dp.2.

[276] Sağlam, Anayasa Hukuku, s. 52.

[277] Baykan/Yeniay, s. 156.

Tahkim yolunun, uzmanlaşmış spor yargısı sağlamak ve spor müsabakalarında gerek yönetsel gerekse disiplinsel sorunları efektif şekilde çözmek için gerekli olduğu ifade edilebilir ve salt bu yönüyle spor alanında bazı konularda zorunlu tahkim yolunun öngörülmesi anayasa hukuku açısından sakıncalı bir yöntem değildir. Çünkü anayasa, bir toplumdaki somut koşullara uyum sağlamalı ve bu durumlara uygulanabilir çözümler sunmalıdır. Anayasanın değişen toplumsal ihtiyaçlara uyum sağlayabilmesi için de yorumlanması gerekir. Fakat bu yorumlama sürecinde, anayasanın temel prensip ve değerlerini korumak da önemlidir.

Spor alanında yönetsel ve disiplinsel konulara ilişkin olarak hem tahkim yolunun zorunlu tutulup hem de bireysel başvuru yolunun kapatılması ile spor yöneticilerinin ve sporcuların mahkemeye erişim hakkı ölçüsüzce sınırlanmıştır. Çünkü zorunlu Tahkim Kurulu kararlarına karşı başvuruculuların hak ihlali iddiasında bulunabilecekleri herhangi bir iç hukuk yolu mevcut değildir.

Hak arama özgürlüğüne getirilen her sınırlama diğer temel hak ve özgürlüklerin de işlevsiz kalmasına sebebiyet verebilir. Dolayısıyla da bireysel başvuru kararlarında hak eksenli yorum yapılarak temel hak ve özgürlüklerin korunmasına öncelik tanıyan ve özgürlük lehine olan yorum benimsenmelidir. Yönetsel ve disiplinsel konularda spor paydaşlarının bireysel başvuru yoluna gidebilmesi konusunda anayasacılığın özüne uygun bir değerlendirme yapılmak isteniyorsa anayasanın bütünlüğü ilkesinin yorumlamada öncelikle benimsenmesi gerekir. Bu gereklilik aynı zamanda anayasanın normatif gücünü sağlamak için de önemlidir.

Spor alanındaki uyuşmazlıkların ivedi çözülme ihtiyacı temel hakların korunması amacının önüne geçmemelidir. Telafisi güç zararların doğma ihtimaline binaen ivedi çözümlenmesi savunulan uyuşmazlıklar zorunlu tahkim yargılamasında verilen bir karar sonucunda da temel hakların telafisi imkânsız şekilde ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir. Bu bağlamda spor uyuşmazlıklarını hızlıca çözüme kavuşturayım derken temel hakları koruma sistemine ket vurulmamalı bir başka ifadeyle kaş yapayım derken göz çıkarılmamalıdır.

Kaynakça

Akad, Mehmet/*Vural Dinçkol*, Bihterin/Bulut, Nihat; Genel Kamu Hukuku, 17. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021.

Akbulut, Lütfullah Yasin; "1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim", 2 Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2)2, 2020, ss. 97-144.

Akyel, Recai; "Bireysel Başvuru Yolu, Misyonu, Vizyonu, Uygulanması", Adalet Dergisi, S. 68, 2022/I, ss. 53-92.

Akyılmaz, Bahtiyar; "Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1-2, Y. 1998, ss. 1-12.

Arslan, Hilmi; "Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Tahkim Kurulu Kararlarının Kesin Olduğu Yönündeki Anayasa Hükmüne Karşı Bir Eleştiri", İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, s. 5, 2014, ss. 356-363.

Arslanel, M. Nazan/Eryücel, Ertuğrul; Küreselleşme Sürecinde Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 17 (1), 2013, ss. 23-36.

Ayanoğlu, Taner; "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 74, 2008, ss. 43-76.

Barın, Taylan; Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Baykan Metin/Yeniay, Lokman; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Bağlamında Spor Tahkim Kurullarının Kararları, İzmir Barosu Dergisi, C. 84, S.3, 2019, ss. 137-166.

Besson, Sebastien; "Arbitration and Human Rights" , ASA Bulletin , No. 3, 2006, ss. 395-416.

Çeyiz, Senem/Özbek, Oğuz; "Küreselleşme ve Spor Etkileşimi", International Journal of Science Culture and Sport, 2014, ss. 487-495.

Çınar, İbrahim; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü", Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (ed. Musa Sağlam), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013, ss. 165-224.

Ekşi, Nuray; Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Eren, Abdurrahman; "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", Anayasa Yargısı 33, 2016, ss. 231-301.

Ergül, Ozan; "Sporda Zorunlu Tahkim-Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 31, S.1 2015, ss. 67-78.

Ertaş, Şeref/Petek, Hasan; Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

Esen, Bülent Nuri; Anayasa'nın Anayasa Mahkemesi'nce Yorumlanışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 301, Ankara, 1972.

Gemalmaz, H. Burak; "Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: The Contribution of the European Court of Human Rights", The International Sports Law Journal, 19, 2019, 38, 49.(Turkish Football Arbitration).

Gemalmaz, H Burak; "Spor Hukukunun İnsan Hakları Boyutu", Sporda Hak İhlalleri ve Denetim, Çalıştay Raporu, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, 2018, ss 130-152. (İnsan Hakları Boyutu).

Gölcüklü, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde "Adil Yargılama" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.49, 1994, ss. 199-234.

Gören, Zafer; "Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, Y.7, 2008, ss. 1-24.

Gören, Zafer; Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Göztepe, Ece; "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.95, 2011, ss. 13-40.

Günal, A. Nadi/Küçükgüngör, Erkan; Türk Spor Hukukunun Genel Esasları ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1998.

Gündoğdu, Fatih; TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019, ss. 141-170.

Işıklar, Celal; Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Sonrası Yasama Kısıntıları, C.9, S.17, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, ss.71-132.

İnceoğlu, Sibel; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Kanadoğlu, Korkut; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

Karakaş, Işıl; "Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 33, 2016, ss. 13-17.

Keskinsoy, Ömer/Kaya, Semih Batur; "Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), 2021, ss. 65-103.

Koçak, Talat Emre; Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Küçük, Adnan; "Egemenlik (Hakimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm", Uyuşmalık Mahkemesi Dergisi, C. 1, S. 6, 2015, ss. 311-361.

Küçükgüngör, Erkan; "Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 22, S. 4, 2004, ss. 47-76.

Lukomski, Jan; "Arbitration clauses in sport governing bodies' statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights", Int Sports Law J (13), 2013, ss. 60–70.

Memiş, Emin, Anayasaya Uygun Yorum, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.

Özkul, Fatih; "Ulusal İrade ve Hukuk Devleti", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 94, 2011, ss. 33-68.

Özman, M Aydoğan; "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1-4, 1964, ss. 53-121.

Öztürk, Feyza; "Küreselleşme-Yeni Dünya Düzeni", **Uluslararası Ekonomik Sorunlar, S. 3, Mayıs-2001,** https://www.mfa.gov.tr/kuresellesme-yeni-dunya-duzeni.tr.mfa**, E.T. 10.06.2023.**

Sağlam, Fazıl; Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2013.

Sağlam, Fazıl; "Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", Demokratik Anayasa, (eds. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi), Metis Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 418-466. (Anayasa Şikayeti).

Silva, Artur Flamínio da/Mirante, Daniela; "Mandatory arbitration as a possible future for sports arbitration: the Portuguese example", The International Sports Law Journal, (20), 2020, ss. 180–190.

Şahin, S./Kızılet, A/Bastık, C.; "Küreselleşme Sürecinde Güreşteki Değişimin Dinamikleri", Ataturk Journal of Physical Educatıan and Sport Sciences, 13(2), 2011, ss. 16-29.

Şirin, Tolga; Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Şirin, Tolga; Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Tanrıver, Süha; "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, ss. 151-177.

Türkkan, Adnan; "Türkiye Futbol Federasyonu Hukuk Kurulları (Disiplin, Uyuşmazlık ve Tahkim Kurulları)", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu, Av. İsmail İnan Armağanı (ed. Tacar Çağlar), Ankara, 2013, ss. 753-825.

Uygun, Oktay; Devlet Teorisi, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Uz, Abdullah; "Sporla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümünde Zorunlu Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları ve Kararlarının Hukuki Niteliği Üzerine", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.13, Isparta, 2011, ss.

Ülgen, Özen; İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Yılmazoğlu, Yunus Emre/Perdecioğlu; İsmail Emrah; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021.

İnternet Kaynakları

"FIFA's 209 Member Associations", http://www.fifa.com/mm/document/fifafacts/organisation/52/00/10/fs-120_01a_mas.pdf, E.T. 20.06.2023.

"Member States of United Nations", https://www.un.org/en/about-us/member-states, E.T. 15.06.2023.

United Nations Secretariat, "Assessment of Member States' advances to the Working Capital Fund for 2022 and contributions to the United Nations regular budget for 2022", https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/223/38/PDF/N2222338.pdf?OpenElement, E. T. 22.06.2023.

FIFA 2019-2022 Revised Budget-2021 Budget", https://digitalhub.fifa.com/m/582baac31867f75c/original/f8brxvwdbs8npinqagg8-pdf.pdf, E. T. 24.06.2023.

https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf, E. T. 20.06.2023.

https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html#part1, E. T. 20.06. 2023.

https://www.presidency.ro/en/the-constitution-of-romania, 20.06.2023.

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA ETKİN PİŞMANLIK DÜZENLEMESİ VE UYARLAMA YARGILAMASI UYGULAMADAKİ SORUNLARLA

Hâkim, Dilek Bostan*

ÖZET

15 Nisan 2022 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7294 sayılı kanunun 4. ve 6. maddeleriyle değişik 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359.maddesi ve geçici 34.maddeleri, vergi kaçakçılığı suçlarından yargılanan sanıklar ve bu suçlardan hüküm giyenler lehine birtakım etkin pişmanlık düzenlemeleri getirmiştir. Vergi kaçakçılığı suçundan hüküm giymiş kişilerin etkin pişmanlık düzenlemelerinden yararlanmaları için ilk derece mahkemelerince uyarlama yargılaması yoluna gidilmesi gerekmektedir. Hükmün kesinleşmesinden sonra yapılan mevzuat değişikliklerinin hükümlünün lehine sonuç doğurup doğurmayacağının değerlendirilmesi lüzumuyla icra edilen tali bir yargılama faaliyeti olarak ifade edebileceğimiz uyarlama yargılaması, vergi kaçakçılığı suçlarının konu olduğu ve esasen neticelenen ceza davalarında; tabi olduğu kanun yolu, yargılama süreci, mahkemece yerine getirilecek usulü işlemler, uyarlama yargılamasının vergi suçlarında ihtisas olmayan mahkemelerce yerine getirilmesi, hükümlünün ödeme yapmak için kanunla kendisine verilen süreyi kullanabilmesinin mahkemece temin edilmesi, devletin vergi kaçakçılığı suçu sebebiyle uğradığı zarar tutarlarının vergi dairelerce hatalı hesaplanabilmesi, uyarlama yargılaması ile verilecek hükmün niteliği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 7.protokolün 2. maddesi karşısında istinafa başvuru hakkının ihlal edilebilmesi, itiraz merciinin denetim yetkisinin kapsamı, itiraz merciinin icra edeceği kanun yolu denetimi konusunda uygulamada yeknesaklığın bulunmaması, yasa metninin ilk halinde yer alan hükümlünün ceza tehdidi altında vergi mahkemesindeki davadan feragat etmiş olması şartı, bu şartın adil yargılanma hakkıyla hak arama hürriyeti karşısında tartışmalı hale gelen meşruiyeti, uyarlama yargılaması sebebiyle verilen infaz durdurma kararlarının ceza kanunların güttüğü amaçlara olumsuz etkisi gibi birçok açıdan sakınca barındırır. Çalışmada etkin pişmanlık düzenlemesi ile uyarlama yargılamasının özelliklerine değinildikten sonra yukarıda belirtilen sakıncalar Anayasa Mahkemesinin 23/03/2023 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 28/09/2022 tarih 2022/59 esas 2022/111 karar sayılı kararında değinilen hususlara yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Kaçakçılığı, Etkin Pişmanlık, Uyarlama Yargılaması, Kanun Yolu, AİHS.

EFFECTIVE REGRET REGULATION AND ADAPTATION JURISDICTION IN TAX EVIDENCE CRIMES - IMPLEMENTATION PROBLEMS-

ABSTRACT

Article 359 and temporary Article 34 of the Tax Procedure Law No. 213, amended by Articles 4 and 6 of the Law No. 7294, which came into force after being published in the Official Gazette dated April 15, 2022, introduced some effective repentance regulations in favor of the accused and those convicted of tax evasion crimes. In order for people convicted of tax evasion to benefit from effective

* Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Samsun Hâkimi, dbdilekbostan@gmail.com, ORCİD NO: 0000-0002-6876-5494.

repentance regulations, it is necessary to resort to adaptation proceedings by the courts of first instance. Adaptation proceedings, which can be expressed as a secondary judicial activity carried out in order to evaluate whether the legislative changes made after the finalization of the provision will have results in favor of the convict, are the subject of tax evasion crimes and in criminal cases that are essentially concluded; the legal remedy to which it is subject, the judicial process, the procedural actions to be carried out by the court, the execution of the adaptation proceedings from time to time by non-specialized courts in tax crimes, the provision by the court that the convict can use the time given to him by law to make payments, can be calculated, the nature of the judgment to be rendered with the adaptation judgment, the violation of the right to appeal against Article 7 of Protocol Annex 7 to the European Convention on Human Rights, the scope of the supervisory authority of the objection authority, the absence of uniformity in practice regarding the legal remedy to be carried out by the objection authority, The condition that the convicted convict should have waived the lawsuit in the tax court under the threat of punishment, the legitimacy of this condition, which has become controversial in the face of the right to a fair trial and the freedom to seek justice, has many drawbacks, such as the negative impact of the decisions to stop the execution due to the adaptation proceedings on the purposes pursued by the criminal laws. In the study, after mentioning the features of effective repentance regulation and adaptation proceedings, the above-mentioned drawbacks will be discussed by considering the issues mentioned in the decision of the Constitutional Court dated 28/09/2022 and numbered 2022/111, dated 28/09/2023, published in the Official Gazette dated 23/03/2023.

Keywords: Tax, Regret, Adaptation, Penalty, Right

GİRİŞ

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359. Maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı suçu, vergi mükellefinin borçlanmış olduğu vergi yükünden kısmen veya tamamen kurtulmak için vergi yasalarını ihlal eden eylemler ika etmesiyle oluşur[1]. Genellikle devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik bir suçtur. Bu hallerde ihlal edilen menfaat hazine yararıdır. Vergi suçlarının düzenleme altına alınmasındaki amaç, vergi mevzuatının gereklerinin yerine getirilmesini sağlamaktır. Böylelikle vergi kaybı da önlenebilecektir[2]. Vergi suçunun ekonomik suç olduğu yönündeki kabulün dışında bir de mali suçlar kapsamında olduğuna dair görüş vardır[3]. Buna göre ekonomik suç, işlenme saiki ekonomik olan suçtur. Ekonomik suç kavramı mali suça göre daha geniştir. Mali suçlar ekonomik suçların içerisinde değerlendirilir. Nitekim bazı kişilerin maddi zararına yol açan, diğerlerinin ise yarar sağlamasına imkân veren suçlar mali suçlardır. Vergi mahremiyetini ihlal ve mükellefin özel işlerini yapma suçları maddi yarar ve zarara sebebiyet vermediğinden mali suç kategorisine girmezler. Vergi kaçakçılığı suçu ise bir mali suçtur. Vergi kaçakçılığı suçunun açıklanan nev'i dikkate alınarak kanun koyucu tarafından devletin bu suç sebebiyle oluşan zararının giderilmesi koşuluyla failler lehine indirim hükümleri getirilmiştir. Bu çalışmada sanıklar ve hükümlüler lehine 15 Nisan 2022 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7294 sayılı kanunun 4. ve 6. maddeleriyle değişik 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359.maddesi

[1] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları*, s.382

[2] Mualla Öncel vd., *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 30.Baskı, Turhan, Ankara, Ekim 2021, s.209

[3] Ertürk Özer, "Vergi Suç ve Cezalarıyla Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İlişkisi - Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Örneği (Vergisini Ödemeyen Hapis Yatmalı Mı?)", *Vergi Sorunları Dergisi*, Şubat

ve geçici 34.maddeleriyle getirilen etkin pişmanlık düzenlemesi ve yapılan uyarlama yargılaması uygulamadaki sorunlarla ele alınacaktır.

I. VERGİ KAÇAKÇILIĞI

Vergi kaçakçılığı suçu, vergi mükellefinin borçlanmış olduğu vergi yükünden kısmen veya tamamen kurtulmak için vergi yasalarını ihlal eden eylemler ika etmesiyle oluşur[4]. Vergi kaçakçılığı suçu 7394 sayılı yasa ile değişik VUK'un 359'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Vergi kaçakçılığı suçu ile mevzuata aykırı eylemlerin önüne geçilmesi, cezalandırma yolu ile caydırıcılığın sağlanması, vergilendirme sürecindeki iş ve işlemlere, defter, belge ve diğer kayıtlara karşı duyulan kamu güvenin korunması, devletin gelirlerinin güvence altına alınması, mali yükümlülüklerini yerine getiren mükelleflerin, vergi gelirleri ile kamu hizmetlerinden faydalanan toplumun vergiden kaynaklı faydalarının devamının sağlanması şeklindeki hukuki menfaatlerin korunmasının amaçlandığı söylenebilir[5]. VUK'un 359'uncu maddesinde düzenleme altına alınan vergi kaçakçılığı suçu karşılığında faile hürriyetini kısıtlayıcı bir ceza verilebilmesi için, failin eylemi ile devleti vergi zıyaına uğratmış olması şart değildir[6].

VUK'un suçlar ve cezalara ilişkin üçüncü bölümünde kaçakçılık suçları ve cezalarını düzenleyen 359'uncu maddesi, 08/04/2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanun ile değişikliğe tabi tutulmuştur. Değişiklik 15/04/2022 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 7394 sayılı yasanın 4'üncü maddesiyle değişik VUK'un 359'uncu maddesi müeyyidesi 18 aydan 5 yıla kadar hapis cezası olan fiilleri, 3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası olan fiilleri ve 2 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası olan fiilleri saymıştır.[265] Suç teşkil eden fiiller öncelikle aşağıdaki gibi yaptırımlar temel alınarak sıralanmıştır.

18 aydan 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiiller:

- Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, belge ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak,

- Gerçek olmayan veya kayda esas işlemle ilgisiz olan kişi adına hesap açmak,

- -Defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahın azalmasına sebep olacak şekilde tamamen yahut kısmen başka defter belge veya kayıt ortamlarına kaydetmek,

- Defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek veya gizlemek,

- Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmaktır.

Üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası gerektiren fiiller:

[4] Murat Batı, *Muhasebe Hileleri ve Vergiden Kaçınma Türk Vergi Mevzuatındaki Yasallığı HileKaçınma-Peçeleme,* Güncel Mevzuata Göre Genişletilmiş Güncellenmiş 4.Baskı, Seçkin, Ankara, Şubat 2021, s.108.

[5] Onur Özcan, *Vergi Suçları*, Birinci Baskı, Seçkin, Ankara, Nisan 2015, s.99.

[6] Nihat Edizdoğan ve Özhan Çetinkaya, *Vergi ve Vergi Politikası Üzerine İncelemeler*, "Kaçakçılık Fiilleriyle Vergi Ziyaına Sebebiyet Verilmesi Halinde Aynı Normun Çelişkili Sonuçlarının Değerlendirilmesi", Doğan Şenyüz, Ekin Yayınevi, Bursa, Nisan 2021, s.50. [261] Özcan, *Vergi Suçları*, s.96.

- Vergi kanunları kapsamında tutulan veya tanzim edilen ve muhafaza ve ibraz mecburiyeti bulunan defter kayıt ve belgeleri yok etmek,

- Defter sahifelerinin yerine başka yaprak koymak veya hiç yaprak koymamak,

- Belgelerin asıl veya suretlerini tamamen yahut kısmen sahte şekilde düzenlemek veya bu türdeki belgeleri kullanmak,

- Hazine ve Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmemesine rağmen ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldırmak, donanım veya yazılımını değiştirme,

- Hazine ve Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek, gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engellemek,

-Cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştirmek veya silmek,

- Ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından, Hazine ve Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önlemek veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet vermek.

İki yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası gerektiren fiiller:

- Hazine ve Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bu belgeleri bilerek kullanmak.

Yukarıda yaptırımlar temel alınarak yapılan tasnif ve sıralamanın dışında suç teşkil eden fiiller temel alınarak bir izahat yapılmasının faydalı olacağı düşünülmüştür.

A. VERGİ KANUNLARINA GÖRE TUTULAN VEYA DÜZENLENEN VE SAKLAMA VE İBRAZ MECBURİYETİ OLAN DEFTER VE KAYITLARIN İÇERİK ANLAMINDA DOĞRULUĞUNA VE GERÇEK DURUMLA OLAN UYGUNLUĞUNA AYKIRI FİİLLER

Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defter ve kayıtlardan VUK'un muhafaza ve ibraz ödevleri başlıklı altıncı kısmında bahsedilmiştir. VUK'un 359/a sayılı maddesinin 1 ve 2 numaralı bentlerine göre vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar,

gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler ile defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

VUK'un 359/a-2 sayılı maddesinde defter, kayıt ve belgeleri gizleme ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin ne ifade ettiğiyle ilgili açıklık getirilmiştir. Maddeye göre varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi bunların gizlenmesi olarak kabul edilir. Yanıltıcı belge ise gerçek bir işlem veya duruma dayanmakla birlikte bu işlem veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir[7].

B. VERGİ KANUNLARINA GÖRE TUTULAN VEYA DÜZENLENEN VE SAKLAMA VE İBRAZ MECBURİYETİ OLAN DEFTER, KAYIT VE BELGELERİN YOK EDİLMESİ, DEFTER YAPRAKLARININ YOK EDİLMESİ GİBİ FİİLLER

VUK'un 359-b maddesinde bu kategoride yer alan fiiller, vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter kayıt ve belgeleri yok etmek, defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koymak, hiç yaprak koymamak, belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek, bu belgeleri kullanmak şeklinde sıralanmıştır. Anılan fiiller ile işlenen vergi kaçakçılığı suçunun yasadaki yaptırımı üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Fıkranın ikinci cümlesinde sahte belgenin gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge olduğu açıkça ifade edilmiştir.

C. HAZİNE VE MALİYE BAKANLIĞI İLE ANLAŞMA YAPMADAN BELGE BASIMI

VUK'un 359/c maddesine göre bu Kanun hükümlerine göre sadece Hazine ve Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmamasına karşın basanlar yahut bilerek kullananlar iki yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Kanunun a ve b bentlerinde düzenlenen kaçakçılık suçlarının konusu vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti olan defter, kayıt ve belgelerdir. Bu bentlerdeki seçimlik hareketler bunlar üzerinde ika edilir. Kanunun c bendinde düzenlenen kaçakçılık suçunun konusu ise a ve b bentlerinden farklı olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgelerdir[8].

VUK'un Muhafaza ve İbraz Ödevleri başlıklı altıncı kısmında yer alan Yetki başlıklı mükerrer 257'inci maddesine göre bu Kanuna göre tutulmakta olan defter belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva etmesi zorunlu bilgileri belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya; bedeli karşılığında basıp dağıtmaya veya üçüncü kişilere bastırıp dağıtmaya veya dağıttırmaya Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre anılan yetki ve işlemlere ilişkin şartlar Hazine ve Maliye Bakanlığınca hazırlanan Yönetmelikle belirlenir. Düzenleme uyarınca Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım Ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik 02.02.1985 tarihli Resmi Gazete yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. İşte VUK'un mükerrer 257'inci maddesi ile bahsedilen

[7] Batı, *Muhasebe Hileleri ve Vergiden Kaçınma Türk Vergi Mevzuatındaki Yasallığı Hile-KaçınmaPeçeleme*, s.45.

[8] Arslan, Çetin ve Yağmur Müge Erdoğan, *Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç*, ed. İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, Faruk Turhan, s.1070.

yönetmeliğe aykırı şekilde fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu gibi belgeleri Hazine ve Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığı halde basanlar ya da bu belgeleri bilerek kullananlar VUK'un 359/c maddesindeki suçun faili olacaktır[9]. Bilme unsurunun suç işleme kastı ile onun da şüpheli failin iç dünyası ile alakalı olduğu, bunun tespitinin yargı mercilerince dosya kapsamındaki tüm belge ve beyanların birlikte değerlendirilmesi ile ortaya konulabileceği bilinmelidir. Bilinçli bir yanılgıya düşüldüğü kanaati yargıcı kasıt varlığı konusunda bir sonuca ulaştırabilir[10].

VUK'un 359/b-c sayılı maddesindeki kaçakçılık suçlarının, TCK'daki resmî belgede sahtecilik özel norm niteliğinde olduğu söylenebilir. Resmî belgede sahtecilik düzenlemesi genel norm niteliğinde kaldığından fail yalnız VUK'a muhalefet etmekten ilgili sevk madde uyarınca cezalandırılabilecektir[11].

II. ETKİN PİŞMANLIK DÜZENLEMESİ

Etkin pişmanlık TCK'da çeşitli suçlar bakımından düzenlenme altına alınmıştır. Malvarlığına karşı işlenen bir kısım suçlar, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bunlar arasındadır. VUK'da ise konumuz bakımından 359.maddede ve ek 34.maddede düzenlemeler yer aldığı söylenmelidir. Genel manada ifade edecek olursak etkin pişmanlık failin suç işledikten sonra bizzat pişmanlık göstermesi, bu sebeple zarar gideriminde bulunmasıdır ve bir ceza hukuku müessesesidir.

VUK'un 359.maddesine 8/4/2022 tarihli 7394/4 maddesi ile eklenen fıkraya göre mezkûr maddede yazılı fiillerle verginin zıyaa uğratıldığının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilir. Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilir. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır. Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 43' üncü maddesi uygulanır.

İnfaz aşamasında yapılan uyarlama yargılaması bakımından bizi ilgilendiren geçici 34.maddeye göre; haklarında hüküm verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanlar, 359 uncu maddede yazılı fiillerle verginin zıyaa uğratıldığının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammını, bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Hazineye ödedikleri takdirde 359 uncu maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla soruşturma evresi için yapılan etkin pişmanlık düzenlemesinden faydalanabilir. Bu fıkrada belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır. Ancak Anayasa Mahkemesinin 28/9/2022 tarihli ve E: 2022/59, K: 2022/111 sayılı Kararı ile bu cümle; birinci fıkranın birinci cümlesinde yer alan "…infaz…" ibaresi

[9] Somuncu, Ahmet, *Türk Vergi Sisteminde Belge Düzeni Uygulama – Sorunlar – Yargı Kararları,* Seçkin, Birinci Baskı, Ankara, Ekim 2014, s.292.

[10] Batı, *Muhasebe Hileleri ve Vergiden Kaçınma Türk Vergi Mevzuatındaki Yasallığı Hile-KaçınmaPeçeleme*, s.40.

[11] Veli Özer Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku*, İkinci Kitap, Özel Hükümler 5237 sayılı TCK'da Yer Alan Ekonomik Suçlar, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara, Şubat 2021, s.549. [271] Öncel vd., *Vergi Hukuku*, s.229.

yönünden ve ikinci fıkrada yer alan "…kovuşturma…" ibaresi yönünden iptal edilmiştir. Birinci fıkra hükümleri bu maddeyi ihdas eden Kanunun yayımı tarihinde soruşturma ve kovuşturma evresinde bulunan dosyalar hakkında da uygulanır. Bu takdirde, ödemenin hüküm verilinceye kadar yapılması şarttır. Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yayımı tarihinde 359 uncu madde kapsamına giren suçlardan dolayı temyiz veya istinaf kanun yolu incelemesinde bulunan dosyalardan, 359 uncu maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemeler nedeniyle lehe değerlendirme yapılması gereken dosyalar hakkında bozma kararı verilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan dosyalar gelişlerindeki usule uygun olarak ilk derece mahkemelerine gönderilir. 359 uncu maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemelerde yer alan zincirleme suça ilişkin koşulların belirlenmesi, duruşma açılmak suretiyle yapılır.

Yasa metninin ilk halinde hükümlünün etkin pişmanlıktan yararlanması için ceza tehdidi altında vergi mahkemesindeki davadan feragat etmiş olması şartı var idi. Bu şartın adil yargılanma hakkıyla hak arama hürriyeti karşısında meşruiyeti tartışmalı halde iken, Anayasa mahkemesi isabetli bir kanaat ile iptal kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesinin 23/03/2023 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 28/09/2022 tarih 2022/59 esas 2022/111 karar sayılı kararının gerekçesi özetle şu şekildedir:

"Anayasa'nın 40. maddesinde Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı (etkili başvuru hakkı) güvence altına alınmıştır. Etkili başvuru hakkı anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya (yeterli giderim sağlamaya) elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânı sağlanması olarak tanımlanabilir (AYM, E.2018/91, K.2020/10, 19/02/2020, § 43; AYM, E.2018/74, K.2019/92, 24/12/2019, §§ 30, 31; *Y.T.* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019, § 47; *Murat Haliç*, B. No: 2017/24356, 8/7/2020, § 44).

51. Yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirildiğinde dava konusu kuralı da içeren geçici 34. madde ve etkin pişmanlıkla ilgili esas düzenlemeyi yapan 359. maddede muhatabın katlanmak durumunda kaldığı aşırı külfeti azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik idari ve/veya yargısal başvuru yolu biçiminde bir telafi mekanizmasının öngörülmediği anlaşılmaktadır.

52. Öte yandan dava konusu kuralın içinde yer aldığı geçici 34. madde ödemelerin kaynağını vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin fiillere bağladığından bu suça ilişkin yargılamada ceza mahkemesinin *yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması* gerekçesiyle verdiği beraat kararının kamu makamları tarafından şüphesiz dikkate alınması gerekmektedir. Aksi durum Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesi ile çelişecektir. Zira bir suçun işlenmediğinin kesinleşmiş ceza mahkemesi kararıyla sabit bulunmasına rağmen bu tespitin kamu makamlarınca vergi ile ilgili meselelerde dikkate alınmayıp geçici 34. maddede ödemenin kaynağı olarak belirtilen "*359 uncu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığı"*nın sabit görülmesi Anayasa'nın 38. maddesinin "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" hükmüyle bağdaşmaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında "*Disiplin suçuna ve ceza yargılamasına konu eylemlerin aynı olduğu hâllerde disiplin soruşturmasıyla ilgili uyuşmazlıklara bakan idari mahkemelerin fiilin sübutuyla ilgili olarak ceza mahkemesinin ulaştığı kanaate saygı göstermesi, bunu sorgulayacak ifadeler kullanmaması beklenir. Aksi takdirde kişinin ceza mahkemesinde beraat etmiş olmasının bir anlamı kalmaz. Bu bakımdan idari mahkemeler dâhil devletin diğer otoritelerinin beraat kararından şüphe duyulmasına yol açacak biçimde hareket etmekten kaçınmaları gerekir.*"

değerlendirmesiyle bu hususa işaret edilmiştir (*Barış Baş* [GK], B. No: 2016/14253, 2/7/2020, § 62; *Hüseyin Sezer* [GK], B. No: 2016/13566, 2/7/2020, § 55).

53. Açıklanan nedenlerle kural, *kovuşturma* ve *infaz* ibareleri yönünden Anayasa'nın 13., 35. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

III. UYARLAMA YARGILAMASI

5252 sayılı yasanın lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul başlıklı 9. maddesi: "1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanunu'nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir. Birinci fıkra hükmü, 1 Haziran 2005 tarihinden önce verilip de Yargıtay tarafından lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle bozularak mahkemesine gönderilen hükümler hakkında da uygulanır. Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir. Kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama bakımından dava zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanmaz." şeklindedir. Uyarlama yargılamasının yasal temelini bu madde oluşturur.

Uyarlama yargılaması, ceza yargılamasının bütünüyle sonuçlanıp verilen hükmün kesinleşmesinden sonra fakat infazın tamamlanmasından önce yürürlüğe giren bir ceza kanununun kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüne, dolayısıyla infaza etkisi bulunup bulunmadığının saptanmasının amaçlandığı bir yargılama olarak tanımlanabilir. İkincil bir yargılama faaliyetidir. Önceki kararın çerçevesi içinde icra edilir.[12]

IV. UYARLAMA YARGILAMASINDA KANUN YOLU

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun itiraz başlıklı 267.maddesinde yer alan "Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir." düzenlemesindeki kanunun gösterdiği hallerden biri olarak, 5275 sayılı infaz yasasının, infaz sırasında verilecek kararların mercii ve usulü başlıklı 101.maddesinin üçüncü fıkrası gereği uyarlama yargılaması ile verilen kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir.

V. YARGILAMA SÜRECİ

Uyarlama yargılaması duruşmalı yapılabileceği gibi, dosya üzerinden yapılacak inceleme sonrası verilecek karar ile de icra edilebilir. Vergi kaçakçılığı suçlarında etkin pişmanlık düzenlemesinin hükümlü lehine uygulanıp uygulanmayacağının tespiti için mahkemece kurulacak ara karar ile vergi dairesinden hükümlü tarafından, devletin vergisel zararı yönünden ödeme yapılıp yapılmadığı sorulmalıdır. Bizce vergi suçları bakımından gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının vergi dairesinden sorularak öğrenilmesi, etkin pişmanlıktan yararlanması için hükümlüye ihtar çıkartılması gerekmektedir. Peki, ödenecek miktarın mahkemece hükümlüye tam olarak bildirmesi gerekli midir? Uygulamada bu konuda Adalet Bakanlığından görüş talep edilmiştir. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 18.05.2023 tarihli görüşünde ödeme miktarının hükümlüye açıkça bildirilmesinin şart olmadığı bildirmiş, bu tavsiye yazısı dağıtımlı müzekkere ile adliyelere iletilmiştir.

[12] Anayasa Mahkemesi kararı (*İnan Çoban*, B. No: 2014/15208, 19/12/2017, § …)

Vergi kaçakçılığı suçları çerçevesinde bakarsak devletin suçtan doğan zararının tespiti ve etkin pişmanlık uygulaması açısından uygulamada yeknesaklığı bozan yargı kararları söz konusudur. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 33.Ceza Dairesi'nin 2022/3498K sayılı kararında defter ve belgeleri ibraz etmeme suçunda böyle bir zarar oluşmayacağından bahsedilmiştir.[13] Ancak Adana Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza Dairesi'nin 2022/902K sayılı kararı, 7394 sayılı yasa hükümleri ile etkin pişmanlık ve zincirleme suç hükümlerinde sanık lehine değişiklikler yapıldığı ve yasa değişikliği nedeniyle lehe değerlendirme yapılması için bozma kararı verilmesi gerektiği yönündedir.

Defter ve belgeleri ibraz etmeme halinde 213 sayılı VUK'un 30.maddesi gereği verginin resen tarh edilmesi sonucu doğar. Ayrıca vergi kabahatini oluşturan bu fiil nedeniyle VUK 'un 344.maddesi gereği vergi zıyaı cezası, mükerrer 355.madde gereği özel usulsüzlük cezası kesilir. Bu sebeple 7394 sayılı yasa uyarınca hükümlünün ödeme yapması halinde uyarlama yargılaması icra edilerek cezasından indirim yapılmalıdır. Bu konuda 7440 sayılı yasa ile ödeme konusunda yapılandırma ve taksitlendirme imkânı da getirildiğini söylemek gerekir.

VI. HÂKİMLER VE SAVCILAR KURULUNCA VERİLEN İHTİSAS KARARI

Vergi suçlarına ilişkin yargılamalar HSK'nın 25.11.2021 tarih 1227 karar sayılı ihtisas kararından önce tüm asliye ceza mahkemelerince görülebiliyorken, artık illerde HSK tarafından belirlenen ihtisas asliye ceza mahkemelerince[14] görülmektedir. Ancak yeni açılan davalarda ihtisas mahkemeleri görevli iken, uyarlama yargılamalarında dosyanın esasa kayıtlı olduğu mahkemelerin görevi devam etmektedir. Bu da aynı yargı çevresi içerisindeki mahkemelerin, uyarlama yargılamalarında içtihatlardan da kaynaklı olarak yeknesaklığın dışında uygulamalar izlemelerine yol açabilecektir.

---

[13] *(Yargıtay 11. Ceza Dairesi kararlarına göre sırf defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle somut maddi zarar oluşmadığı, kesilse dahi usulsüzlük, özel usulsüzlük, cezalarının idari yaptırım niteliğinde cezalar olduğu gibi defter ve belgelerin ibraz zorunluluğundan kaynaklı Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen bir cezanın bulunmadığı, ayrıca 7394 SK 4. maddesi ile eklenen " Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilir" hükmünün TCK nun 7/2 fıkrası uyarınca sanık lehine olduğu)*

[14] Bu itibarla; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'ndan kaynaklanan ve asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren dava ve işlere; a) İki veya dört asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 2 numaralı, b) Üç asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 3 numaralı, c) Beş veya daha fazla (ondan az) asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 5 numaralı, d) On veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 10 numaralı, e) Yirmi veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 10 ve 11 numaralı, f) Otuz veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 10, 11 ve 12 numaralı, g) Kırk veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 10, 11, 12 ve 13 numaralı, h) Elli beş veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 ve 17 numaralı, i) İş yoğunluğu gözetilerek; Büyükçekmece 10, 11 ve 12, Küçükçekmece 10, 12, 13 ve 14 numaralı asliye ceza mahkemelerinin bakmasına, (Örneğin asliye ceza mahkemelerine bu kapsamda gelecek dava ve işlere; a) Çankırı'da iki asliye ceza mahkemesi bulunması nedeniyle 2 numaralı, b) Erzincan'da üç asliye ceza mahkemesi bulunması nedeniyle 3 numaralı, c) Kırıkkale'de sekiz asliye ceza mahkemesi bulunması nedeniyle 5 numaralı, d) Malatya'da on üç asliye ceza mahkemesi bulunması nedeniyle 10 numaralı, e) Mersin'de yirmi bir asliye ceza mahkemesi bulunması nedeniyle 10 ve 11 numaralı, f) Gaziantep'te otuz iki asliye ceza mahkemesi bulunması nedeniyle 10, 11 ve 12 numaralı, g) İzmir'de elli iki asliye ceza mahkemesi bulunması nedeniyle 10, 11, 12 ve 13 numaralı, h) İstanbul'da altmış asliye ceza mahkemesi bulunması nedeniyle 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 ve 17 numaralı asliye ceza mahkemelerinin bakmasına) Bu kapsamda görülmekte olan dava ve işlerin iş bölümüne dayanılarak mezkûr mahkemelere gönderilmemesine, 15.12.2021 tarihinden itibaren gelecek yeni dava ve işlerin ise anılan ihtisas mahkemelerine tevzi edilmesine ve mahkeme puanına göre genel tevziden de iş verilmeye devam edilmesine, 25.11.2021 tarihinde karar verildi

VII. ÖDEME SÜRESİ

VUK'un geçici 34.maddesinin birinci fıkrasına göre haklarında hüküm verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanlar, mezkûr yasanın 359.maddesinde yazılı fiillerle verginin zıyaa uğratıldığının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammını, bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Hazineye ödedikleri takdirde cezada indirimden yararlanabilecektir. Peki, mahkemelerin infaz durdurma kararları vermesi, uyarlama yargılaması icra etmesi, bu tali yargılama faaliyeti çerçevesinde tensip ve ara kararları oluşturması, hükümlü tarafından ödenmesi gereken bedelin belirlenmesi, ihtaratın çıkartılması konusunda iş ve işlemlerini gecikmeli olarak yerine getirmesi halinde durum, hükümlü aleyhine sonuçlanabilir mi? Anılan sebeplerle uygulamada ödeme süresinin hükümlülerce tam olarak kullanılamadığı durumlara rastlanılabilir. Bu bakımdan uygulamadaki iş yoğunluğu ve sair sebeplerle yaşanabilecek aksaklıklar da gözetilerek, madde metninde haklarında hüküm verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanların ödeme tutarını mezkûr kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Hazineye ödemeleri konusunda bizce kendilerine madde lafzıyla doğrudan yükümlülük getirilmiştir.

VIII. VERİLECEK KARAR VE TABİ OLDUĞU İTİRAZ YASA YOLUNUN ÖZELLİKLERİ

Mahkemece dosyası infaz aşamasında olan hükümlü hakkındaki infazın ek karar ile durdurulması sonra icra edilen uyarlama yargılamasında, çıkartılan ihtarata rağmen ödeme yapmayan hükümlü bakımından infazın aynen devamına karar verilecektir. Yasa maddesindeki zarar tutarını gideren hükümlünün cezasında ise ½ oranında indirim uygulanacaktır.

Bu noktada infazın durdurulması sebebiyle uygulamada tekerrür ve hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı dosyalara yapılan ihbarlar açısından olumsuz neticeler doğmaktadır. Sözgelimi vergi kaçakçılığı suçundan hüküm giyen, bu hükmün kesinleşmesinden sonra yeni bir kasıtlı suç işleyen, vergi kaçakçılığından aldığı hüküm sebebiyle mükerrir olan sanığın cezası anılan infaz durdurma kararı sebebiyle mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilemeyecektir. Vergi suçunu işleyen kişi şartları varsa TCK'nın 58'inci maddesi uyarınca mükerrir kabul edilebilecektir. TCK'nın 5'inci maddesinde bahsedilen özel kanunlarla ilişki bu noktada uygulama yeri bulur. VUK kapsamında kaçakçılık suçunu işleyen kişi mükerrir ise hakkında TCK'nın genel hükümleri uyarınca tekerrür hükümleri uygulanabilecektir. Genel, süreli, mecbur, milli ve mefruz tekerrür sistemine ilişkin kurallar geçerliliğini vergi suçları bakımından da korur. Bu noktada vergi davalarının karşıt incelemeler, kronik hale gelen bilirkişi sorunları, yasa değişiklikleri, bekletici meseleler, yukarıda anlatılan infaz durdurma kararları sebebiyle zamanaşımına uğraması tekerrür uygulama imkânını eldeki dosya ve sonradan açılan kamu davaları bakımından ortadan kaldırmaktadır. Devletin mali avantaj elde etmek için sanıklara zarar giderimi şansı vermesi hem devlet hem sanık lehine sonuçlar doğması ihtimalini taşısa da bir taraftan yargılamayı uzatmakta, sürecin etkili ceza ve infaz yönünü sekteye uğratmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesinde düzenleme altına alınmıştır. CMK'nın 223/1'inci maddesinde sayılan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi hüküm niteliğinde iken hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hüküm değil karar niteliğinde olduğu söylenmelidir. Bu kararla sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmü henüz açıklanmamıştır. Sanığın kendisi hakkında verilen belirlenen süresi içerisinde kasıtlı suç işlememesi ve yükümlülüklerine uygun davranması koşuluyla talebi üzerine davanın düşmesine karar verilecektir. Aksi halde denetimin ihlali sebebiyle yapılacak

ihbar sonrasında sanık hakkındaki ceza dava dosyası alınacak yeni esas sıra numarasına kayıtla yargılamaya devam edilecektir. Ancak vergi kaçakçılığı suçundan giydiği hüküm sebebiyle evvelce verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ihbar yapılan sanığın açıklanan hükmünde, anılan infaz durdurma kararı sebebiyle mahkemece yeni bir infaz durdurma yahut bekletici mesele yapma kararı verilecektir.

Açıklanan durumlarda yargılamanın veya infazın sekteye uğradığı görülmektedir. Bunun dışında uyarlama yargılaması sonrasında verilen karar bir mahkûmiyet değil hükmün açıklanmasının geri bırakılması, adli para cezası, öncekinden farklı süreli bir hapis cezası olabilecek; aynı zamanda kararın kesinleşme tarihi de değişecektir. Kesinleşme tarihinin ve karar türünün değişmesinden ötürü TCK'nın 58 ve CMK'nın 231. maddeleri bakımından izah edilen sıkıntılara yol açacaktır.

Bir başka sorun verilen karar hükmün açıklanmasının geri bırakılması değil bir mahkûmiyet hükmü de olsa tabi olduğu yasa yolu, itiraz yasa yolu olacaktır. Bu ihtimalde bizce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 7.protokolün 2. maddesi karşısında istinafa başvuru hakkının ihlal edilebilmesi sorunu doğmaktadır. Hükümlü mahkemeden yeni bir mahkûmiyet almakta ancak istinaf yasa yoluna başvuramamaktadır. Bu ceza kesinleştiğinde üstelik tekerrüre de esas alınabilmektedir. Neticeten uyarlama yargılaması ile verilen mahkûmiyet hükmüne karşı, hükümlünün istinafa başvuru hakkının bulunmaması taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ek 7 numaralı protokolü ve genel hukuk kaidelerine aykırıdır. Yasa yolu kapalı bir cezanın bir de tekerrüre esas kabul edilmesi açıkçası hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabilecektir.

İtiraz merci olan ağır ceza mahkemelerinin denetim yetkisinin kapsamı ile itiraz merciinin icra edeceği kanun yolu denetimi konusunda uygulamada yeknesaklığın bulunmaması başka sorunlara yol açmaktadır. CMK'nın 267'inci maddesi İle 5275 sayılı yasanın 101/3 maddesi uyarınca uyarlama yargılamasında verilen kararlara karşı ağır ceza mahkemeleri nezdinde itiraz yolu açıktır. Gerek iç hukukumuz gerekse taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerle benimsenen adil yargılanma ilkesi çerçevesindeki haklardan biri olan yasa yoluna başvuru hakkını ihlal eden bu düzenleme, sanık hakkında istinaf ya da temyiz yasa yoluna götürülmeden kesinleşen bir hükmün tekerrüre esas kabul alınabilir olması yönünden de olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. İtiraz merci olan ağır ceza mahkemelerinin bazılarının, uygulamada yeknesaklığın ve eşitliğin dışında esastan denetimi yerinde bulmadığı bilinmektedir. AİHS'e ek 7 nolu protokolün 2'nci maddesi kanun yolunu ilgililere garanti etmekteyken iç hukukta yasa yoluna başvuru noktasındaki sınırlayıcı türdeki bu düzenleme neticesinde, istinaf veya temyiz yoluna gidilemeyen bir hükmün ağır ceza mahkemelerince esastan incelenmemesi ve hatalı bir hüküm kurulmuş olması halinde sanık hakkında birçok açıdan hak ihlali iddiası gündeme gelecektir.

Bahsedildiği gibi uyarlama yargılaması neticesinde verilen karara karşı itiraz mercii Ağır Ceza Mahkemeleridir. Ağır Ceza Mahkemelerince değişik iş kararı denilen karar türü ile itirazlar karara bağlanmaktadır. Ancak itiraz mercilerinin uygulamalarında hatta yüksek yargının içtihatlarında dahi bu incelemenin esasa mı yoksa şekle mi ilişkin olduğu yönünde yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Bir kısım itiraz merciiler yalnız şekli denetim yaparken, diğer kısım itiraz merciiler dosyanın esasına, suçun sübutuna ve delillerin değerlendirilmesine ilişkin de denetim yapmaktadır. Bir hukuk devletinde bireylerin hukuki belirlilik hakkına sahip olduklarını kabul etmek gerekir. Bu kapsamda gerek itiraz gerekse temyiz merciinden çıkan kararların birbirine zıt olması bireyleri yargılama aşamasında kaygıya düşürecektir. Bu durumda adil yargılanma hakkı kanaatimce ihlal edilmektedir. Yargı kararlarının birbirleriyle çelişmesi hali AİHM tarafından da inceleme konusu

yapılmıştır. AİHM içtihatlardaki belirsizliğin hukuki belirlilik ilkesini dolayısıyla da adil yargılama hakkını ihlal ettiğini düşünmektedir.[15]

SONUÇ

Vergi kaçakçılığı suçundan hükümlü kişilerin lehine getirilen etkin pişmanlık düzenlemesi dâhil olmak üzere; sıklıkla yapılan yasa değişiklikleri, yüksek yargı içtihatlarının birbiriyle çelişmesi, bu içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmemesi, anayasa yargısınca verilen iptal kararları, kanunilik, belirlilik, hukuki güvenlik ilkelerine aykırı tarzda düzenlenen yasa hükümleri, ceza kanunlarımızın kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek şeklindeki amaçlarından bizi uzaklaştırmaktadır. TCK'nın ceza kanununun amacı başlıklı 1'inci maddesinin ikinci cümlesinde, ilk cümlede sayılan amaçların gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlendiği ifade edilmiştir.

Döngü halinde devam eden yasa değişikliği yapma tercihinden uzaklaşılarak, istikrarlı bir uygulama benimsenmesi, adalet teşkilatındaki iş yükünün artmasının ve adalet hizmetinin kalitesini düşmesinin önüne geçilmesi, suçlulara adaletli bir ceza tayin edilmesi, kararların infaz kabiliyetine kavuşturulması, yasaların oluşturulması sürecinin profesyonelleştirilmesi, farklı disiplinlerden yardım alınması toplumun ve devletin yararına olacaktır. Mevzuatta ve uygulamada sağlanacak yeknesaklık ceza kanunlarına ve bu kanunlarca oluşturulan müesseselere işlev kazandıracaktır. Devletin haksızlık içeren davranışları ve bu davranışların ceza kanunları karşısındaki müeyyidesini sıkça yasa değişikliğine tabi tutması, etkili bir ceza tayinine elverişli mevzuatı oluşturamaması, tayin edilecek cezaların infaz kabiliyetinin azaltılması toplumun adalet duygusunu sarsacaktır. Aynı zamanda suça meyilli kişilerin etkisiz yargılamalar sebebiyle suça daha çok yönelmelerine sebep olacaktır. Vergi suçları bakımından suçun mali boyutu ve etkileri düşünülürse, neticeten devletin maddi kaybına sebebiyet verecektir. Vergi kaçıran bir suçlu uzun sürecek etkisiz bir yargılama, yasaların değişmesi, pişmanlık hükümlerinin işletilmesi gibi süreçlerle değil, caydırıcı bir ceza ile karşılaşacağına inanmalı ve yasaları ihlal etmekten çekinmelidir. Yasalara riayet eden diğer bireyler ise suçluların cezalandırıldığının farkına varmalı, adaletin yerini bulduğu inancına erişmeli, suç işlemekten sakınmaya devam etmelidir. Aksi halde devletin oluşturduğu adalet mekanizmasında rol alan uygulayıcıların emeği, harcanan zaman ve adalet hizmeti için ayrılan gider kalemleri etkisiz kalan bir süreç karşısında zayi olmuş sayılacaktır.

Kaynakça

Arslan, Çetin ve Murat Kayançiçek, *Suçta Tekerrür*, Seçkin Yayınevi, Ankara,2009. Arslan, Çetin ve Yağmur Müge Erdoğan, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç", *5.Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri – Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Tebliğler*, ed. İzzet Özgenç, Cumhur Şahin ve Faruk Turhan, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

[15] Abdulkadir Gülçür, AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, ISSN 2146-0590, ss. 197-214, s.156

Batı, Murat, *Muhasebe Hileleri ve Vergiden Kaçınma Türk Vergi Mevzuatındaki Yasallığı Hile-Kaçınma-Peçeleme*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Öncel, Mualla, vd., *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

Özbek, Veli Özer, *Ekonomi Ceza Hukuku*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2021.

Özcan, Onur, *Vergi Suçları*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2015.

Özer, Ertürk, *Vergi Suç ve Cezalarıyla Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İlişkisi - Türkiye ve*

Amerika Birleşik Devletleri Örneği (Vergisini Ödemeyen Hapis Yatmalı Mı?), Vergi Sorunları Dergisi, Şubat 2015, S:317.

https://www.idealonline.com.tr/IdealOnline/pdfViewer/index.xhtml?uId=8309&ioM=Paper&preview=true&isViewer=true#pagemode=bookmarks, (20.07.2023).

Somuncu, Ahmet, *Türk Vergi Sisteminde Belge Düzeni Uygulama – Sorunlar – Yargı Kararları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Şenyüz, Doğan, *Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.

Şenyüz, Doğan "Kaçakçılık Fiilleriyle Vergi Ziyaına Sebebiyet Verilmesi Halinde Aynı Normun Çelişkili Sonuçlarının Değerlendirilmesi", Edizdoğan Nihat ve Özhan Çetinkaya, Vergi Ve Vergi Politikası Üzerine İncelemeler, Ekin Yayınevi, 2021.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI BAĞLAMINDA YAPAY ZEKÂ KULLANIMI

Dr. Öğr. Üyesi Ece KARADUMAN *

ÖZET

Tüketici hukukunun temel amacı, hukukî işlemin güçsüz tarafı konumunda olan tüketicinin korunmasıdır. Tüketicinin korunmasında fayda sağladığı düşünülen bazı yöntemler, içerisinde aynı zamanda birtakım çekinceler de barındırabilir. Son yıllarda yapay zekâ teknolojileri hukuk alanında da kullanılmaya başlanmıştır. Bu teknolojilerin kullanımının tüketiciye etkileri ve hukukî boyutu incelenmelidir: Tüketicinin korunması konusunda faaliyet gösteren, Amerika Birleşik Devletleri merkezli DoNotPay ve bu sohbet robotunun (*chatbot*) konu olduğu hukukî süreçler oldukça ses getirmiştir. Yapay zekânın, uyuşmazlığın konusu olarak mı yoksa tarafı olarak mı görülmesi gerektiğine; diğer bir ifadeyle hukukî statüsüne ışık tutulması, sorumlunun ve sorumluluğun tespitinde başlangıç noktası olacaktır. Bu tespitin ardından konu; haksız fiil sorumluluğu, ürün sorumluluğu ve ayıptan doğan sorumluluk açısından irdelenecek; yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulup duyulmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. DoNotPay'in önceleri "*Dünyanın İlk Robot Avukatı*" olarak tanıtılması ve sunduğu bazı hukukî hizmetler, uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını tetiklemiş görünmektedir. Hukukumuzda da benzer uyuşmazlıklarla karşılaşılma ihtimali oldukça yüksektir. Zira, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 35'te; kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa vermenin, yargı yetkisini haiz organlar nezdinde kişilerin sahip oldukları hakları savunmanın, adlî işlemleri takip etmenin, bu işlere ait evrakları düzenlemenin yalnızca baroya kayıtlı avukatların yapabileceği işlerden olduğu hükme bağlanmıştır. Yapay zekânın bir etkisi de, tüketicilerin elektronik platformlarda aradıkları, ilgi duydukları ve/veya ihtiyaçları bulunan ürünlere ve hizmetlere daha kolay ulaşmalarında kendini göstermektedir. Ancak bu durum, tüketicinin iradesinin yönlendirilmesine sebebiyet verebilecek boyuta ulaştığı, irade bozukluğuna neden olduğu takdirde tüketicinin korunması gereksinimi ortaya çıkacaktır. Tüketicinin yapay zekâ tarafından yanlış yönlendirilmesi neticesinde zarara uğraması, karşılaşılabilecek bir durumdur. Yapay zekânın kullanıldığı platformlar açısından önem arz eden bir konu da kişisel verilerin korunmasıdır. Bu tür teknolojileri kullanan bir platformun 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na uygun şekilde faaliyet gösterip göstermediği dikkate alınmayı gerektirir. Tüketici, yapay zekâ kullanımına maruz kalacağı noktalarda bilgilendirilmelidir. Yapay zekâ kullanımının, insan odaklılık ve güvenilirlik çerçevesinde olması ve etik değerler üzerine inşa edilmesi gerekliliği, Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025)'nde de vurgulanmıştır. Konu ile ilgili olarak mevzuatta yer alan düzenlemelerin incelenmesiyle birlikte yargıya taşınan/taşınacak uyuşmazlıkların konusunun ve bu uyuşmazlıkların nasıl çözümlendiğinin tespit edilmesi, uygulamanın ve hukukî altyapının şekillendirilmesine katkı sağlayacaktır. Çalışmamızda her ne kadar yapay zekâ kullanımı Tüketici Hukuku bağlamında ele alınacak olsa da, bu tür teknolojilerin kullanılması dolayısıyla ortaya çıkabilecek sorunlar hukukun farklı dallarını ilgilendiren çeşitliliğe sahiptir. Mevcut düzenlemelerin yeterli gelmediği noktada yeni düzenlemelerin ilgili mevzuata hükümler eklemek suretiyle gerçekleştirilmesi önerilebilir. Teknolojinin her geçen gün gelişmekte olması sebebiyle, ortaya çıkabilecek tüm hukukî sorunların öngörülebilmesi ve yapay zekâya ilişkin genel bir düzenlemeden her sektörün gereksinimine yanıt vermesini beklemek oldukça güçtür.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, Yapay Zekâ, Haksız Fiil Sorumluluğu, Ürün Sorumluluğu, Ayıptan Doğan Sorumluluk.

---

* Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu/Adalet Programı, E-posta: ekaraduman@baskent.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7076-2789.

GİRİŞ

Tüketici hukukunun temel amacı, hukukî işlemin güçsüz tarafı konumunda olan tüketicinin korunmasıdır[1]. Tüketicinin korunmasında fayda sağladığı düşünülen bazı yöntemler, içerisinde aynı zamanda birtakım çekinceler de barındırabilir. Son yıllarda yapay zekâ teknolojileri hukuk alanında da kullanılmaya başlanmıştır. Çalışmamızda bu teknolojilerin kullanımının tüketiciye etkileri ve Tüketici Hukuku boyutu incelenecektir.

I. "*YAPAY ZEKÂ*" TERİMİ

"*Yapay zekâ*" terimi, 1950'li yıllarda ortaya atılmıştır[2]. Bu teknoloji, insan zekâsının makineler tarafından sergilenmesi şeklinde görülmüştür[3].

Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi'nde ifade edildiği gibi "*YZ; en genel haliyle, bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrolündeki bir robotun çeşitli faaliyetleri zeki canlılara benzer şekilde yerine getirme kabiliyeti olarak tanımlanmaktadır. YZ terimi; dinamik ve belirsiz ortamlarda akıl yürütme, anlam keşfetme, genelleme veya geçmiş deneyimlerden öğrenme gibi insanlara özgü bilişsel kabiliyetlerle donatılmış sistemler için kullanılmaktadır.*"[4]

Mevzuatta yapay zekâ ile ilgili yeni düzenlemelere ve/veya değişikliklere yer verilecekse teknolojinin her geçen gün gelişmekte olduğu, dolayısıyla yasal gereksinimlerin kısa ve uzun vadede değişikliklere uğrayabileceği göz önünde bulundurulmalıdır[5].

---

[1] Tüketici Hukukunun amacı için bkz.: Sirmen, Lâle: "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Yıl: 2013, Cilt: 8, Sayı: Özel, (SS. 2465-2476), https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/179490 (E.T.: 21.07.2023), s. 2466.

[2] Helm, J.M., Swiergosz, A.M., Haeberle, H.S. *et al.* Machine Learning and Artificial Intelligence: Definitions, Applications, and Future Directions. *Curr Rev Musculoskelet Med* 13, 69–76 (2020). https://doi.org/10.1007/s12178-020-09600-8, https://link.springer.com/article/10.1007/s12178-020-09600-8#citeas (E.T.: 10.05.2023), s. 69.

[3] Helm, J.M., Swiergosz, A.M., Haeberle, H.S., s. 69.

[4] Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), Ağustos 2021, https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf (E.T. 21.07.2023), s. 12. YZ: Yapay Zekâ.

[5] Yapay zekâyı tanımlamanın güçlüğüne ilişkin olarak: Fetzer, J.H. (1990). What is Artificial Intelligence?. In: Artificial Intelligence: Its Scope and Limits. Studies in Cognitive Systems, vol 4. Springer, Dordrecht. https://doi.org/10.1007/978-94-009-1900-6_1, https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-009-1900-6_1 (E.T.: 15.05.2023), s. 3.

II. "*YAPAY ZEKÂ*"NIN TÜKETİCİ VE TÜKETİCİ KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

Kullanıcı verileri, yapay zekâ sistemleri için temel bir girdi mahiyetindedir. Bu sistemler; alakalı ve nitelikli bilgilerin organizasyonunda ve seçilmesinde giderek daha fazla kullanılmaktadır. Tüketicilerin satın alma kararları algoritmalara devredildiğinde karar alma sürecinde değişiklik meydana gelebilmektedir[6]. Yapay zekâya dayalı ürünler ve hizmetler, mevzuata uygun olmalı, tüketicilere özellikle ürünlerin ve hizmetlerin kalitesi ile ilgili olarak daha fazla seçenek ve daha fazla bilgi sağlamalıdır[7].

Yapay zekâ, müşteri çekmek ve mevcut müşterilerin varlığını korumak için gerekli olan tüketici davranışı ile ilgili olarak tüketici içgörüsü sunar; müşterinin bir sonraki adımına etki eder[8]. Yeni nesil elektronik ticaretin dijital asistanlar tarafından yürütülmesi; algoritmaların yalnızca satın almaya ilişkin öneriler sunması değil, satın alma kararları vermesi, müzakerelerde bulunması ve tüketiciler adına işlemi yürütmesi de beklenmektedir. Bu dijital asistanlara "*algoritmik tüketiciler*" denilmektedir[9]. Bahsi geçen teknoloji günümüzden çok da uzakta değildir. Örneklendirmek gerekirse; Samsung ve IBM W9000 çamaşır makinesini geliştirmişlerdir ve bu makine deterjan siparişi verebilmek, ödeme yapmak gibi işlemler için programlanmıştır[10]. Hukukumuzdaki mevcut düzenlemeleri göz önünde bulundurduğumuzda, yapay zekânın "*tüketici*" sıfatını haiz olduğundan söz etmek mümkün gözükmemektedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ("*TKHK*")[11] m. 3/I-(k) uyarınca "*Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi*" ifade etmektedir. Bu noktada, hukuk düzeni tarafından yapay zekâya kişilik tanınmasının mümkün olup olmadığı sorusu ve bu hususta güncel gelişmeler önem arz etmekte olup çalışmamızın devamında bu konulara kısaca yer verilecektir.

---

[6] Abrardi, L., Cambini, C., & Rondi, L. (2022). Artificial intelligence, firms and consumer behavior: A survey. *Journal of Economic Surveys*, 36, 969– 991. https://doi.org/10.1111/joes.12455, https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/joes.12455 (E.T.: 11.05.2023), s. 976.

[7] Regulation (EU) 2021/694 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 establishing the Digital Europe Programme and repealing Decision (EU) 2015/2240, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0694&qid=1684946670928 (E.T.: 24.05.2023).

[8] Sanjeev Verma, Rohit Sharma, Subhamay Deb, Debojit Maitra: "Artificial intelligence in marketing: Systematic review and future research direction", International Journal of Information Management Data Insights, Volume 1, Issue 1, 2021, 100002, ISSN 2667-0968, (SS. 1-8) https://doi.org/10.1016/j.jjimei.2020.100002, https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2667096820300021?token=E6937F90C5BDDD20D7FB99FB07E0A5C41730D7BE2BD9B47E22712F9C393E7A58D8EA067ABA033E14BC734886B92D440C&originRegion=eu-west-1&originCreation=20230520163047 (E.T.: 20.05.2023), s. 1.

[9] Gal, Michal S., and Niva Elkin-Koren: "Algorithmic Consumers." Harvard Journal of Law & Technology (Harvard JOLT), vol. 30, no. 2, Spring 2017, pp. 309-354. HeinOnline, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hjlt30&i=322. (E.T.: 13.05.2023), s. 310.

[10] Gal, Michal S., and Niva Elkin-Koren, s. 310 vd.

[11] No. 6502, RG. 28.11.2013, 28835.

Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi'nde ifade edildiği gibi, "*…iyi niyetle tasarlanmış olsa bile YZ sistemleri zarar verebilir*"[12]. Pek çok büyük şirketin, belirlemiş ve duyurmuş olduğu yapay zekâ ilkeleri bulunmakta olup ayrıca hukukî düzenlemelere ihtiyaç bulunup bulunmadığı[13] konusu üzerinde durulmalıdır. Düzenlemelerin mevcudiyeti hukukî belirlilik açısından da önem arz etmektedir[14]. Yapay zekânın yalnızca etik ilkeler çerçevesinde değil, hukuk kurallarıyla da düzenlenmesi gerektiği[15]; ancak, yapay zekânın pek çok sektörde kullanılması sebebiyle genel bir düzenlemeye sahip olması, ihtiyaç hâlinde özel kurallar[16] getirilebileceği söylenebilir.

III. YAPAY ZEKÂNIN HUKUK ALANINDA KULLANILMASI

Yapay zekâ hukuk alanında da kullanılmaktadır. Yapay zekânın hukuk alanında kullanılmasının bazı avantajları olduğu kadar, birtakım dezavantajları da vardır: Uyuşmazlıklar için çözüm önerilerinde bulunabilmesi, yargıda hızın artmasına, adalete erişime, bürokratik iş yükünün azalmasına, eşitliğe, maskeleme ve şifreleme yöntemleriyle veri güvenliğinin sağlanmasına katkı sağlayabilecek olması yapay zekânın bazı avantajlarıdır. Buna karşın, veri güvenliğinin sağlanmasına ve kişisel verilerin korunmasına yönelik tereddütler ise yadsınamaz. Yapay zekâ, hâkimin takdir yetkisi, hakkaniyet ve benzeri unsurlara sahip değildir. Bu nedenle de soyut unsurları değerlendirmekte yeterli olamayacaktır. Dolayısıyla, yapay zekânın karar mekanizması olarak kullanılması doğru olmayacaktır; alınması gereken tedbirlerden ve yapılması gereken yasal düzenlemelerden sonra kararların verilmesine destek sağlayabilecektir[17]. Allen NEWELL, Cliff SHAW ve Herbert SIMON tarafından geliştirilen "*Logic Theorist*" isimli program, pek çok kişi tarafından ilk yapay zekâ programı olarak kabul edilmekte olup bu program, insanın problem çözme becerisini taklit etmek üzere tasarlanmıştır[18].

---

[12] Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), Ağustos 2021, https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf (E.T. 19.05.2023), s. 28. YZ: Yapay Zekâ.

[13] Özçelik, Ş. Barış: "Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler", *Adalet Dergisi*, 2021/1, 66. Sayı, (SS. 87-116), https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1778200 (E.T.: 16.05.2023), s. 90.
Yapay zekâ konusunda hukukî düzenlemelere ihtiyaç bulunduğuna ve bu düzenlemelerin önemine dair: Kara Kılıçarslan, Seda: "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)*, Y. 4, S. 2019/2, (SS. 363-389), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/775111 (E.T.: 08.07.2023), s. 365 vd.

[14] Özçelik, s. 90 vd.

[15] Özçelik, s. 91 vd.

[16] Konunun ele alınması gerekliliğine, *Özçelik*'in eserinde yer verilmiştir: Özçelik, s. 92 vd.

[17] İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu: "Yargıda Yapay Zekâ Kullanımı Hakkında Bildiri", Haber Giriş: 13.12.2022, https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=17446&Desc=Yargıda-Yapay-Zekâ-Kullanımı-Hakkında-Bildiri (E.T.: 22.05.2023).

[18] Anyoha, Rockwell: "The History of Artificial Intelligence", Blog, Special Edition on Artificial Intelligence, August 28, 2017, Harvard University, The Graduate School of Arts and Sciences, https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/ (E.T.: 21.05.2023); Eriş, M. Hakan: "Yapay Zekâ: İnsanların Doğal Olarak Sahip Oldukları Zekâ İle Çözdükleri Problemleri Çözme Becerisine Sahip Makinelerdir", *Yapay Zekâ Çağında Hukuk: İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu*, 2019, (SS. 14-18), https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zeka_Caginda_Hukuk2019.pdf (E.T.: 21.05.2023), s. 16.

Yapay zekâ teknolojileri hukuk alanında da kullanılmaya başlanmıştır. DoNotPay'in önceleri "*Dünyanın İlk Robot Avukatı*"[19] olarak tanıtılması ve sunduğu bazı hukukî hizmetler, uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını tetiklemiş görünmektedir. Hukukumuzda da benzer uyuşmazlıklarla karşılaşılma ihtimali vardır. Zira, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu[20] m. 35'te; kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa vermenin, yargı yetkisini haiz organlar nezdinde kişilerin sahip oldukları hakları savunmanın, adlî işlemleri takip etmenin, bu işlere ait evrakları düzenlemenin yalnızca baroya kayıtlı avukatların yapabileceği işlerden olduğu hükme bağlanmıştır.

IV. YAPAY ZEKÂ KULLANIMININ TÜKETİCİNİN KORUNMASI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Tüketicinin korunması konusunda faaliyet gösteren[21], Amerika Birleşik Devletleri merkezli DoNotPay ve bu sohbet robotunun (*chatbot*) konu olduğu hukukî süreçler ses getirmiştir.

Yapay zekânın bir etkisi, tüketicilerin elektronik platformlarda aradıkları, ilgi duydukları ve/veya ihtiyaçları bulunan ürünlere ve hizmetlere daha kolay ulaşmalarında kendini göstermektedir. Ancak bu durum, tüketicinin iradesinin yönlendirilmesine sebebiyet verebilecek boyuta ulaştığı, irade bozukluğuna neden olduğu takdirde tüketicinin korunması gereksinimi ortaya çıkacaktır.

Yapay zekânın kullanıldığı platformlar açısından önem arz eden bir konu da kişisel verilerin korunmasıdır. Bu tür teknolojileri kullanan bir platformun 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na[22] uygun şekilde faaliyet gösterip göstermediği dikkate alınmayı gerektirir. Tüketici, yapay zekâ kullanımına maruz kalacağı noktalarda bilgilendirilmelidir. Yapay zekâ kullanımının, insan odaklılık ve güvenilirlik çerçevesinde olması ve etik değerler üzerine inşa edilmesi gerekliliği, Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025)'nde de vurgulanmıştır. Avrupa Konseyi 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü ("*GDPR*") de, dijital haklar, temel haklar ve etik standartlar çerçevesinde veri korumasının sağlanması gerekliliğinin üzerinde durmaktadır[23].

---

[19] Merken, Sara: "Lawsuit pits class action firm against 'robot lawyer' DoNotPay", March 9, 2023 11:10 PM, https://www.reuters.com/legal/lawsuit-pits-class-action-firm-against-robot-lawyer-donotpay-2023-03-09/ (E.T.: 18.07.2023): "*(Reuters) - DoNotPay Inc, which says it uses artificial intelligence to help consumers and bills itself as "the world's first robot lawyer," is facing a new lawsuit from a prominent plaintiffs' law firm that says the company is practicing law without a license...*".

Bir hukuk bürosu olmadığı, DoNotPay'in web sitesinde yer alan hizmet şartları ve gizlilik politikasında belirtilmiştir: "Terms of Service and Privacy Policy", Last Updated: February 14, 2023, https://donotpay.com/learn/terms-of-service-and-privacy-policy/ (E.T.: 10.07.2023).

[20] No. 1136, RG. 07.04.1969, 13168.

[21] "*Your AI Consumer Champion*": https://donotpay.com/about/ (E.T.: 11.07.2023).

[22] No. 6698, RG. 07.04.2016, 29677.

[23] Regulation (EU) 2021/694 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 establishing the Digital Europe Programme and repealing Decision (EU) 2015/2240, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0694&qid=1684946670928 (E.T.: 24.05.2023).

Bilgili tüketiciler, kişisel verilerini paylaşmak hususunda tereddüt yaşamaktadırlar. Doktrinde bu paylaşımın getirileri ile gelecekte veri kullanımından kaynaklanan olası kayıpların birbirinin karşılığını oluşturmakta olduğu ifade edilmiştir[24].

V. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKÎ STATÜSÜ

Yapay zekânın, uyuşmazlığın konusu olarak mı yoksa tarafı olarak mı görülmesi gerektiğine; diğer bir ifadeyle hukukî statüsüne ışık tutulması, sorumlunun ve sorumluluğun tespitinde başlangıç noktası olacaktır.

Hukukî nitelik hususunda farklı görüşler olmakla birlikte öne çıkan görüşler[25]: eşya görüşü, tüzel kişilik görüşü ve elektronik kişilik görüşüdür. Eleştiri gören görüşler de vardır; örneğin yapay zekânın köle statüsünde olduğu görüşü gibi.

Konu ile ilgili Avrupa Parlamentosu Raporu'nda, uzun vadede en azından en gelişmiş otonom robotlara elektronik kişilik tanınmasından söz edilmiştir. Elektronik kişiliğin, robotun özerk kararlar aldığı veya üçüncü kişilerle bağımsız şekilde etkileşime geçtiği durumlarda uygulanması söz konusu olabilecektir[26].

Mevcut durumda yapay zekânın mal niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ("*TKHK*")'a göre "*Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları*" ifade etmektedir (m. 3/I-(h)). Yapay zekânın maddî mal olarak nitelendirilebildiği durumlarda eşya üzerinde kurulabilecek haklar, özellikle de aynî haklar[27]; gayrimaddî mal olarak nitelendirilebildiği durumlarda ise fikrî[28] ve sınaî haklar gündeme gelebilecektir.

---

[24] Jin Ginger Zhe: "Artificial Intelligence and Consumer Privacy", Nber Working Paper Series, Working Paper 24253, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA 02138, January 2018, (SS. 1-23), https://www.nber.org/system/files/working_papers/w24253/w24253.pdf (E.T.: 21.05.2023), s. 2; Abrardi, L., Cambini, C., & Rondi, L. (2022). Artificial intelligence, firms and consumer behavior: A survey. *Journal of Economic Surveys*, 36, 969– 991. https://doi.org/10.1111/joes.12455, https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/joes.12455 (E.T.: 21.05.2023), s. 979.

[25] Yapay zekânın hukukî statüsü hakkında farklı görüşler için bkz.: Erdoğan, Gökhan: "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, 2021/1, 66. Sayı, (SS. 117-192), https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1778256 (E.T.: 21.07.2023), s. 167 vd.; Zeytin, Zafer/Gençay, Eray: "Hukuk ve Yapay Zekâ: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması", https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/863695 (E.T.: 21.07.2023), *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2019, Cilt: 1, Sayı: 1, (SS. 39-70), s. 46 vd.; Kara Kılıçarslan, (E.T.: 21.07.2023), s. 377 vd.; Akkurt, Sinan Sami: "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 2019, Sayı: 13, (SS. 39-59), https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/742574 (E.T.: 21.07.2023), s. 44 vd.

[26] European Parliament, Report – A8-0005/2017, "Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics", 27.1.2017 - (2015/2103(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (E.T.: 21.07.2023).

[27] "*…maddî mallar üzerindeki mutlak haklara aynî haklar denir.*": Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: Medenî Hukuk, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 370

[28] "*Maddî olmayan mallar, zekâ ve düşünce ürünü olan şeyler, yani eserlerdir.*": Akıntürk/Ateş, s. 35.
"*Kişilerin, zekâ, düşünce ve yaratıcılıklarını kullanarak yarattıkları fikir ürünleri üzerindeki haklarına fikrî haklar denir.*": Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 23. Bası, İstanbul 2017, s. 156.

Ancak teknolojinin zaman içerisinde gelişmesiyle elektronik kişilik görüşü bu görüşün yerini alabilecektir. Bunun için ise ciddi hukukî düzenlemelere ihtiyaç vardır.

VI. YAPAY ZEKÂNIN ÇEŞİTLERİ

Avrupa Parlamentosu'nun robotik konusunda hazırlanmış olan 27.01.2017 tarihli raporunda, uzun vadede en azından en gelişmiş otonom robotlara elektronik kişilik tanınmasından ve elektronik kişiliğin, robotun özerk kararlar aldığı veya üçüncü kişilerle bağımsız şekilde etkileşime geçtiği durumlarda uygulanabileceğinden söz edilmesinden[29] de anlaşılacağı üzere; yapay zekâdan kaynaklı olarak zarar meydana gelmesi durumunda sorumlunun belirlenmesinde yapay zekânın çeşidi ile otonomi düzeyi önem taşır[30]. "…*Otonomi, kendi kendine karar alma yetisi*…"dir[31].

Yapay zekânın dört türü bulunmaktadır:

İlki, sadece tepki vermekte ve bir tek alanda uzmanlaşmaktadır.

İkincisi, tepki vermenin yanı sıra sınırlı hafıza kapasitesine, geçmiş bilgisine ve programlanmış becerilere sahiptir.

Üçüncüsü, insanların duygu ve düşüncelerini anlayabilmekte, insanlarla sosyal açıdan ilişkiye geçebilmektedir.

Dördüncüsü, insanların duygu ve düşüncelerini anlar; duyguları öngörebilir, soyut çıkarımlarda bulunabilir, zekidir ve varlığının da bilincindedir. Üçüncü ve dördüncü türler henüz daha gelişim hâlindedir[32].

VII. YAPAY ZEKÂNIN YOL AÇTIĞI ZARARLARDAN SORUMLULUK

A. Haksız Fiil Sorumluluğu Açısından

Günümüz teknolojisinde eriştikleri otonomi düzeyleri açısından yapay zekâya kusur atfedebilmek güçtür[33]. Haksız fiil sorumluluğunun istisnaî boyutunu teşkil eden kusursuz sorumluluk, yapay zekânın yol açtığı zararlardan sorumluluk bakımından daha uygun görünmekle birlikte, bunun kabulü için yasal dayanağa ihtiyaç vardır. Avrupa Parlamentosu raporunda yapay zekâya elektronik kişilik verilmesi ve yeni bir kusursuz sorumluluk hâli öngörülmesi dikkat çekmektedir[34].

---

[29] European Parliament, Report – A8-0005/2017, "Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics", 27.1.2017 - (2015/2103(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (E.T.: 21.07.2023).

[30] Benli, Erman/Şenel, Gayenur: "Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, no: 2 (2020): 296-336, Doi: 10.47136/asbuhfd.713190, https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1032914 (E.T.: 21.07.2023), s. 318.

[31] Benli/Şenel, (E.T.: 22.05.2023), s. 302.

[32] Bak, Başak: "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", *TAAD*, Yıl:9, Sayı:35 (Temmuz 2018), (SS. 211-232), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980798 (E.T.: 24.05.2023), s. 213 vd.

[33] Benli/Şenel, s. 319.

[34] Bak, s. 220 vd., 224, 230.

B. Ürün Sorumluluğu Açısından

Nispeten yeni bir düzenleme olarak 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, 12/03/2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış ve yayımından bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir (m. 26). Bu Kanun'a göre, "*Ürün: Her türlü madde, müstahzar veya eşyayı*" ifade eder (m. 3/I-(s)). Ürünün zarara sebebiyet vermesi durumunda, imalatçısı[35] ya da ithalatçısı zararı tazminle mükelleftir. Tazmin edilecek zarar, kişiye veya mala gelmiş olabilir (m. 6/I). Sorumluluğun doğması için, zarar görenin uğradığı zarar ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatı aranır (m. 6/II). Tazminatın miktarının belirlenmesinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[36] hükümleri uygulama alanı bulur (m. 6/V). Tazminat sorumluluğuna dair diğer kanunların hükümleri de saklıdır (m. 6/VII).

23/05/2023 tarihinde Avrupa Birliği ("*AB*") Resmî Gazetesi'nde (EU) 2023/988 sayılı yeni "*Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü" (General Product Safety Regulation – "GPSR"*) yayımlanmıştır. GPSR, 12/06/2023 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 13/12/2024 tarihinden itibaren tamamıyla uygulanmaya başlanacaktır. Tüzük'te, "*gelişen teknoloji ile piyasaya sunulan yapay zekâ tabanlı dijital ürünlerin güvenliğinin sağlanması*"na yönelik hükümler de yer almaktadır. Bununla birlikte "*"Ürün" tanımı dijital öğeleri de kapsayacak şekilde genişletilmiş*" olup[37] başta tanımda yapılan bu değişiklik olmak üzere düzenlemeler, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu açısından da yol gösterici mahiyette değerlendirilebilir.

C. Ayıptan Doğan Sorumluluk

TKHK m. 8/I'e göre "*Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır*". Ayıplı Mal Yönetmeliği m. 5/I'e göre de "*Malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamayan mal ayıplı sayılır*". Yapay zekâ; fikri bir ürün, gayrimaddî bir maldır. Dolayısıyla şartları oluştuğu takdirde tüketicinin, yapay zekâ nedeniyle uğradığı zarar için TKHK ve Ayıplı Mal Yönetmeliği'ne başvurma imkânı bulunmaktadır[38].

SONUÇ

Tüketici hukukunun temel amacı, hukukî işlemin güçsüz tarafı konumunda olan tüketicinin korunmasıdır. Tüketicinin korunmasında fayda sağladığı düşünülen bazı yöntemler, içerisinde aynı zamanda birtakım çekinceler de barındırabilir. Son yıllarda yapay zekâ teknolojileri hukuk alanında da

---

[35] Avrupa Parlamentosu'nun robotik konusunda hazırlanmış olan 27.01.2017 tarihli raporunda akıllı makinaların arızalanması nedeniyle zarara uğrayan tüketicilerin, sorumlu imalatçı şirketlerden toplu tazminat talebinde bulunabilmeleri için uygun bir aracın getirilmesi öngörülmüştür. Söz konusu raporun geneline bakıldığında da tüketicinin korunması konusunun göz ardı edilmediği görülmektedir.: European Parliament, Report – A8-0005/2017, "Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics", 27.1.2017 - (2015/2103(INL))

[36] No. 6098, RG. 04.02.2011, 27836.

[37] T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, https://www.ab.gov.tr/yeni-genel-urun-guvenligi-tuzugu-ab-resmi-gazetesinde-yayimlandi_53499.html (E.T.: 13.07.2023).

[38] Sarı, Onur: "Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2020, Yıl: 32, Sayı: 147, (SS. 251-312), http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-147-1909 (E.T.: 12.07.2023), S. 262.

kullanılmaya başlanmıştır. Çalışmamızda bu teknolojilerin kullanımının tüketiciye etkileri ve Tüketici hukuku boyutu incelenmiştir.

Yapay zekânın zarara sebep olma nedeni farklı şekillerde karşımıza çıkabilir: Zarar kimi zaman üretimden, kimi zaman hatalı kullanımdan kaynaklanabilir. Yapay zekânın kullanılabildiği/kullanılabileceği sektörlerin çeşitliliği fazladır. Bu sektörler nitelikleri itibariyle birbirlerine benzemeyebilecektir. Örneğin; yapay zekânın önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmedeki kullanımından da zarar doğabilecektir[39]. Bu durumda somut olaya göre tehlike sorumluluğuna[40] ilişkin düzenleme uygulama alanı bulabilecektir. Kusursuz sorumluluk istisnaî bir sorumluluk hâli olmakla birlikte, somut olayda belirli bir kusursuz sorumluluk hâlinin şartları oluşmuş olabilir.

Olayın meydana geliş biçimine bakıldığında kimi zaman da ürün sorumluluğunun, ayıptan doğan sorumluluğun ve hatta çalışmamızda ismi geçmeyen bir başka sorumluluğun dahi şartlarının oluşmasının mümkün olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla, yapay zekânın sebep olduğu zarardan sorumluluk olası tüm durumlar için bir tek sorumluluk çeşidine bağlanamayabilecektir.

Mevcut düzenlemelerin yeterli gelmediği noktada yeni düzenlemelerin ilgili mevzuata hükümler eklemek suretiyle gerçekleştirilmesi tercih edilebilir. Teknolojinin her geçen gün gelişmekte olması sebebiyle, ortaya çıkabilecek tüm hukukî sorunların öngörülebilmesi ve yapay zekâya ilişkin genel bir düzenlemeden her sektörün gereksinimine yanıt vermesini beklemek oldukça güçtür.

Kaynakça

ABRARDI, L., CAMBINI, C., & RONDI, L. (2022): Artificial intelligence, firms and consumer behavior: A survey. *Journal of Economic Surveys*, 36, 969– 991. https://doi.org/10.1111/joes.12455, https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/joes.12455

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Medenî Hukuk, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.

AKKURT, Sinan Sami: "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 2019, Sayı: 13, (SS. 39-59), https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/742574

[39] Benzer açıklamalar robotik faaliyetler açısından Selanik, Atakan Adem: "Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu ve Sigortalanması Hususunun Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 13, Sayı: 50, Nisan 2022, DOI: 10.54049/taad.1093122, (SS. 335-364), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2331539 (E.T.: 15.07.2023), s. 337.

[40] "*…içerdiği risk büyüklüğü nedeniyle konunun tehlike sorumluluğu altında, özel bir kusursuz sorumluluk türü olarak ve sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirme imkânı olmadan düzenlenmesi gerekir.*": Zeytin/Gençay, (E.T.: 20.07.2023), s. 50.

ANYOHA, Rockwell: "The History of Artificial Intelligence", Blog, Special Edition on Artificial Intelligence, August 28, 2017, Harvard University, The Graduate School of Arts and Sciences, https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/

BAK, Başak: "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", *TAAD*, Yıl:9, Sayı:35 (Temmuz 2018), (SS. 211-232), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980798

BENLİ Erman/ŞENEL Gayenur: "Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 2 (2020): 296-336, Doi: 10.47136/asbuhfd.713190, https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1032914

DoNotPay: https://donotpay.com

ERDOĞAN, Gökhan: "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, 2021/1, 66. Sayı, (SS. 117-192), https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1778256

ERİŞ, M. Hakan: "Yapay Zekâ: İnsanların Doğal Olarak Sahip Oldukları Zekâ İle Çözdükleri Problemleri Çözme Becerisine Sahip Makinelerdir", *Yapay Zekâ Çağında Hukuk: İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu*, 2019, (SS. 14-18), https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zeka_Caginda_Hukuk2019.pdf

EUROPEAN PARLIAMENT, Report – A8-0005/2017, "Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics", 27.1.2017 - (2015/2103(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html

FETZER, J.H.: (1990). What is Artificial Intelligence?. In: Artificial Intelligence: Its Scope and Limits. Studies in Cognitive Systems, vol 4. Springer, Dordrecht. https://doi.org/10.1007/978-94-009-1900-6_1, https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-009-1900-6_1

GAL, Michal S., and NİVA ELKIN-Koren: "Algorithmic Consumers." *Harvard Journal of Law & Technology* (Harvard JOLT), vol. 30, no. 2, Spring 2017, pp. 309-354. HeinOnline, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hjlt30&i=322.

HELM, J.M., SWIERGOSZ, A.M., HAEBERLE, H.S. *et al.* Machine Learning and Artificial Intelligence: Definitions, Applications, and Future Directions. *Curr Rev Musculoskelet Med* 13, 69–76 (2020). https://doi.org/10.1007/s12178-020-09600-8, https://link.springer.com/article/10.1007/s12178-020-09600-8#citeas

İSTANBUL BAROSU BİLİŞİM HUKUKU KOMİSYONU: "Yargıda Yapay Zekâ Kullanımı Hakkında Bildiri", Haber Giriş: 13.12.2022, "https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=17446&Desc=Yargıda-Yapay-Zekâ-Kullanımı-Hakkında-Bildiri

JIN Ginger Zhe: "Artificial Intelligence and Consumer Privacy", Nber Working Paper Series, Working Paper 24253, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA 02138, January 2018, ss, 1-23, https://www.nber.org/system/files/working_papers/w24253/w24253.pdf

KARA KILIÇARSLAN, Seda: "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD), Y. 4, S. 2019/2, (SS. 363-389), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/775111

MERKEN, Sara: "Lawsuit pits class action firm against 'robot lawyer' DoNotPay", March 9, 2023 11:10 PM, https://www.reuters.com/legal/lawsuit-pits-class-action-firm-against-robot-lawyer-donotpay-2023-03-09/

OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 23. Bası, İstanbul 2017.

ÖZÇELİK, Ş. Barış: "Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler", *Adalet Dergisi*, 2021/1, 66. Sayı, (SS. 87-116), https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1778200

Regulation (EU) 2021/694 of the EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 29 April 2021 establishing the Digital Europe Programme and repealing Decision (EU) 2015/2240, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0694&qid=1684946670928

SANJEEV Verma, ROHIT Sharma, SUBHAMAY Deb, DEBOJIT Maitra: "Artificial intelligence in marketing: Systematic review and future research direction", International Journal of Information Management Data Insights, Volume 1, Issue 1, 2021, 100002, ISSN 2667-0968, (SS. 1-8) https://doi.org/10.1016/j.jjimei.2020.100002, https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2667096820300021?token=E6937F90C5BDDD20D7FB99FB07E0A5C41730D7BE2BD9B47E22712F9C393E7A58D8EA067ABA033E14BC734886B92D440C&originRegion=eu-west-1&originCreation=20230520163047

SARI, Onur: "Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2020, Yıl: 32, Sayı: 147, (SS. 251-312), http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-147-1909.

SELANİK, Atakan Adem: "Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu ve Sigortalanması Hususunun Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 13, Sayı: 50, Nisan 2022, DOI: 10.54049/taad.1093122, (SS. 335-364).

SİRMEN, Lâle: "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Yıl: 2013, Cilt: 8, Sayı: Özel, (SS. 2465-2476), https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/179490

T.C. DIŞİŞLERİ BAKANLIĞI AVRUPA BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI: https://www.ab.gov.tr/yeni-genel-urun-guvenligi-tuzugu-ab-resmi-gazetesinde-yayimlandi_53499.html

TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI DİJİTAL DÖNÜŞÜM OFİSİ/T.C. SANAYİ VE TEKNOLOJİ BAKANLIĞI: Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), Ağustos 2021, https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf

ZEYTİN, Zafer/GENÇAY, Eray: "Hukuk ve Yapay Zekâ: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması", https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/863695, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, Cilt: 1, Sayı: 1, (SS. 39-70).

20. YÜZYILIN BAŞINDA ILGIN ŞERİYE SİCİLLERİNDE SÜT AKRABALIĞI İDDİASIYLA BİR BOŞANMA DAVASI

Dr. Ögr. Üyesi, Döndü ÇAVDAR*

ÖZET

Osmanlı aile hukukunda çoğunlukla şer'i hukuk esas alınmıştır. Bu nedenle neseben, sıhriyeten ve radaan olmak üzere üç çeşit akrabalık vardır. Radaan yani süt emmekten kaynaklı akrabalık bir kadının kendinden olmayan bir çocuğu emzirmesi sonucu, kendi ve belirli derecedeki akrabalarıyla, emzirilen çocuk arasında kurulur. Süt akrabalığında sütü emenin belli kişilerle evlenmesi yasaklanmıştır. 1906 yılında Konya livasının Ilgın kazasına bağlı Derbent köyünden Abdullah, Ilgın mahkemesine müracaat ederek kızı Fatma'nın 10 yıl önce süt kardeşi Dilsiz Süleyman ile evlendiğini, o zaman âlimlere danışılarak bu evliliğin geçerli olduğuna inandığını, ancak sonra başka âlimlerin bu evliliğin geçerli olmadığı ve ayrılmaları gerektiğini ifade etmeleri üzerine kızını yanına alıp dava açmıştır. Davacı Abdullah, annesi Fatma'nın ilk çocuğudur. Annesinin üçüncü çocuğu Mustafa süt emerken kendi çocuğu olmayan Süleyman'ı da emzirmiştir. Bu nedenle davacı Abdullah Davalı Dilsiz Süleyman'la süt kardeş olup davacının kızı Fatma'nın da süt amcasıdır. Bu yüzden şer'an gereken hukuki soruşturmanın yapılarak kızı Fatma'nın Süleyman'dan ayrılmasını talep etmiştir. Bunun üzerine mahkeme önce davacı Abdullah'ı sorgulamıştır. Ardından Dilsiz Süleyman'ın işaret dilinden anlayan Mehmed Efendi vasıtasıyla Süleyman'ı sorgulamıştır. Mahkeme davalı Süleyman'a bu iddialar için ne söyleyeceğini sormuş, o da Mustafa'yla süt kardeş olduğunu bilmediğini davacı ile değil onun annesi ve kardeşi ile hukuken davalı olacağını, bu hususların araştırılmasını, Müftü Efendi'ye havalesini ve fetva alınmasını istemiştir. Ilgın müftüsü Abdullah Hilmi rada (süt akrabalığı) meselesinin Hukukullah'tan olduğunu, şahitliklerin makbuliyeti için dava açmanın gerekmediğini, ihbarın yeterli olacağını, kadı'nın bu hakta taraf olduğunu, şahitlerin şehadeti hasım üzerine olduğunu, şahitlerin dinlenerek muhakemenin devam etmesi gerektiğini dile getirir. 20 Haziran 1906 tarihinde müftünün fetvası mahkemede okunup işaret dili tercümanı Mehmet Efendi vasıtasıyla konu hakkında Süleyman'a bilgi verilmiş, kendisini savunması istenmiştir. Cevaben 8-10 sene önce Abdullah'ın kızı Fatma'yla evlendiğini, süt akrabalığı hususunda mahkeme evrakı gelene kadar bir şey bilmediğini, bu durumun zevcesi Fatma'nın ahireti için kötü bir fiil olduğundan dava açıldığını, aslında davanın aralarındaki geçimsizlik nedeniyle açıldığını ifade etmiştir. Bunun üzerine davacı Abdullah'tan rada meselesini ispat için şahitleri istenmiş, o da kardeşleri Hasan, Mustafa, Fadime ile Şerife'yi şahit olarak mahkemeye getirmiştir. Şahitler sözleriyle bu duruma şahitlik ettiklerini ancak şimdiye kadar cahilliklerinden gerekeni yapmadıklarını ifade etmişlerdir. Mahkeme son olarak 24 Eylül 1906 tarihinde toplanır. Davacı başka şahit getiremediğinden

* Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Bölümü, ddusunmez@selcuk.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9408-9437.

mevcut şahitlerin beyanıyla şer'i cevabı talep etmiş, davalıya da işaret dilini bilen Mehmet Efendi aracılığıyla başka bir diyeceğinin olup olmadığı sorulmuş, o da yoktur diyerek zevcesinin verilmesini talep etmiştir. 25 Eylül 1906'da Ilgın müftüsü gönderilen dava evrakına cevap olarak: İslam topraklarında şeri hükümleri bilmemenin şehadetin kabulünü engelleyip engellemediğine dair tercüme bulamadığından davanın başka yerden soruşturulmasını istemiştir. Bu nedenle dava ertelenerek kesin bir karara bağlanamamıştır.

Anahtar Kelimeler: Rada, Süt akrabalığı, Boşanma, Ilgın, Şeriye mahkemesi.

A DIVORCE CASE ALLEGED OF MILK RELATIONSHIP IN THE ILGIN SHARIA REGISTRATIONS AT THE EARLY OF THE 20TH CENTURY

ABSTRACT

Ottoman family law was based mostly on Sharia law. Therefore, three types of kinship were involved in it: by descent (neseben), by marriage (sıhriyeten), and by milk kinship (rada). Milk kinship, known as "rada" was established when a woman breastfed a child not her own, thereby creating a kinship bond between herself, her relatives of a certain degree, and the breastfed child. In milk kinship, certain marriages were prohibited. On June 17, 1906, Abdullah from the village of Derbent in the Ilgın district, which was part of the Konya province, applied to the Ilgın court. He claimed that his daughter Fatma had married Dilsiz Süleyman, her foster brother, ten years ago. Initially, he believed this marriage to be valid after consulting scholars at the time. However, other scholars later declared it invalid, leading to his decision to take his daughter and file a lawsuit. Plaintiff Abdullah was the first child of his mother Fatma. While Fatma's third child, Mustafa, was breastfeeding, she also breastfed Süleyman, who did not have children of his own. As a result, plaintiff Abdullah became the foster brother of defendant Dilsiz Süleyman and the foster uncle of plaintiff Fatma. Therefore, he demanded that his daughter Fatma be separated from Süleyman after a necessary legal investigation. The court first interrogated plaintiff Abdullah, followed by Süleyman, who communicated through Mehmed Efendi, an interpreter familiar with Dilsiz Süleyman's sign language. The court asked defendant Süleyman about the allegations, to which he responded that he was unaware of his milk kinship with Mustafa and that he should be legally opposed not by the plaintiff but by Mustafa's mother and sister. He requested an investigation, referral to Mufti Efendi, and the issuance of a fatwa on these matters. Ilgın's Mufti, Abdullah Hilmi, argued that the issue of rada (milk kinship) was a matter of Allah's law and that there was no need to file a lawsuit for the admissibility of testimonies. He stated that notification would suffice, and the qadi (judge) was a party to this right. He emphasized that the burden of proof lay with the witnesses and that the trial should continue by hearing the witnesses. On June 20, 1906, the Mufti's fatwa was read in court, and Süleyman was informed about the issue through the sign language translator Mehmet Efendi. He was asked to defend himself, to which he replied that he married Abdullah's daughter Fatma 8-10 years ago, without knowing anything about the milk kinship until the court documents arrived. He explained that the lawsuit was filed on the grounds that this act was considered detrimental to his wife Fatma's afterlife, but in reality, the lawsuit was initiated due to their disagreements. Subsequently, plaintiff Abdullah was asked to produce witnesses to prove the milk kinship. He brought his brothers Hasan, Mustafa, Fadime, and his sister Şerife to court as witnesses. The witnesses confirmed the situation verbally but admitted that they had not taken the necessary

actions due to their ignorance. The court convened for the last time on September 24, 1906. As the plaintiff could not produce additional witnesses, he requested a religious response based on the testimony of the existing witnesses. Süleyman was asked through Mehmet Efendi if he had anything else to add, to which he replied in the negative and requested the return of his wife. In response to the case document sent to the Mufti of Ilgın on September 25, 1906, the Mufti requested that the case be investigated elsewhere because he could not find a translation regarding whether ignorance of Sharia provisions in Islamic lands prevented the acceptance of testimony. As a result, the case was postponed, and a final decision could not be reached.

Keywords: Milk Kinship, Rada, Divorce, Ilgın, Sharia Court

GİRİŞ

Bilindiği gibi aile toplumun temelini oluşturur. Bu nedenle ailenin başlangıcı olan evlenme ve evliliğin sonlanması olan boşanma hem toplumu hem de devleti ilgilendiren bir konudur. Sağlam bir toplum ve kamu yararı için uyumlu ve sağlıklı ailelerin önemi büyüktür. Bu nedenle evlenmeyi sona erdiren boşanma, sosyal ve hukuki boyutları olan bir sorundur[1]. Bu bildiride 1906 yılında Osmanlı Devleti'nin Konya livasının Ilgın kazasına bağlı Derbent köyünden bir karı-kocanın süt akrabalığı nedeniyle şer'an/kanunen ayrılma gerekçesinin üretilmesi için açılan bir davadan bahsedilecektir[2]. Esasında süt akrabalığı boşanma (müfârakât) sebepleri arasında değil, evlenme engelleri (muharremât) hususunda sıralandığından bu tarz bir davanın mahkemeye gelme olasılığı, özellikle de 20. yüzyılında başında çok düşüktür. Bu bildiride nevi şahsına münhasır bu dava ile Osmanlı aile hukukuna aykırı bir meselede hukukun nasıl uygulandığı, mahkemenin ve tarafların bu olaya yaklaşımının nasıl olduğu gibi sorular cevaplanmaya çalışılacaktır.

Konuya girmeden önce Osmanlı hukukunda süt akrabalığının teorik yönü/asabesi hakkında bilgi verilecektir:

I. OSMANLI HUKUKUNDA SÜT AKRABALIĞI

Osmanlı hukuku şer'i hukuk ve örfi hukuktan oluşur. Şer'i hukuk İslam hukukunu (şeriat, fıkıh); örfi hukuk ise hükümdarın kendi iradesine dayanarak şeriatın kapsamına girmeyen konularda, cemiyetin hayrı / kamu yararı için çıkardığı kanunları kapsar[3].

Günümüzde aile hukuku, özel hukukta medeni hukukun bir alt dalı olarak yer almaktadır. İslam hukukunun kendine özgü dörtlü sistematiği içinde (ibâdât, münâkehât-müfârakât, muamelât, ukûbât) münakehât-müfârakât yani evlenme ve boşanma kısmında yer alır[4]. Osmanlı Devleti'nde aile hukuku, Tanzimat hareketinden çok az etkilenmiş, neredeyse tamamen İslam hukukunun esasları değişmeden

[1] CİN, Halil: *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Selçuk Ü. Hukuk F. Yay, 2. Baskı, Konya 1988, s.17.
[2] Başkanlık Osmanlı Arşivi, 269 numaralı Ilgın Şeriye Sicili, s. 2-6.
[3] İNALCIK, Halil: "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi - Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, Ankara 1958, s. 102.
[4] ÜNAL, Mehmet: "Medeni Kanun'un Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 34, Sayı: 1, 1977, s. 197.

uygulanmıştır. 25 Ekim 1917 yılında Hukuk-ı Aile Kararnamesinin kabulüne kadar aile hukukuyla ilgili hükümler fıkıh kitapları ve fetva mecmualarında dağınık şekilde yer almaktaydı.

I. Dünya Savaşı esnasında Hukuk-ı Aile Komisyonu tarafından iki kitap 157 madde şeklinde Hukuk-ı Aile Kararnamesi (kısaca HAK) hazırlanıp yürürlüğe girmiştir. Burada İslam, Hristiyan ve Musevi aile hukuku hükümleri modern hukuk tekniğiyle kaleme alınmıştır. 1. Kitap Münakehât, 2. Kitap Müfârakât konularına ayrılmıştır. Bir buçuk yıl yürürlükte kaldıktan sonra HAK, tepkiler ve İstanbul'un işgali üzerine 19 Haziran 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır[5].

Süt kardeşliği İslam'a özel bir uygulamadır. Türk Medeni Kanunu'nun ilk iktibasında süt anne ve kardeşle evlenme yasaklanmış, ancak kanun yürürlüğe girmeden ilgili madde kaldırılmıştır. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 26. maddesinde Musevilerde ve 32. maddesinde Hristiyanlarda "*radâ' mevâni-i nikâhtan ma'dûd değildir*" ibaresiyle Osmanlı'da Hristiyan ve Yahudilerde süt akrabalığı evlenmeye engel olmamıştır[6].

A. OSMANLI'DA RADÂ

Kur'an-ı Kerim'de akrabalık üç şekilde ele alınır: doğumla kazanılan kan veya soy akrabalığı (karâbetü'n-neseb), evlenme ile kazanılan sıhri akrabalık (karâbetü'l-musâhera), süt emme ve emzirmeden doğan süt akrabalığı (karâbetü'r-radâ)[7].

Süt emme, İslam hukukunda " رضاع" "r-d-a-' " şeklinde yazılan radâ kelimesiyle ifade edilir. Arapçada kısa ünlüler yazılmadığından radâ kelimesinin Türkçede ilk hecedeki kısa ünlünün farklı şekillerde yazıldığı ve Arapçaya mahsus bir harf olan dat'ın bazen d bazen de z olarak okunmasından dolayı değişik şekillerde okunabildiğini görüyoruz: radâ', redâ', rıdâ', ridâ', razâ', rızâ' (Yaman, 2002, s.56). Şeriye sicillerinde radâ'an süt emerekten, süt yoluyla kelimesinin de değişik şekillerde okunduğunu görüyoruz: rıdâ'en/rıdâ'an, rızâ'an/rızâ'en, radâ'en/radâ'an.

> … Emine bt. Abdullah nâm hâtunun mezbûr Mehmed Çelebi **radâ'an** oğlu [süt oğlu] olmağla fevt olduğunda eşyâsından…
>
> … meclis-i şer'-i hatîrde müvekkile-i mezbûrenin **rıdâ'an** karındaşı [süt kardeşi] es-Seyyid Ali b. Abdülgani mahzarında…
>
> … Ahmed Beşe mezbûrenin menziline **rıdâen** oğlu [süt oğlu] olmak bahânesiyle gecelerde gelip sû-i hâl üzere…
>
> … edip bundan akdem **rızâen** pederim [süt babası] es-Seyyid Hasan Efendi…

[5] CİN, Halil- Ahmet AKGÜNDÜZ: *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yay., İstanbul 2017, s. 487 – 493; ÇEKER, Orhan: *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Mehir Vakfı Yay., 3. Baskı, Konya 2016, s. 10-11.

[6] CİN, Halil: *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Selçuk Ü. Hukuk F. Yay, 2. Baskı, Konya 1988, s. 106; ÇEKER, *Kararname*, s. 28-29; ÖZDEMİR, Esra: "İslam'da Süt akrabalığı ile İlgili Rivayetlerin Değerlendirilmesi", *İlahiyat*, S. 2, 2019, s.16.

[7] YAMAN, Ahmet: "İslam Hukukuna Özgü Bir Kurum Süt Akrabalığı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 13 (13), 2002, s. 58.

… Sâime bt. Abdullah nâm Hatun mahfil-i kazâda **rızâen** oğlu [süt oğlu] işbu sâhibü'l-kitâb Mustafa Beşe b. Mehmed…

… mezbûre Fâtıma Hatun'un vekîl-i müseccel-i şer'îsi **rızâ'en** pederi [süt babası] el-Hâc Hüseyin Ağa b. İbrahim nâm kimesne…

… ücret ile kezâlik süknâ ve tasarrufu **rızâ'an** oğlum [süt oğlu] işbu el-Hâc Sâlih Çelebi b. Receb'e…

… Abdullah nâm hâtun hayâtında **rızâ'an** oğlu [süt oğlu] Mehmed Çelebi b. Ahmed nâm kimesne…

… sülüs-i âharını **rızâ'an** oğlum [süt oğlu] mezbûr Mehmed'e verile deyû vasiyyet etmekle… [8]

Süt akrabalığı, kendisinden olmayan bir çocuğu emziren kadın ile emzirilen çocuk arasında doğar (süt anne – süt evlat (süt oğul, süt kız)). Diğer bir ifade ile süt emmekle emen kişi, emzirenin bir parçası, nesli, onun çocuğu gibi bir duruma gelmektedir. Başka bir ifadeyle anne ile çocuk arasında koparılamayan bir ilişki doğar. Çünkü ilk iki yaşta çocuğun kas ve kemik gelişiminde sütün önemi büyüktür[9]. Ayrıca süt ile annenin bazı biyolojik ve psikolojik özelliklerinin çocuğa geçmesi de muhtemeldir. Ancak bu husus tıbben tam olarak açıklığa kavuşturulamamıştır[10]. Süt akrabalığı ise belli kişilerle evlenme engeli doğurur. *Kur'an*'da Nisa Suresi 24. ayette şöyle buyurulmuştur: "*Anneleriniz, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, erkek kardeşin kızları, kız kardeşin kızları,* ***süt anneleriniz ile süt kız kardeşleriniz****, eşlerinizin anneleri, kendisiyle birleştiğiniz eşlerden olup evlerinizde bulunan üvey kızlarınız* ***size haram kılınmıştır***…"[11]. Hz. Muhammed'in "*Sütten dolayı evlenilmesi yasak olanlar, kan bağı sebebiyle yasak olanların aynısıdır / Nesep sebebiyle haram olanlar emzirme sebebiyle de haram olur*" hadisi ile süt akrabalığının mutlak ve sürekli evlenme engeli çıkaracağı nasslarla sabit olmuştur. Ancak bu tür akrabalık mirasçılık, nafaka yükümlülüğü, şahitlik yasağı, velayet gibi hükümleri doğurmaz. Bununla beraber karşılıklı sevgi, sıla denilen ziyaretleşme gibi akrabalık ve insani görevlerin yerine getirilmesi beklenir[12].

Osmanlı hukukunda da süt akrabalığı hukuki sonuçlarıyla yer almıştır. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde süt akrabalığının Müslümanlar için evlenme engeli olduğu 18. maddede belirtilmiştir:

Madde 18: Bir erkek ile beynlerinde **radaan karabet bulunan kadınların tezevvücü madde-i sâbıkada muharrer zi-rahm-i mahrem kadınlar gibi müebbeden memnudur[13]**.

[8] http://www.kadisicilleri.org/, 01.04.2023.
[9] CİN, *Evlenme*, s.106; PEKER, Semra: "İslam Hukukunda Evlenme Yasağı ve Hikmetleri", *Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*, 9, 2020, s. 204.
[10] DAĞCI, Şamil: "İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri 1 (Devamlı Evlenme Engelleri)", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 39, 1999, s. 215-216.
[11] *Kur'an-ı Kerim*, en-Nisâ, 4/23.
[12] CİN, *Evlenme*, s.105; ŞAFAK, Ali: "İslam'da Evlenilmesi Yasaklananlar ve Yakın Akraba Evlilikleri ve Sakat Doğan Çocuklar", *Diyanet Dergisi*, XXII (4), 1986, s.19; ÇEKER, Orhan: "İslam Hukukunda Süt Akrabalığı", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 34, 2019, s. 345; YAMAN, s. 62-64; KAŞIKÇI, Osman: "Radâ'", *İslam Ansiklopedisi*, C.34, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara 2007, s. 385; ÖZDEMİR, E., s.17.
[13] ÇEKER, *Kararname*, s.27.

[Bir erkek ile aralarında süt akrabalığı bulunan kadınların evlenmesi önceki maddede yazılı olan kan akrabalığındaki evlenilmesi yasak kadınlar gibi ebediyen yasaktır.] Bu maddede bir önceki maddeye atıf yaptığı için madde 17'ye de bakmak gerekir:

Madde 17: Bir erkek ile beynlerinde karabet-i nesebiyye bulunan zî-rahm-i mahrem kadınların nikâhı müebbeden memnûdur. Bu kadınlar 4 sınıftır: Birincisi erkeğin validesi ve ceddeleri; ikincisi kız evlâd ve ahfâdı; üçüncüsü ale'l-ıtlak kız kardeşleri ve **kardeşlerinin kız evlâd ve ahfâdı**; dördüncüsü ale'l-ıtlak ammeleri ve teyzeleridir[14].

1. Süt Akrabalığının Şartları

Süt akrabalığının oluşabilmesi için belli şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Öncelikle kadın kendisinden olmayan çocuğu ilk 24 ay içinde emzirmelidir. Hanefi ve Malikilere göre çocuğun boğazından geçen az ya da çok süt mahremiyet oluşur. Şafii ve Hanbelilere göre beş emzirme mahremiyet oluşturur. Peygamberin Hadis-i Buhari'de geçen bir hadisine göre ise çocuğun açlığını giderecek şekilde süt emmesi süt hısımlığı oluşturur[15]. Böylece emziren ve emzirenin nesep akrabalarıyla emzirilen arasında süt akrabalığı meydana gelir.

Süt akrabalığı belli kişiler arasında mutlak ve sürekli evlilik engelini doğurur. Bu husus şu şekilde ifade edilir: "*Emene emdirenin küllü haram, emdirene emenin nefsi haram*". Konumuzla ilgili olarak şunu bilelim ki süt oğlun kız ya da erkek süt kardeşlerinin kızıyla da mutlak ve sürekli evlenme engeli vardır[16].

2. Süt Akrabalığı Evliliği ve Süt Akrabalığın İspatı

Süt akrabası olanlar, bir şekilde evlenmişlerse ve süt akrabalığı ikrar ve itiraf ya da şahitlerle veyahut yazılı bir belgeyle ispat edilirse evlenme kendiliğinden sonlanmaz, evliler ayrılır ve kamu otoritesinin yani kadının evliliği feshetmesi gerekir[17].

İkrarla süt akrabalığının ispatı: Süt akrabalığının ispatında koca karısıyla süt kardeş olduğunu ikrar ederse, beyanı muteberdir ve kadı evliliği fesheder. Bu ikrarı koca ısrarla söylerse, sonra bu ikrardan cayamaz; ısrar etmeden söyleyip sonradan hataya düştüğünü iddia ederse, taraflar ayrılmaz. Bu konuda karının ikrarına ise itibar edilmez. Çünkü kadın süt akrabalığı iddiasıyla istemediği bir evlilikten kurtulmak isteyebilir. Erkek ise talak yetkisini kullanarak evlenmeye istediği zaman son verebilir[18].

---

[14] ÇEKER, *Kararname*, s.26.
[15] CİN, *Evlenme*, s.106-107; YAMAN, s.62; ÖZDEMİR, Perihan: *Fetâvâ-yı Abdurrahim'deki Nikâh ile İlgili Fetvaların Değerlendirilmesi*, Kastamonu Ü. Sosyal BE Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Yüksek lisans tezi, Kastamonu 2019, s. 61.
[16] CİN, *Evlenme*, s. 108; YAMAN, s. 62-63; EKİNCİ, Ekrem Buğra: *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul 2019, s. 436.
[17] CİN, *Evlenme*, s.109; YAMAN, s. 63; KAŞIKÇI, s. 386.
[18] CİN, *Evlenme*, s. 109-110; ÖZDEMİR, P, s. 61.

Şahitlerle süt akrabalığının ispatı: Şahitlerle süt akrabalığının ispatlanmasında mezhepler arasında görüş farklılıkları vardır. Hanefilere göre süt akrabalığının ispatı iki erkek ya da bir erkek, iki kadının şehadetiyle sabit olur. Malikilere göre iki erkeğin şehadeti yeterlidir. Ancak evlenmenin gerçekleşmesinden önce halk arasında süt akrabalığının ispatı için bir erkek, bir kadın veya iki kadının şehadeti konusunda örf varsa, bu şahitler yeterlidir. Ancak bir kadının şehadeti süt akrabalığını ispatlamaya yetmez. Ancak böyle bir ikrar olduğunda eşlerin ayrılması dini yönden iyi sayılır. Şafiilere göre süt hısımlığı iki erkeğin veya bir erkekle iki kadının ya da yalnız dört kadının şehadeti ile ispat olunabilir. Onlarda şahitlik için sadece süt hısımlığının var olduğunun beyanı değil, aynı zamanda süt emme zamanı, miktarı, sütün çocuğun ağzına verildiği ve çocuğun bunu yuttuğunu gibi ayrıntıları da beyan etmesi gerekir. Hanbeliler arasında ise değişik görüşler vardır. Görüşlerden biri, süt anasının ya da adil bir şahsın şehadeti, diğeri iki kadının şehadeti, öbürü adil tek bir kadının şehadeti yeterlidir[19].

Son olarak süt akrabalığının tesisinde emilen miktar, emme zamanı gibi konularda şüpheler ortaya çıkarsa, kesinlik taşımayan bu tür bulgular ademü't-tahrim yani haramlığın yokluğu ilkesi nedeniyle dikkate alınmaz[20].

II. KONYA LİVASININ ILGIN KAZASININ DERBENT KÖYÜNDEN ABDULLAH'IN SÜT AKRABALIĞI İDDİASIYLA AÇTIĞI DAVA

Osmanlı Devleti'nde Ilgın kazasının Derbent köyünden Abdullah, kızı Fatma'yı aynı köyden Dilsiz Süleyman'ın istemesi üzerine onunla evlendirmiş ve yaklaşık on yıl sonra bu evliliğin sonlandırılması sebebinin üretilmesi için mahkemeye dilekçe vermiştir. 17 Haziran 1906 (4 Haziran 1322) günü Ilgın kazası hükûmet konağında toplanan şeriye mahkemesinde davacı Abdullah meseleyi şöyle açıklamıştır:

Davalı Lâl/Ahras/Tat/Dilsiz Süleyman davacı Abdullah'ın annesinden süt emerek kendisinin süt kardeşi olduğunu herkes bilmekteydi ve bunu ispata da hazırdı. Bu duruma rağmen Süleyman, Abdullah'ın kızı Fatma'ya talip olmuş o esnada Süleyman'ın kendisinin süt kardeşi olması nedeniyle kızının dahi amcası olacağı, bu nedenle nikâhın caiz olmayacağı dile getirilse de Komet Mehmed Efendi'nin ısrarıyla o zaman hocalara danışılmış, Mehmet Efendi'nin ısrarla nikâhın caiz olacağını yemin ederek söylemesine aldanarak cehalet sebebiyle kızının Süleyman'la nikâhı yapılmıştı. Ancak evlilikten yaklaşık on yıl sonra köyün ahalisinden ve eşraf-ı ulemadan Hacı Mevlüt Efendi nikâhın kesinlikle caiz olmadığını ve şimdiye kadarki evliliğin şer'e ve kanuna aykırı olduğundan ayrılmalarının gerekeceğini haber vermiş, davacı Abdullah başka hocalara da danışmış ve onlar da aynı şekilde cevap vermeleri üzerine dava açmıştır. Davacı Abdullah, kızının nikâhsız olarak Lâl Süleyman nezdinde bulundurulmayıp ayrılma gerekçelerinin tamamlanmasını, sunduğu durumun hakkıyla araştırılarak ortaya çıkacak hâle göre evlilik muamelelerinin caiz olup olmadığının şeri usule göre karara bağlanılmasını istemiştir.

[19] CİN, *Evlenme*, s. 110.
[20] YAMAN, s. 63.

Mahkemenin daha fazla ayrıntı istemesi üzerine verdiği ifade şu şekildedir: Bundan 10 sene önce kızı Fatma'yı Tat Süleyman'a vermiştir. Annesi Fatma'nın ilk çocuğu kendisi, 2. çocuğu Hasan, 3.süyse Mustafa'dır. Davalı Süleyman, Mustafa ile birlikte süt emmiş ve dolayısıyla radâan/süt yoluyla kendisiyle de süt kardeşi olmuştur. Bu nedenle kızının dahi süt amcası demek olacağından gereken hukuki muamelenin yapılmasını talep etmişti (bk. Ek 1)[21].

Bunun üzerine davacı Abdullah'a davalı Dilsiz Süleyman'ın validesinin adı, kaç çocuk dünyaya getirdiği, sorulmuş; Abdullah cevabında Süleyman'ın annesinin adının Zeynep olduğunu, kaç çocuğunun olduğunu bilmediğini söylemiştir. Süleyman'la süt kardeşi olan Mustafa'nın kaç yaşında olduğu sorulunca, 35-38 yaşlarında olduğunu söylemiştir.

Ne diyeceği davalı Süleyman'a sorulmuş, o da 18 Haziran 1906 (25 Rebiülahir 1324) tarihinde işaret dilinden anlayan Mehmet Efendi'nin tercümanlığıyla soruları cevaplamıştır: Davacının kardeşi Mustafa'yla radâan kardeş olduklarını bilmediğini; davacıyla taraf/hasım değil, annesi ve Mustafa'yla hukuken davalı olacağını; bu cihetlerin şer'an araştırılmasını, Müftü Efendi'ye havale edilerek fetva alınması talep etmiştir.

Dava evrakının istek üzerine şer'i gerekçesinin üretilmesi istendiği için konu Ilgın Müftüsü Abdullah Hilm Efendi'ye havale edilir. 18 Haziran 1906 (25 Rebiülahir 1324)'da Ilgın müftüsü radâ meselesinin hukukullahtan olması nedeniyle şahitliklerin makbuliyeti için dava açmaya gerek olmadığını, sadece ihbarın yeterli olduğunu ifade etmiştir. «*Kadı da bu hakta hasımdır, şahitlerin şehadeti hasım üzerine olur. Şahitlerin dinlenerek muhakemenin devam etmesi gerekir*.» der (bk. Ek 2)[22].

20 Haziran 1906 (27 Rebiülahir 1324)'da müftünün fetvası okunup Mehmed Efendi işaret diliyle Davalı Süleyman'a anlatmış, esas dava hakkında müdafaası Süleyman'a sorulmuş, verdiği cevapta 8-10 sene önce davacının kızıyla nikâhla evlendiğini, radâ hakkında mürasele gelene kadar bilgisinin olmadığını, bu davanın zevcesi Fatma'nın ahireti için kötü bir fiil olduğundan dolayı açıldığını ve kendisinin radaan kardeş iddiasını bilemediğini belirtmiş, davanın açılmasının gerçek sebebinin karısıyla aralarındaki geçimsizlik olduğunu ileri sürmüştür (bk. Ek 3).

Süleyman'ın süt akrabalığını inkâr etmesi üzerine davacı Abdullah'tan radâ meselesini kelimelerle ifade edecek şahit istenmiştir. Bunun üzerine Abdullah kardeşleri Hasan, Mustafa, Fadime, Şerife ile Tüysüzoğlu Hacı Mevlüt Efendi, ayrıca Hacı Ali Ağa'nın Mustafa ve onun zevcesi Emine, Halil'in Mehmed'in Ayşe ve kızı Şerife, Halil'in İsmail'in oğlu Ahmet, barmaksız Hoca Mehmed Efendi ve Yağcızade Mustafa Efendi olmak üzere 12 şahit göstermiş, bunlardan başka da şahidi olmadığını ifade etmiştir. Şahitleri de 12 Temmuz 1906 (29 Haziran 1322)'da getireceğini beyan etmesi üzerine, mahkemenin o tarihte toplanmasına karar çıkmıştır[23].

[21] BOA, 269 Numaralı Ilgın Şeriye Sicili, s. 2.
[22] BOA, 269 Numaralı IŞS, s. 3.
[23] BOA, 269 Numaralı IŞS, s. 4.

Mahkemenin belirtilen günde yani 12 Temmuz 1906 (29 Haziran 1322)'da toplandığını görüyoruz. Davacı Abdullah'a şahitlerini getirip getirmediği sorulmuş, getirdiği beyanı üzerine şahitler dinlenmişti.

Kardeşi Hasan'ın ifadesi: "*işbu hazır-ı mezkur Tat Süleyman benim karındaşım Mustafa ile radâ'an karındaşı olduklarını validemden işitip bilirim ve biraderim Abdullah'ın kızı Fatma'yı merkum Tat Süleyman'a akd ve nikâh edilip zevce-i menkûha-i medhûl bihâsı olalı 10 sene olduğunu ve babam vefat edeli 18 sene olup, validem Fatma dahi 12 sene evvel vefat etmiş ve şehadetim bundan ibaret olup böylece şâhidim ve şehadet ederim*" demesi üzerine şimdiye kadar niçin şahitlik etmek üzere gelmediği sorulmuş, o da "*şimdiye kadar bilmez idik onun için gelemedik*" demiştir[24].

Diğer şahit kardeşi Mustafa'nın ifadesi: "*İşbu hazır-ı mezbur Tat Süleyman ben validem Fatma'dan tevellüt ettiğimde benim sütümden emzirilerek bizler ile karındaş olduğunu validem Fatma'dan işittir idik validem vefat edeli 11-12 sene oldu. Babam Ömer de merkum Süleyman'la radâan karındaşı olduğumuzu bize söylerdi. O da vefat edeli 20 sene oldu merkum Tat Süleyman biraderim Abdullah'ın kızını alalı 10 sene oldu. Şimdiye kadar biz cahil olduğumuz cihetle böyle şeyi bilmez idik*» demiştir[25].

Kız kardeşi Fadime'nin şehadeti: «*40 sene önce Tat Süleyman, annem Fatma'dan olan kardeşim Mustafa'yla emzirilip radâan kardeş olduklarını, annesinin 11-12 sene önce vefat ettiğini, bu hususu annesinden dahi işittiğini, Abdullah'ın kızının Tat Süleyman'a verileli yaklaşık 10 sene olduğunu, şimdiye kadar cahil olduklarından bilip, gelmediklerini*" ifade etmiştir[26].

Davacı Abdullah hasat zamanı başka şahit getirememiş, ancak 4 Ağustos 1906 (22 Temmuz 1322) Cuma günü getirebileceğini belirtmesi üzerine mahkeme bu tarihe ertelenmiştir. Belirtilen gün mahkeme toplanmış, davacı ancak bir şahit getirebilmiştir.

Şahide Derbend köyünden kardeşi Şerife'nin ifadesi: "*Mustafa Efendi oğlu Süleyman kardeşim Mustafa'nın sütünden emdiğinden radâan kardeş olduklarını bilirim. Süleyman 30-35 yaşında olduğu gibi kardeşim Mustafa da o yaştadır. Şimdiye kadar cehalet sebebiyle şahitlik etmemiştir. Kızı alalı 10 sene olmuştur, o vakit bu durumu söylemiş olsa da kardeş olmaz demişlerdir*." diye ifade vermiştir.

Diğer şahitleri getirmek için Abdullah süre istemiş ve 8 Ağustos 1906 (26 Temmuz 1322) Çarşamba gününe kadar süre verilmişti. Ancak bir sonraki mahkemenin 1,5 ay sonra 24 Eylül 1906 (11 Eylül 1322) tarihinde toplandığını görüyoruz. Davacı Abdullah'a şahit getirip getiremediğinin sorulması üzerine başka şahit getiremediğini beyan etmiştir. Evvelce getirdiği şahitlerin şahitlikleri üzere şer'î cevabı talep etmiştir.

[24] BOA, 269 Numaralı IŞS, s. 4.
[25] BOA, 269 Numaralı IŞS, s. 5.
[26] BOA, 269 Numaralı IŞS, s. 5.

Davalı Tat Süleyman'a, işaret dili tercümanı Mehmet Efendi vasıtasıyla, kendisinin başka bir diyeceği olup olmadığı sorulmuş; cevaben, başka diyeceği olmadığını, davanın soruşturulduktan sonra zevcesinin evine dönmesini talep etmiştir.

Bunun üzerine mahkemede davacının ifadesi, şahitlerin şehadetleri, davalının müdafaası okunmuş, sonra gereken fetvanın ek olarak yazılması için dav evrakları Ilgın Müftüsü Abdullah Hilmi'ye gönderilmiştir.

Abdullah Hilmi Efendi 27 Eylül 1906 (8 Şaban 1324) tarihli cevabında «*İslam topraklarında şeri hükümleri bilmemenin şehadetin kabulünü engelleyip engellemediğine dair tercümelerde bir bilgi bulamadığından davanın başka bir merciden soruşturulmasını*» istemiştir (bk. Ek 4). Bu sebeple yani "*cehl sebebiyle*" diğer bir ifadeyle cehalet sebebiyle dava başka bir zamana ertelenmiştir (bk. Ek 5)[27]. İncelediğimiz sicilde davanın devamına dair bir kayda ise rastlanılmamıştır. Davanın devamını bulmak için araştırmalarımız devam etmektedir.

SONUÇ

Süt akrabalığı iddiasıyla Kocaömeroğlu Abdullah'ın, damadı Dilsiz Süleyman aleyhine açtığı dava Ilgın müftüsü Abdullah Hilmi Efendi'nin de belirttiği gibi hukukullahtan yani Allah haklarındandı, kamu yararınaydı. Bu yüzden, dava açılmasına bile gerek olmadan şahitlerin ihbarının soruşturma için yeterli olduğu, kadı'nın da bu davada taraf olduğu belirtilmişti.

Osmanlı hukukunda, teorik olarak aralarında süt akrabalığı bulunanlar bir şekilde evlenmişlerse, ya ikrar ya da şahitler dinlenerek veya yazılı olarak süt akrabalığı tespit edilir, evliler ayrılır, ancak nikâhın feshi kadı huzurunda gerçekleştirilirdi. İkrar sadece kocaya verilmiş bir haktı, kadın'ın istemediği bir evlilikten kurtulmak için kocasıyla süt akrabası olduğu iddiasında bulunabileceği nedeniyle ikrarı kabul edilmezdi. Çünkü Osmanlı hukukunda tek taraflı iradeyle boşama yetkisi yani talâk kocaya verilmişti.

Ilgın Şeriye Mahkemesi, Derbent köyünden Dilsiz Süleyman ile karısı Abdullah kızı Fatma'nın süt akrabası olduğuna dair Fatma'nın babası Abdullah'ı 17 Haziran 1906 tarihinde dinlemiştir. Buna göre Abdullah'ın annesi Fatma, 3. oğlu Mustafa'yı emzirirken kendinden olmayan Süleyman'ı da emzirmiştir. Böylece Abdullah'la Süleyman arasında süt kardeşliği oluşmuştur. Dolayısıyla Süleyman, Abdullah'ın yani kendisinin kızı Fatma'nın süt amcası olmuştur. Süt akrabalığını köyde herkes bildiği halde Süleyman, Abdullah'ın kızı Fatma'ya (süt amcası olduğu kıza) talip olmuştur. Abdullah'ın mahkemedeki beyanına göre, o zaman Komet Mehmet Efendi'nin ısrarıyla hocalara danışılmış ve bu evliliğin caiz olduğuna dair Mehmet Efendi'nin yeminli ifadesine aldanılarak cehaletle bu evlilik gerçekleşmiştir.

Bu evlilikten 10 yıl sonra köy ulemasından Hacı Mevlüt Efendi'nin, süt akrabalığından dolayı nikâhın katiyyen caiz olmadığına, şer'an ve kanunen ayrılmaları gerektiğine dair beyanı üzerine, başka

[27] BOA, 269 Numaralı IŞS, s. 6.

hocalara da danışılmış, nikâhın caiz olmadığı cevabı alınmıştır. Bunun üzerine Abdullah, kızı Fatma'yı baba evine getirmiş, dava açmış, ayrılması için gereken soruşturmanın yapılmasını istemiştir. Ilgın Şeriye Mahkemesi davalı Dilsiz Süleyman'ı sorgulamıştır. Süleyman işaret dili tercümanı Komet Mehmet Efendi aracılığıyla dinlenmiştir: Süleyman mahkemeden mürasele gelene kadar süt akrabalığı konusunu bilmediğini, davanın, evliliklerinin karısının ahireti için kötü bir fiil olduğu iddiasıyla açıldığını, gerçek sebebinse aralarındaki geçimsizlikten kaynaklandığını, öne sürmüştür.

Bunun üzerine Abdullah'tan şahitleri istenmiştir. Abdullah 12 şahit ismi verse de ancak 2 erkek kardeşini (Hasan, Mustafa) ve 2 kız kardeşini (Fadime, Şerife) şahit olarak mahkemeye getirebilmiştir.

Bugün bir ilçe olan Derbent, 1906'da Ilgın'a bağlı bir köydür ve Ilgın'a 42 km'lik bir mesafede bulunmaktadır. Bu mesafe yaya olarak yaklaşık 9 saat sürmektedir. Buna dönüşü, dinlenmeyi ve Ilgın'da işini görme süresini de eklersek Derbent'ten Ilgın şeriye mahkemesine gelip gitmek en az 2-3 gün almaktadır.

Hasat zamanı olduğu için Abdullah, 12 şahidinden ancak 4'ünü getirebilmiştir. Şahitler, genel çerçevede annelerinin 12, babalarının ise 20 sene önce öldüğünü, Abdullah'ın kızı Fatma ile Süleyman evleneli ise 10 yıl olduğunu, kardeşleri Mustafa ile Süleyman'ın süt kardeş olduklarını anne ve babalarından işittiklerini söylemişler, ancak şimdiye kadar cahilliklerinden gerekeni yapmadıklarını dile getirmişlerdir.

Mahkeme son olarak 24 Eylül 1906 tarihinde toplanmış, davalı Süleyman zevcesinin kendi evine dönmesini (kocasının evine) talep etmiştir.

Bunun üzerine yaklaşık üç ay süren davanın evrakı 25 Eylül 1906'da şer'i değerlendirmesinin alınması için Ilgın müftüsüne gönderilmiştir.

Müftü, İslam topraklarında şer'i hükümlerin bilinmemesinin, şahitliğin kabulüne engel olup olmadığına ilişkin araştırmalar yapmış, ancak bir bilgi bulamadığından davanın başka bir merciden soruşturulmasını istemesi üzerine dava ertelenmiştir. Böylece dava çözüme kavuşturulamamıştır. Şimdiye kadar incelediğimiz Ilgın şeriye sicillerinde davanın devamına ilişkin bir kayda rastlayamadık. Araştırmalarımız devam etmektedir.

Müftü ve kadı; aynı aileden olan kişilerin şahitliklerinden; kocanın, davanın gerçek sebebinin karısıyla geçimsizlik olduğu iddiasından; süt akrabalığı iddiasının 10 yıl sonra tekrar gündeme getirilmesinden ve her şeyden önce cahillik nedeniyle gerekeni önceden yapmayan şahitlerin şahitliklerinden şüphelenmiş olabilir.

İslâm hukukunda boşama hakkı esas olarak kocaya verilmiştir. Koca tek taraflı irade beyanıyla (talâk) karısını boşayabiliyordu. Bununla birlikte karı-koca karşılıklı anlaşarak da (muhalaa=hul) ya da hâkimin kararı (tefrik) ile boşanabiliyordu. Diğer bir ifadeyle zevceye, ancak kocasıyla anlaşmalı ya da adli boşanma (tefrik) yani kadıya müracaatla boşanma hakkı tanınmıştır. Mesela kocada mevcut önemli hastalıklar (cüzzam, akıl hastalığı, frengi), nafaka borcunu kocanın yerine getirmemesi, kocanın gaipliği…

Osmanlı hukukunda geçimsizlik ve kötü muamele nedeniyle adli boşama, özellikle Hanefi ve Şafilere göre geçerli bir sebep değildi. Hanbeli ve Malikiler ise geçimsizlik ve kötü muamele nedeniyle tefriği kabul etmişlerdi. Osmanlı Devleti'nde Hanefi hukuku genel olarak kabul gördüğü için geçimsizlik nedeniyle kadın'ın boşama istemi davalarıyla çok fazla karşılaşılmaz. Osmanlı toplumunda birbiriyle geçinemeyen çiftler arasında bu durumun bir huzursuzluk kaynağı doğurduğu muhtemeldir. Ki bu sorun nedeniyle 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Maliki mezhebinin tercihi olan fena muamele ve geçimsizlik durumunda sorun, aile meclisine havale edildiğini ve meclise tefrik yetkisinin verildiğini görüyoruz[28].

İncelenen süt akrabalığı iddiasıyla ilgili nikâhın feshi davası hem mutlak evlenme engeli yaratan bir sorun hem de toplumda geçimsizlik yaşayan eşleri ilgilendiren bir sorun olarak karşımıza çıkıyor. Eğer zevc Süleyman'ın iddia ettiği gibi davanın gerçek sebebi geçimsizlik ise karı-koca arasında geçimsizlik nedeniyle zevcenin mahkemeye müracaat edememesi, sorunun görünürdeki sebebinin farklı fıkhî dayanaklara başvurularak dile getirilmesine sebep olmuş olabilir. Bu ve benzer sorunların varlığı HAK'ta zevcenin geçimsizlik nedeniyle adli boşama hakkına kavuşması için Maliki mezhebinin görüşünün kanunlaşmasına neden olan olaylardan biri olmuş olmalıdır.

Kaynakça

Başkanlık Osmanlı Arşivi, 269 Numaralı Ilgın Şeriye Sicili.

CİN, Halil – Gül AKYILMAZ: Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yay., Konya 2003.

CİN, Halil- Ahmet AKGÜNDÜZ: *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yay., İstanbul 2017.

CİN, Halil: *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Selçuk Ü. Hukuk F. Yay, 2. Baskı, Konya 1988.

CİN, Halil: *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Selçuk Ü. Hukuk F. Yay, 2. Baskı, Konya 1988.

ÇEKER, Orhan: "İslam Hukukunda Süt Akrabalığı", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 34, 2019, s.341-358.

ÇEKER, Orhan: *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Mehir Vakfı Yay., 3. Baskı, Konya 2016.

DAĞCI, Şamil: "İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri 1 (Devamlı Evlenme Engelleri)", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 39, 1999, s. 175-238.

EKİNCİ, Ekrem Buğra: *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul 2019.

http://www.kadisicilleri.org/, 01.04.2023.

İNALCIK, Halil: "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi - Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, 1958, s. 102-126.

[28] ÇEKER, *Kararname*, s. 55-56, 99 (130. Madde); CİN, Halil – Gül AKYILMAZ: *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yay., Konya 2003, s.372.

KAŞIKÇI, Osman: "Radâ'", *İslam Ansiklopedisi*, C.34, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., İstanbul 2007, s. 384-386.

ÖZDEMİR, Esra: "İslam'da Süt akrabalığı ile İlgili Rivayetlerin Değerlendirilmesi", *İlahiyat*, S. 2, 2019, s. 15-32.

ÖZDEMİR, Perihan: *Fetâvâ-yı Abdurrahim'deki Nikâh ile İlgili Fetvaların Değerlendirilmesi*, Kastamonu Ü. Sosyal BE, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Dan.: Recep ÖZDİREK, Kastamonu 2019.

PEKER, Semra, "İslam Hukukunda Evlenme Yasağı ve Hikmetleri", *Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*, 9, 2020, s. 187-215.

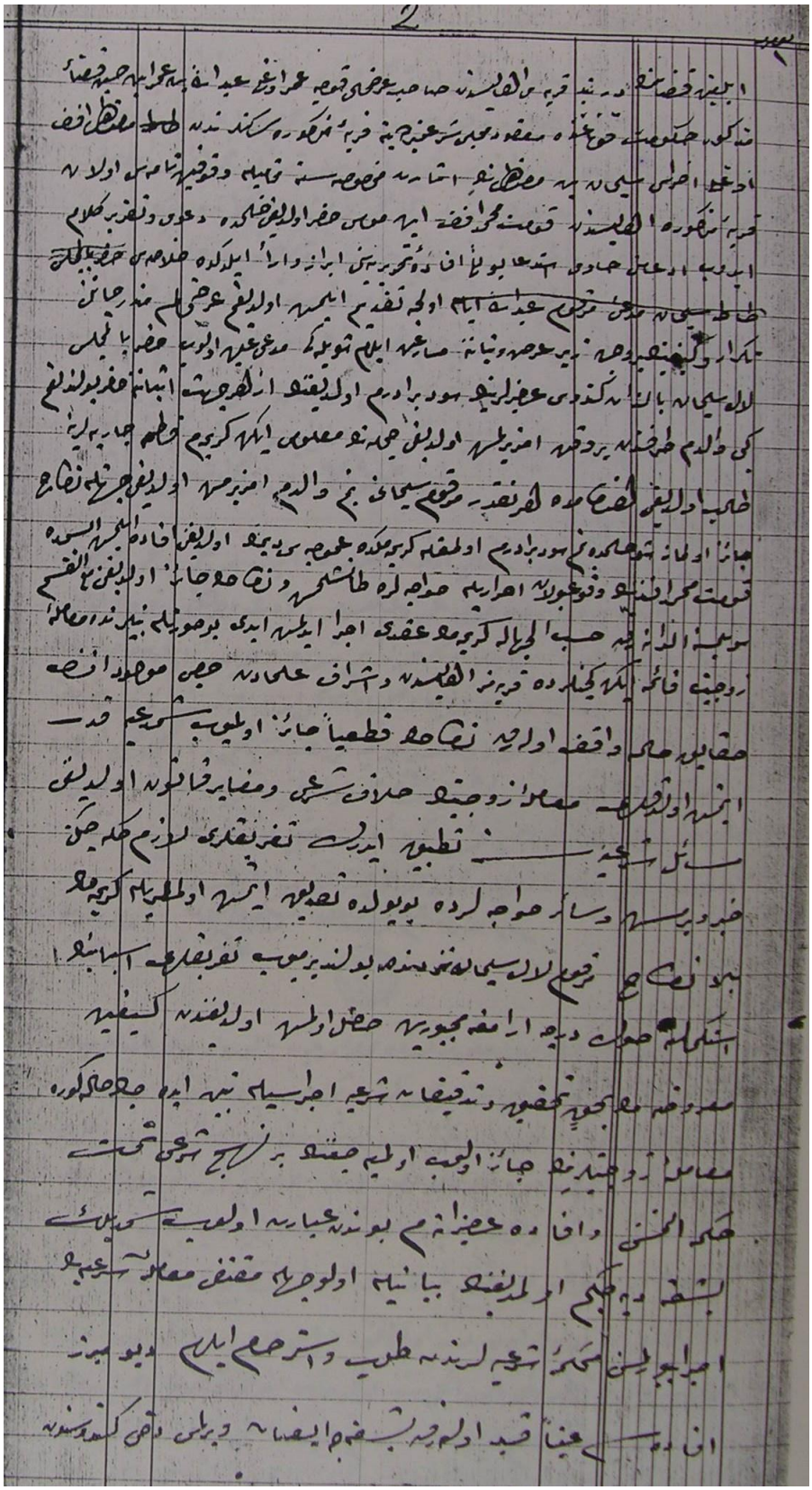
ŞAFAK, Ali: "İslam'da Evlenilmesi Yasaklananlar ve Yakın Akraba Evlilikleri ve Sakat Doğan Çocuklar", *Diyanet Dergisi*, XXII (4), 1986, s.16-29

ÜNAL, Mehmet: "Medeni Kanun'un Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 34, Sayı: 1, s. 195-231.

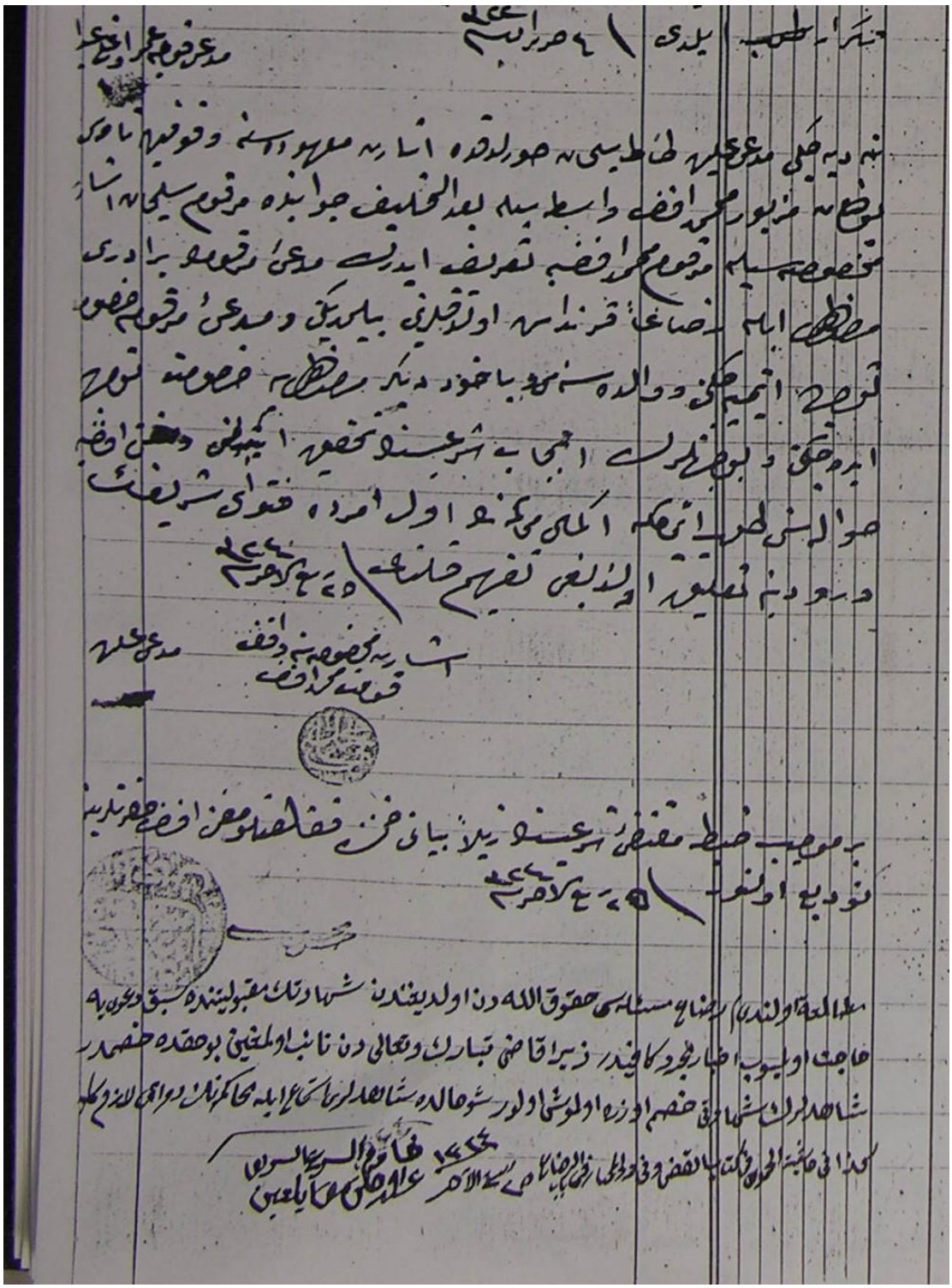
YAMAN, Ahmet: "İslam Hukukuna Özgü Bir Kurum Süt Akrabalığı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 13 (13), 2002, s. 55-67.

EKLER

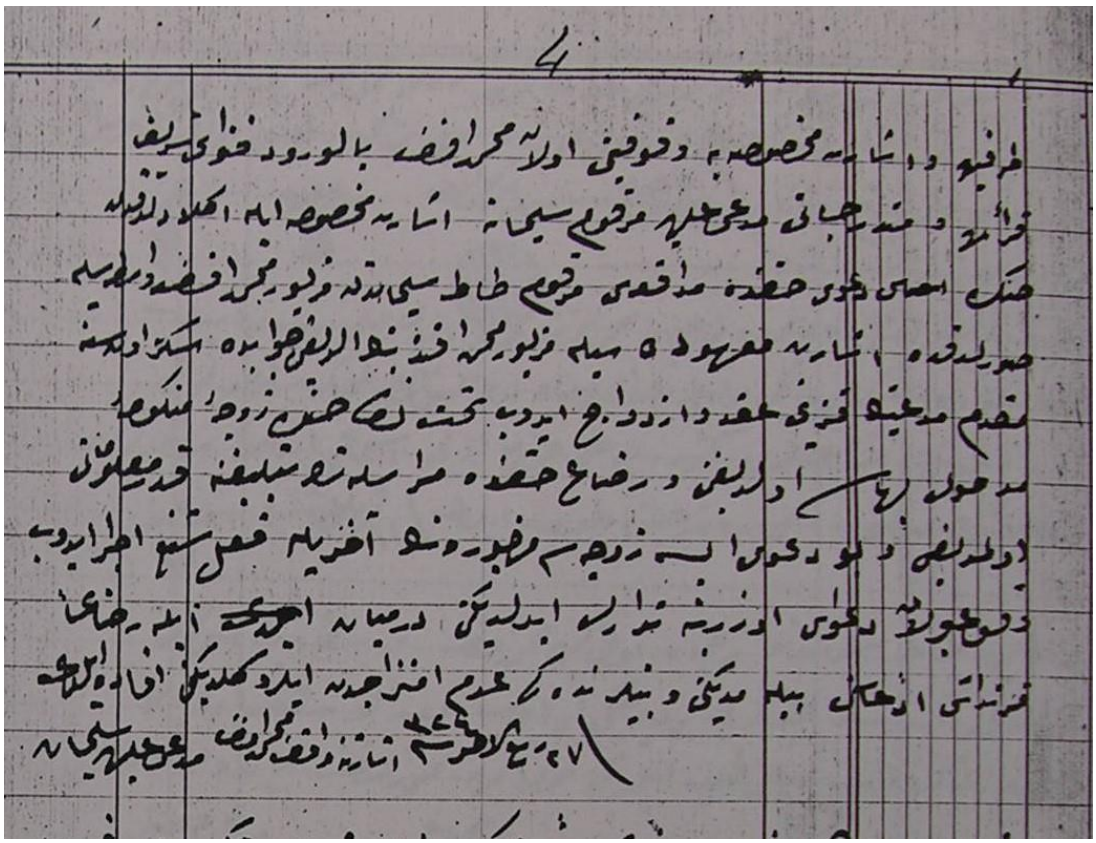
Ek 1: Davacı Abdullah'ın ifadesinin yazılı olduğu sicil kaydı.



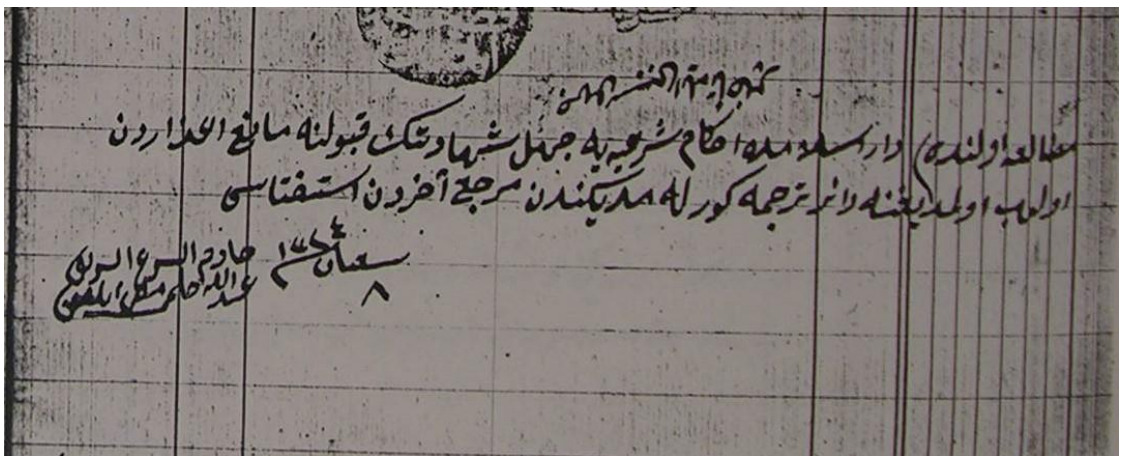
Ek 2: 269 numaralı Ilgın şeriye sicilinin 3. sayfadan bir görüntü.



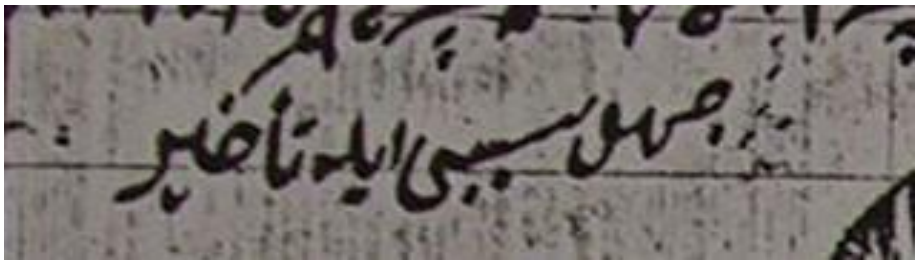
Ek 3: Davalı Dilsiz Süleyman'ın mahkemedeki savunmasının yazılı olduğu kayıt.



Ek 4: Ilgın Müftüsü Abdullah Hilmi'nin cahilliğin şahitliğin kabulüne engel olup olmadığı dair tercümelerde bir bilgi bulamadığından ötürü davanın başka yerden soruşturulmasına dair beyanı.



Ek 5: Mahkemenin şahitlerin cehaleti sebebiyle ertelenmesine dair kayıt



TÜRKİYE'DE İKLİM ADALETİ KAPSAMINDA TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİNİN GÖRÜNÜR KILINMASI

Arş. Gör. Elif Baydemir*

ÖZET

Türkiye'de iklim adaletinin gerçekleştirilmesi bakımından toplumsal cinsiyetin göz ardı edildiği görülmektedir. İklim değişikliğinin sonuçlarının cinsiyetlere eşit boyutta yansımaması nedeniyle, Türkiye'de kadınlar varoluşsal bir tehdit altındadır. Bu nedenle iklim adaleti kapsamında toplumsal cinsiyetin görünürlüğünün hem teorik düzlemde hem de uygulamada artırılması toplumsal bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye'de kadınlar, anayasada öngörülen çevrenin korunması ödevinde aktif rol almaktadır. Kadınların iklim değişikliği konusunda farkındalıkları yüksektir. Türkiye'de çevre tahribatına yol açan siyasi adımlar karşısında, ekosistemin koruyuculuğunu çoğunlukla kadınların üstlendiği pek çok örnek bulunmaktadır. Çevre tahribatı, kadını üretken faaliyetlerden alıkoymaktadır. Kadının doğal kaynaklardan faydalanmasını engellemekte, doğurganlığını riske atmakta ve yoksullaşmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla iklim krizi erkeklere oranla kadınların ekonomik statülerinin daha çok gerilemesine neden olmaktadır. İklim krizinin, cinsiyetler üzerinde eşit düzeyde sonuç doğurmama ihtimali konunun toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden yeniden düşünülmesini gerektirmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın sistematiğinden hareketle, iklim adaletsizliğinin derinleştirdiği mevcut toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin giderilmesi, devletin temel görevlerinden ve idarenin kamu hizmeti yükümlülüklerindendir. Anayasamızda sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kategorisinde yer alan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı kapsamında belirlenen iklim adaletine yönelik politikalar, toplumsal cinsiyet eşitliğinden bağımsız düşünülemez. Zira doğa ve toplum bağının uyumlaştırılabilmesi için toplumsal cinsiyet eşitliği bir tür katalizördür. Ancak iklim adaleti tesisi bakımından toplumsal cinsiyet eşitliği henüz yeterince anlaşılamamıştır. Bu nedenle de bir insan hakları sorunu yaratılıyor gibi görünmektedir. Türkiye'de çevrenin korunmasına yönelik mücadelelerde toplumsal cinsiyetin rolünün dikkate alınması için mevzuatımızda bazı hükümlerin öngörülmesi ve kadınların iklim adaleti mücadelesine katkı sunmalarının sağlanması önemli bir adım olacaktır. Çalışma kapsamında ilk olarak kısaca iklim adaleti kavramı üzerinde durulmuş, ardından toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden ne anlaşılması gerektiğine değinilmiştir. Daha sonra toplumsal cinsiyet eşitliğinin giderilmesi için norm ihtiyacının neden sürdüğü açıklanmış ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin görünür kılınmasına dair önerilerden bahsedilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak, iklim adaletinin gerçekleştirilmesinin araçlarından birisi olarak iklim adaletinin gerçekleştirilmesine yönelik politikaların belirlenmesinde kadın temsilinin artırılması önerilmektedir. İkinci olarak ise toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması amacıyla, kamu otoriteleri tarafından iklim adaletine yönelik strateji planları oluştururken, pozitif ayrımcılık doğrultusunda,

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, elif.baydemir@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0408-7580.

toplumsal cinsiyet eşitliğini görünür kılmanın araçlarından biri olan toplumsal cinsiyete duyarlı bütçe mekanizmasının işletilmesi önerilmektedir. Ek olarak, çevresel adaletin sağlanabilmesi için, toplumsal cinsiyet eşitliği parametresinin dikkate alınması yükümlülüğü getirilmesi üzerinde durulmuş ve iklim adaletinin sağlanması bakımından idarenin sorumluluğuna da kısaca değinilmiştir.

Anahtar kelimeler: İklim Adaleti, Toplumsal Cinsiyet eşitliği, İklim Krizi, Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme, İdarenin Sorumluluğu.

MAKING GENDER EQUALITY VISIBLE WITHIN THE SCOPE OF CLIMATE JUSTICE IN TURKEY

ABSTRACT

In Turkey, it is observed that gender is disregarded in terms of climate justice. Due to the unequal impact of climate change on genders, women in Turkey are under an existential threat. Therefore, increasing the visibility of gender in both theoretical and practical aspects under the scope of climate justice appears as a societal need. Women in Turkey play an active role in fulfilling the duty of protecting the environment as envisaged in the constitution. Women have a high level of awareness on climate change issues. There are many examples in Turkey where women mostly take on the role of protecting the ecosystem, in response to political steps that cause environmental destruction. Environmental destruction prevents women from productive activities. It prevents women from benefiting from natural resources, puts their fertility at risk, and leads to impoverishment. Therefore, the climate crisis causes women to experience a greater decline in their economic status compared to men and makes it more difficult for them to access food. The possibility that the climate crisis may not have equal consequences on genders requires a reconsideration of the issue from the perspective of gender equality. Based on the systematics of the Constitution of the Republic of Turkey, remedying the current gender inequality deepened by climate injustice is one of the fundamental duties of the state and the public service obligations of the administration. Policies for climate justice, determined within the scope of the right to live in a healthy environment, which is included in the category of social and economic rights and duties in the Constitution, cannot be considered independent of gender equality. Because gender equality is a kind of catalyst for reconciling the bond between nature and society. However, gender equality has not yet been sufficiently understood in terms of establishing climate justice. Therefore, it seems to create a human rights issue. It would be an important step to foresee some provisions in our legislation for taking into account the role of gender in the struggles for protecting the environment in Turkey and ensuring women's contribution to the fight for climate justice. The study first briefly discussed the concept of climate justice, then addressed what needs to be understood from the perspective of gender equality. Next, the need for norms to remedy gender equality was explained and suggestions were made for making gender equality visible. In this context, first, it is proposed to increase women's representation in determining policies for achieving climate justice as one of the means of achieving climate justice. Second, in order to achieve gender equality, it is recommended that public authorities operate gender-sensitive

budget mechanisms in the direction of positive discrimination while creating plans of strategy for climate justice. In addition, it was emphasized that the obligation to take into account the parameter of gender equality for achieving environmental justice should be introduced and briefly touched upon the responsibility of the administration in ensuring climate justice.

Keywords: Climate Justice, Gender Equality, Climate Crisis, Gender Responsive Budgeting, Administrative Responsibility.

GİRİŞ

İklim değişikliği çevresel ve dahası küresel bir sorundur.[1] Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine göre *"iklim değişikliği karşılaştırabilir zaman dilimlerinde gözlenen doğal iklim değişikliğine ek olarak, doğrudan veya dolaylı olarak küresel atmosferin bileşimini bozan insan faaliyetleri sonucunda iklimde oluşan değişikliktir".* [2] İklim değişikliği esasen çevresel adalet sorunu şeklinde ifade edilebilir. Zira iklim değişikliği iklimlerin değişmesinin ötesinde temiz su kaynaklarına, gıda, barınma, sağlık gibi temel ihtiyaçlara erişim sorununu beraberinde getirerek, hukuk alanını ilgilendiren bir insan hakları sorununu da beraberinde getirme potansiyeline sahiptir.[3] Ayrıca iklim değişikliğinin sosyoekonomik bir sorun olma yönünün de değerlendirilmesi, konunun sosyal adalet boyutunun anlaşılması bakımından önemli bir ölçüdür.[4] İklim değişikliğinin en çok etkilediği coğrafyalar ve onların ekonomik ve sosyal refah seviyelerinin negatif seyri nedeniyle bu meselenin farklı bakış açılarıyla ele alınması iklim adaleti mücadelesi bakımından kilit noktadır. İklim değişikliği toplum sağlığını tehdit ederek bir halk sağlığı sorunu yaratmaktadır. Devletlerin gerekli tedbirleri almaması iklim adaletini sağlayamaması nedeniyle dezavantajlı grupların toplumsal statüsünü negatif yönde etkilenmektedir. İklim adaletsizliği toplumsal cinsiyet eşitsizliğini artırarak, kadınların sağlıksız bir çevrede yaşamak zorunda kalmasına, doğal kaynaklara, besinlere yeterince ulaşamamasına, ekonomik anlamda ise varlık gösterememesine ve dolayısıyla geleceğine doğrudan tehdit oluşturmaktadır. Diğer deyişle iklim krizi cinsiyetler arası eşitsizliği tetikleyen faktörlerden birisidir.

---

[1] İnsanlığın doğanın dengesi ile uyumsuz politikaları sonucu iklim türlerinin değişmesi olarak ifade eden kaynaklar da bulunmaktadır bknz. KURNAZ, Levent: Küresel İklim Krizi, İklim Değişikliği ve Politikaları Uygulama ve Araştırma Merkezi, s. 15. Erişim Linki: https://e-derg i.tubitak.gov.tr/edergi /yazi.pdf?dergiKodu=4&cilt=55&sayi=1113&sayfa=12&yaziid=45937

[2] Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (United Nations Framework Convention on Climate Change/UNFCCC), Madde 1. Erişim Linki: https://web dosya.csb.gov.tr/db/ik lim/webmen u/webmenu12421_1.pdf

[3] Miranda, M. L., Hastings, D. A., Aldy, J. E., & Schlesinger, W. H. (2011). The environmental justice dimensions of climate change. Environmental justice, 4(1), 17-25. Aktaran: KÜLÇÜR, Rakibe: Toplumsal Cinsiyetin Çevresel Adalet ve İklim Değişikliği Bağlamında Türkçe Literatürdeki Görünürlüğü, *İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi*, Sayı 24, 2022, s. 38. Erişim Linki: https://cdn.istanbul.edu.tr/file/

JTA6CLJ8T5/CDB35BC5FCA84D378A0382A573F6D32E

[4] TALU, Nuran: İklim Değişikliği ve Toplumsal Cinsiyet Politika Belirleme Süreçleri, *Yasama Dergisi*, Sayı 33, 2016, s. 72. Erişim Linki: https://dergipark.org.tr/tr/pub/yasamadergisi/issue/54466/741353

İklim adaleti kavramı bu çalışmanın çıkış noktasıdır. İklim adaleti, iklim değişikliğinin sonuçlarını bir bakıma adalet sorunu olarak gören bir kavram olarak açıklanabilir.[5] İklim değişikliğinin getirdiği eşitsizlikler, aynı zamanda da adaletsiz bir yaşama da neden olmaktadır. İklim adaleti kavramının tartışmalı olduğu, literatürde uzlaşı sağlanmış ortak bir tanımı olmadığını, kavramın farklı boyutları bulunması nedeniyle tanımın da farklılaşabileceği ifade edilmiştir.[6] İklim adaleti kavramından bu çalışma kapsamında anlaşılması gerekeni, iklim değişikliğine neden olmak bakımından en az sorumlu olan ya da olmayan grupların iklim değişikliğinin sonuçlarından en fazla zarar görenler ya da görecekler olduğu şeklindeki adaletsizliğe işaret eden bir kavram olarak açıklayabiliriz. O halde en az sorumlu olanların en çok etkilendiği fayda ve yük dengesizliği iklim adaletinin özünü ifade etmektedir.[7]

İklim adaleti kavramı yalnızca bir adaletsizliğin sözel ifadesinden ibaret olmayıp aynı zamanda bir hak talebini de ortaya koymaktadır. Örneğin idarenin karar alma sürecine kapsayıcı katılım imkânı sağlanması, dezavantajlı grupların sosyoekonomik durumlarının iyileştirilmesine yönelik politikalar belirlenmesi, sağlıklı bir çevrede yaşam hakkının korunması gibi örnekler iklim adaletinin hak taleplerini kapsadığını göstermektedir.[8]

İklim adaletinin toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden tartışılması ve anlaşılması gereklidir. İklim kriziyle mücadeleye yönelik politikaların kadın erkek eşitliğine odaklanması sosyal devlet ilkesi bakımından oldukça önemlidir. Zira idareyi etkileyen ilkelerden biri olarak sosyal devlet ilkesi sosyal adaleti sağlama amacı gütmektedir. Bu nedenle idarenin faaliyetlerini yürütürken sosyal devlet ilkesi gereği toplumsal cinsiyet eşitliğini göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bunun bir gereği olarak da toplumsal cinsiyet eşitliği ölçüsünün normatif düzleme yansıtılması, kuralların bu bakış açısıyla konulması önem arz etmektedir. Ancak uluslararası alanda pek çok sözleşmeye taraf olan ülkemizin, ulusal mevzuatı incelendiğinde toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden hareket edilmediği metinlerin kaleme alındığı görülmektedir. Bunun neticesinde ise iklim adaleti sağlanabilmesi deyim yerindeyse ütopya haline dönüşmektedir. Toplumsa cinsiyet eşitliği görünür kılınmaksızın iklim adaletinin sağlanmasının mümkün olmayacağı aşikardır. Görünen o ki yakın geleceğimizin önemli bir tehdidi olan iklim krizinin olumsuz yönde etkileyeceği "toplumsal cinsiyet eşitliği", sosyal adaletin adeta bir ideale dönüşmesine neden olmaktadır. Bu nedenle yasaların ve sair kuralların uygulayıcısı konumundaki idarenin, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlama yükümlülüğü iklim krizi özelinde daha da kritik hale gelmektedir.

Türkiye'nin gelişmekte olan ülkeler arasında olduğu kabulünden hareketle çevresel adalet konusunda da gelişmişlik düzeyinin düşük olduğu, bu durumun en ağır etkilerini toplumsal cinsiyet eşitsizliğine neden olarak kadınlar üzerinde gösterdiğini söylemek mümkündür. İklim değişikliğinin gelişmekte olan ülkeleri gelişmiş ülkelere nazaran daha çok etkilediği aşikardır. Öte yandan Türkiye'de

[5] KAYA, Yasemin, "İklim Adaleti Kavramını Adalet Teorileri Üzerinden Okumak", *İklim Adaleti*, Editör: Şükrü Karatepe, İdealkent Yayınları, 2023, s. 31.

[6] KAYA, Yasemin, İklim Adaleti Kavramını, s. 32.

[7] KAYA, Yasemin, İklim Adaleti Kavramını, s. 33.

[8] KAYA, Yasemin, İklim Adaleti Kavramını, s. 33.

kadınlar, iklim adaletsizliğine en çok maruz kalanlar olmasına rağmen çevrenin korunmasında erkeklere nazaran daha aktif rol almaktadır. Zira araştırmalara göre kadınların iklim değişikliği, gelecek nesillere temiz ve yaşanabilir bir çevre bırakmak konusunda farkındalıkları daha yüksektir. Ancak ne yazık ki örneğin siyasi iktidarın çevre tahribatına yol açabilecek siyasi adımları, iklim değişikliğiyle mücadelede istikrarlı bir süreç yönetimi sergilenmemesi gibi durumlar nedeniyle kadınların toplumsal statüsü olumsuz yönde etkilenmektedir. Yeşil alanların yok edilmesi, ormanların kesilmesi, zeytinliklerin tahribatı gibi kamuoyunun reaksiyon gösterdiği pek çok örnekte, iyi bir çevrede yaşama hakkına yönelik demokratik taleplerin ve çevre hakkının savunuculuğunun kadınlar tarafından daha çok önemsendiği diğer deyişle sahada daha çok kadınlarının olduğu görülmektedir. Zira çevreye ilişkin her tür maddi ve manevi kayıpların kadınları daha çok etkilediği aşikardır. Hal böyle iken kadın bileşeni olmaksızın iklim adaleti konusunda politika üretilmesi veya normatif düzenlemeler yapılması eksik ve hatalı olacaktır.

Bu çalışmada iklim adaleti kapsamında dezavantajlı gruplardan biri kabul edilen kadınların toplumsal statülerinin yasal düzlemde iyileştirilebilmesi ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması için neler yapılabileceği "iklim adaleti" teması üzerinden değerlendirilecektir. İklim değişikliği nedeniyle varoluş mücadelesi veren kadınların kamu hizmetlerine erkeklere nazaran farklı boyutlarda ihtiyaç duyduğu, diğer deyişle cinsiyetlerin farklı ve özel gereksinimleri olduğu görülmektedir. Bu nedenle iklim adaletinden bahsedilebilmesi için mevzuatın ve eylem planlarının toplumsal cinsiyet eşitliği ile uyumlaştırılması beklenmektedir. Ülkemizde toplumsal statüleri bakımından varoluş mücadelesi veren kadınların, iklim değişikliği nedeniyle sosyoekonomik dengenin bozulmasıyla birlikte, daha çok yoksullaştığı, ev içi rollerin ağırlaştığı ve savunmasız kaldıkları aşikardır.[9] Zira iklim değişikliğine neden olan olaylar kadın ve erkekleri farklı boyutlarda etkilemektedir.[10] Bu noktada özellikle idarenin, kamu hizmetlerini cinsiyet perspektifiyle uyumlaştırması ve hizmetin gereği gibi sunulmasını sağlaması, yakın gelecekte iklim krizine karşı kadınların geleceğini güvence altına almayı hedeflemesi gerekmektedir. Gerçek şu ki çevrenin tahribatı ve yakın gelecekte iklim kriziyle karşı karşıya gelinmesine neden olabilecek her türlü siyasi adım, kadının yoksullaşmasına yol açmakta, kadını üretken faaliyetlerden alıkoymakta, doğurganlığını riske atmakta ve doğal kaynaklara erişebilmesini engellemektedir. Diğer deyişle iklim krizi cinsiyet nötr bir olgu değildir aksine kadın haklarına dair önemli bir kilometre taşıdır.[11] Dolayısıyla iklim adaleti, kadının varlığının göz ardı edildiği her durumda bir adaletsizliği tasvir etmektedir.

I. İKLİM ADALETİ KAVRAMI ve TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ PERSPEKTİFİ

Çalışmamızın bir tanım ortaya koyma amacı bulunmadığını belirtmekle birlikte, iklim adaleti kavramına biraz daha detaylı yer verilmesi faydalı olacaktır. *"Bir insan hakkı olarak iklim adaleti, herkesin eşit doğduğu ve eşit haklara sahip olduğu kabullüyle, yaşamı ve geçimi için gerekli olan elverişli*

[9] TALU, Nuran: İklim Değişikliği … s. 69.

[10] İklim değişikliğinden kadın ve erkeklerin farklı etkilenmesi literatürde cinsiyete özgü etkiler olarak ifade edilmektedir. Bu ifade "gender specific impacts" kavramının karşılamak üzere kullanılmaktadır bknz. KÜLÇÜR, Rakibe: Toplumsal Cinsiyetin …, s. 38.

[11] Mary Robinson: There is no climate justice without gender equality – The Irish Times "the climate crisis is not gender neutral" Erişim Linki: https://www.irishtimes.com/opinion/2022/11/30/mary-robinson-when-it-comes-to-global-warming-we-ignore-half-the-worlds-population-at-our-peril/

ve yeterli koşullara sahip olma hakkı" olarak ifade edilmiştir.[12] İklim adaleti kavramının özünü esasen çevresel adalet kavramı oluşturmaktadır. *"Eşit derecede dağılmış çevresel risk, insanların farklı ihtiyaç ve deneyimlerinin tanınması ve çevre politikasını oluşturan ve yöneten politik süreçlere katılım olmak üzere"*[13] üç temel prensibin bütünleşmesi ile oluşan çevresel adalet, iklim adaletinin temellerini atan kavramdır.[14] **İklim adaleti bir yönüyle** *"iklim değişikliğinin insan haklarına ve kalkınmaya bağlı kalınarak insan merkezli bir bakış açısıyla ele alınması"* şeklinde tanımlanabilir.[15] Diğer yönüyle ise *"iklim değişikliğinin yaşanmasında en az sorumluluğa sahip olanların, iklim değişikliğinin sonuçlarından ilk ve en fazla etkilenenler/etkilenecekler olması şeklinde tezahür eden temel bir adaletsizliği"* ifade etmektedir.[16]

İklim adaleti, çevreyi etkileyen tüm politikalarda insanların dil, din, ırk, cinsiyet, ekonomik durum vb. konularda ayrım gözetilmeksizin adil bir bakış açısına yer verilmesine odaklanan bir kavram olup, öte yandan temel bir insan hakları sorununa işaret ediyor gibi görünmektedir. Bu nedenle çalışmamızın hareket noktası iklim adaleti ve toplumsal cinsiyet eşitliği bağlamıdır. Zira iklim adaleti, iklim değişikliği sorununun anlaşılmasına odaklanmaktadır. İklim değişikliği dezavantajlı gruplar, ırk, bölge, sınıf, cinsiyet ve gelecek nesillere yansımasını da ele alan bir kavramdır. Dolayısıyla kadınlar gibi iklim değişikliğinden en çok etkilenenlerin ve tabii iklim değişikliğinden tarihsel olarak en az sorumlu olanların en çok tehdide maruz kalması ise iklim adaletsizliğinin en kısa tanımı olmaktadır.[17]

İklim adaleti ile toplumsal cinsiyet eşitliği ilgisini kurmak amacıyla kısaca değinilmesi gereken diğer bir kavram ise toplumsal cinsiyet eşitliğidir. Toplumsal cinsiyet eşitliği, kadın ve erkeklerin eşit hak ve imkanlara sahip olmasını ifade eder. Ancak burada kastedilen eşitlik kadınların ve erkeklerin farklı gereksinimleri olabileceği gerçeğini göz ardı etmez. Diğer deyişle toplumsal cinsiyet eşitliği kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olmasını, hukuken eşit olmalarını, kadının biyolojik olarak farklılıklarının var olmasının dezavantaj veya eşitsizlik olarak kabul edilemeyeceğini, kadın ve erkek arasında sosyal ekonomik veya politik herhangi bir alanda hiyerarşi olamayacağını kabul etmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 27.03.2019 tarihli cinsiyetçiliğin önlenmesi ve ortadan kaldırılmasına ilişkin CM/Rec(2019)1 sayılı üye devletlere tavsiye kararında, toplumsal cinsiyet eşitliğinin *"kadın ve erkekler, kızlar ve oğlanlar için eşit hakları zorunlu olarak içerdiği kadar, özel ve kamusal hayatın her alanında aynı görünürlük, güçlendirme, yükümlülük ve katılım sağlanmasını da içerdiğini … kadın ve erkekler*

[12] KAYA, Yasemin: Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 54, 2017, s.91.
[13] TATGIN, Ezgi: İklim Adaleti Kapsamında Toplumsal Cinsiyet Tartışması, *Kent ve Çevre Araştırmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2019, s,106
[14] Çevresel adalet hareketi de iklim adaleti hareketinin temellerini atmıştır. Bu konuda detaylı bilgi için bknz. KAYA, Yasemin: Paris Anlaşmasını …, s.91. 22 nolu dipnot.
[15] TATGIN, Ezgi: İklim Adaleti …, s,108.
[16] KAYA, Yasemin: Paris Anlaşmasını…, s.88. Ayrıca bknz. DOĞRU, Barış, GÖKALP, Süheyla Suzan: İklim Mücadelesinde Ekonomik, Sosyal ve Ekolojik Adalet, (İklim Değişikliği Eğitim Modülleri Serisi 16), İklim Değişikliği Alanında Ortak Çabaların Desteklenmesi Projesi (iklimİN), 2019, s. 11. Erişim Linki: https://www.iklimin.org/moduller/adaletmodulu.pdf
[17] DOĞRU, Barış, GÖKALP, Süheyla Suzan: İklim Mücadelesinde…, s.3.

arasında kaynaklara eşit erişim ve kaynakların eşit dağıtımını da kapsadığı"[18] ifade edilerek kavramdan anlaşılması gereken ortaya koyulmuştur.

İklim değişikliğinin eşitsizlikleri artırdığını gözlemleyen 2007 İnsanı Gelişme Raporuna göre iklim değişikliğinin risklerinin yoksullukla bağlantılı olduğu, iklimin yoksul insanların yaşamlarını şekillendiren önemli bir etken olduğu, iklim değişikliğinin zayıflıkları artırdığı, cinsiyet gibi birtakım eşitsizlikleri büyüteceği belirtilerek toplumsal cinsiyet eşitliği ile kesişim noktasını vurgulamıştır.[19] Bu bakımdan önemli bir referans olduğu kanaatindeyiz. Rapora göre örneğin afetler meydan geldiğinde, tüm topluluklar zarar görür ancak kadınlar genellikle en çok etkilenenlerdir. Sıklıkla, sel baskınları kadınların hareketliliğinin sınırlı olması ve yüzme öğretilmemiş olmaları nedeniyle daha fazla kadının hayatını kaybetmesine neden olmaktadır.[20] Raporun 81 ve 82. sayfalarında çalışmamızın odak noktasını oluşturan toplumsal cinsiyet eşitsizliği ve iklim adaleti bağı açıkça ortaya konulmuştur. Rapora göre, cinsiyet eşitsizlikleri, iklim riskleri ve zayıflıklarıyla kesişmektedir.[21] Kadınların tarihsel dezavantajları, sınırlı kaynaklara erişimleri, kısıtlanmış hakları ve kararları şekillendirme konusundaki sessizlikleri onları iklim değişikliğine karşı son derece savunmasız hale getirmektedir. Raporda çözüm olarak bizim de çalışmamızda odaklandığımız üzere, iklim değişikliğine uyum için herhangi bir planlama sürecinde kadınların katılımının önemi vurgulanmıştır. Zira tekrar belirtmek gerekirse iklim değişikliği özellikle toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin fazla hissedildiği ülkelerde kadınları daha fazla etkileyerek kadınların temel haklarını etkilemektedir.[22]

İklim adaleti, kadın hakları savunusu bağlamında toplumsal cinsiyet eşitliği ile kaynaştırılması gereken temalardan birisidir. Esasen iklim adaleti kavramı farklı boyutları ile ele alınabilir ve farklı açılardan yaklaşılabilir. Biz bu çalışma kapsamında iklim adaletinin 'gender justice' yani cinsiyetler arası adalet boyutunu incelemekteyiz. Bu bağlamda, iki kavramın uluslararası alanda kaleme alınan metinlerde kesiştiğini söylemek mümkündür.[23] İklim adaletine odaklanan hukuk metinlerinde toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifine yer verilmektedir. Zira, iklim adaletini toplumsal cinsiyet eşitliği kavramı olmaksızın anlamak mümkün değildir. Örneğin uluslararası anlaşmalar, iklim adaletinde toplumsal cinsiyet eşitliği vurgusunu açıklayabilmek adına rehber niteliğindedir. İklim değişikliğine karşı uluslararası işbirliğinden hareketle hazırlanan ve iklim değişikliği rejimini düzenleyerek taraf devletlerin ortak adımlar atmasını hedefleyen Paris Anlaşmasının[24] 7. maddesinde ülkelerin uyum sürecinde toplumsal cinsiyet eşitliğini göz

[18] Recommendation CM/Rec (2019)1, s.1. Erişim Linki: https://rm.coe.int/prems-055519-gbr-2573-cmrec-2019-1-web-a5/168093e08c

[19] Human Development Report 2007/2008, Climate shocks: risk and vulnerability in an unequal world Chapter 2, s. 74. Erişim Linki: https://www.undp.org/tr/turkiye/publications/insani-gelisme-raporu-2007/2008

[20] Human Development Report 2007/2008, …, s. 76-77

[21] Human Development Report 2007/2008, …, s. 81-82

[22] KOVANCI, Ezgi, "İklim Adaleti Kapsamında Toplumsal Cinsiyet Pratiklerinin İzdüşümü", *İklim Adaleti*, Editör: Şükrü Karatepe, İdealkent Yayınları, 2023, s. 95-96.

[23] SAVAŞAN, Zerrin: "İklim Adaletinin Uluslararası Yargılama Boyutu", *İklim Adaleti*, Editör: Şükrü Karatepe, İdealkent Yayınları, 2023, s.513.

[24] Paris Anlaşması, temel olarak Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne dayanmaktadır ve Kyoto Protokolü'nün sona erme tarihi olan 2020 sonrası iklim değişikliği rejimini düzenlemeyi amaçlamaktadır.

önünde bulundurması gerektiği[25], 11. maddesinde[26] tarafların iklim değişikliğine karşı etkili ulusal politikalar üretebilmesi için kapasitelerini toplumsal cinsiyet eşitliğini de dikkate alarak artırmaları gerektiğine ilişkin hükümler öngörülmüştür.[27] Paris Anlaşması, iklim değişikliğinin toplumsal cinsiyetle bağlantılı boyutlarını uluslararası bir anlaşma düzeyinde ilk kez dile getiren metindir.[28] Zira anlaşma, taraf devletlere iklim değişikliği ile mücadelede toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin bıraktığı hasarın onarılabilmesi adına önemli hedefler belirlemiştir. Bu suretle taraf devletlere sözkonusu hususta önemli yükümlülükler yüklendiği ortadadır. Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki Paris Anlaşmasının birtakım hedefler ortaya koymasına rağmen, öte yandan hukuki bağlayıcılıktan uzak kurgulanması nedeniyle konuya ilişkin yeterli çözüm üretemediği eleştirisini de yapmak mümkündür.

Paris Anlaşması Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından *"Paris Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"* 7 Ekim 2021 tarihli ve 31621 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.[29] Bu suretle hem BM sözleşmesi hem de Paris Anlaşmasının tarafı olan Türkiye'nin iklim adaletine yönelik politikalarında toplumsal cinsiyet eşitliğine yer verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak ulusal mevzuat incelendiğinde ne yazık ki durumun aksi yönde olduğu gözlemlenmektedir. İklim konusunda toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlaması noktasında mevzuatımızın yetersiz kaldığı, somut norm ve özellikle yaptırım hükümlerine yer verilmesi ihtiyacı sürmektedir. Bu suretle çalışmamızda konuya ilişkin somut norm ihtiyacı üzerinde durulacak, ardından toplumsal cinsiyet eşitliğinin görünür kılınması için getirilen iki temel öneri ele alınacaktır.

II.TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTSİZLİĞİ BAKIMINDAN MEVZUATIN EKSİKLİKLERİ

İklim değişikliğinin sonuçlarından toplumda en şiddetli biçimde zarar görenler, dezavantajlı gruplardır. Anayasanın sistematiğinden hareketle, sözkonusu eşitsizliğin giderilmesi, devletin temel

[25] "5. Taraflar, uygun olan şekilde, uyum konusunu ilgili sosyoekonomik politikalar ile çevre politikaları ve eylemlerine entegre etmek amacıyla, hassas grupları, toplulukları ve ekosistemleri göz önünde bulundurarak uyum eyleminin ülkeye özel, *toplumsal cinsiyete duyarlı*, katılımcı ve tamamen şeffaf bir yaklaşım takip etmesi, mevcut en iyi bilim ve uygun durumlarda geleneksel bilgiye, yerli halkın bilgisine ve yerel bilgi sistemlerine dayanması gerektiğini kabul eder."

[26] "2. Kapasite geliştirme çalışmaları ülkeye özel, ulusal ihtiyaçlara dayanan ve bunları karşılayan nitelikte olmalıdır ve ulusal, alt-ulusal ve yerel düzeyler dahil olmak üzere özelikle gelişmekte olan Taraf ülkeler açısından Tarafların sahiplenme yaklaşımını teşvik etmelidir. Kapasite geliştirme çalışmaları, Sözleşme kapsamındaki kapasite geliştirme faaliyetlerinden edinilenler dahil olmak üzere, alınan dersler temelinde yönlendirilmeli ve katılımcı, farklı alanlarla ilişkili ve *toplumsal cinsiyete duyarlı*, etkili ve tekrarlayan bir süreç olmalıdır"

[27] Anlaşma metninin giriş bölümünde cinsiyet eşitliği ve kadınların toplumsal statüsünün iyileştirilmesine ilişkin irade ortaya konularak "iklim değişikliğinin ele alınması için eyleme geçerken insan hakları, sağlık hakkı, yerli halklar, yerel topluluklar, göçmenler, çocuklar, engelli bireyler ve hassas durumdaki kişilerin hakları ve kalkınma hakkının yanı sıra toplumsal cinsiyet eşitliği, kadınların güçlendirilmesi ve kuşaklar arası adalet konularına yönelik sorumluluklarına saygı göstermeleri, bunları teşvik etmeleri ve dikkate almaları gerektiğini de göz önünde bulundurarak" vurgusu yapılmıştır bknz. https://iklim.gov.tr/db/turkce/dokum
anlar/paris-anlasmasi-13-20220808231948.pdf

[28] Dr. Nuran Talu ile Röportaj, … s. 18 vd.

[29] https://iklim.gov.tr/db/turkce/dokumanlar/paris-anlasmasi-13-20220808231948.pdf

görevlerinden birisidir. Zira Anayasanın 5. maddesi[30] bu konuda açıktır. Öte yandan Anayasada sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kategorisinde 56.maddede[31] yer alan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı kapsamında belirlenecek iklim adaletinin tesisine yönelik politikalar, toplumsal cinsiyet eşitliğinden bağımsız düşünülemez. Maddenin ilk fıkrasının referans gösterdiği çevre hakkı pozitif statü haklarındandır. Bu nedenle devletin bireyin sağlıklı çevrede yaşamasını sağlama yükümlülüğü bulunmakta, diğer deyişle devletin bu hakkın ihlal edilmemesi bakımından hareketsiz kalması yeterli görülmemektedir. Kaldı ki pozitif statü hakkı nitelemesine ihtiyaç duyulmaksızın Anayasanın 5. maddesi gereği de devletin, bireylerin çevre hakkının korunmasının gereklerini yerine getirmesi, yine kadın haklarının çevre bağlamında da korunması bakımından 10. maddesinin 2. fıkrası[32] gereği eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılığın işletilmesi anayasal bir yükümlülüktür. İdarenin 56. madde kapsamında çevrenin korunması için düzenleme ve denetim yetkisi olmak üzere iki önemli aracı kullanarak hakkın yerine getirilmesini sağlaması gerekmektedir.[33] İdarenin bu konuda düzenleme yapabilmesi için yasa ile görevlendirilmiş olması gerekir. O halde idarenin düzenleme yetkisi ile toplumsal cinsiyet eşitliğini dikkate alan hükümler öngörmesi ve buna ilişkin denetim mekanizmalarını işletmesi beklenmektedir. İdarenin bu hususta görevlendirilmesi halinde ise yükümlülüklerini yerine getirmeyen idarenin sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir. İdarenin bazı eylem ve işlemleri nedeniyle iklim adaletine aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu noktada idarenin iklim adaletine aykırı eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi

---

[30] *Devletin temel amaç ve görevleri*
Madde 5 – Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

[31] *VIII. Sağlık, çevre ve konut*
A. Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması
Madde 56 – Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.
Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.
Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.
Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.
Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.

[32] *X. Kanun önünde eşitlik*
Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.
(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 Md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 Md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.
(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 Md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.
Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.
Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (…)[9] kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

[33] ALICA, Süheyla: Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt. XV, Sayı. 4,2011, s. 88.

ile hukuka aykırılıkların giderilmesi önem arz etmektedir.

Anayasanın sistematiğinin de bu hususta açık olduğu düşünüldüğünde iklim adaleti konusunda toplumsal cinsiyet eşitsizliğine ilişkin açık, belirgin norm ihtiyacının sürdüğünü düşündüren hususun ne olduğunu açıklamak da yerinde olacaktır. Kanaatimizce bu konudaki temel sorun, mevzuatta iklim sorunlarının kadının geleceğini hangi yönde ve düzeyle etkileyecek olduğunun göz ardı ediliyor olmasıdır. Bu noktada kanun koyucunun norm tesis ederken ve uygulayıcıların kamu yönetimi stratejisini belirlerken kadın emeğini ve toplumdaki yerini görünür kılacak biçimde hareket etmeleri gerekmektedir. Diğer deyişle bu yönde bir *"idare kültürü"* benimsenmesi, bu sayede devletin ulusal ve uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeyi hedeflemesi, dahası bunun bir tercih değil bir yükümlülük olduğunun kabulü, dolayısıyla toplumsal cinsiyet perspektifinden hareket ederek sürdürülebilir kalkınmaya[34] hizmet etmesi hedeflenmelidir.

Birleşmiş Milletlerin sürdürülebilir kalkınma hedeflerine bakıldığında toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin giderilmesine yönelik hedefler konulduğunu görmekteyiz. 2015 yılında Birleşmiş Milletler üye devleti tarafından evrensel bir çağrı olarak 17 kalkınma hedefi belirlemiştir.[35] Cinsiyet eşitliğini tesis etmek ve tüm kadın ve kızları güçlendirmek başlıklı 5 numaralı hedefe göre kadınların siyasi, ekonomik ve kamusal yaşamda karar alma süreçlerinin her seviyesinde tam ve etkili katılımını ve liderlik için eşit fırsatların sağlanması gerekmektedir.[36] Ayrıca kadınların ve kızların cinsiyet eşitliğinin teşvik edilmesi için sağlam politikalar ve uygulanabilir yasalar yapılmasını veya yasal düzenlemelerin güçlendirilmesini de hedefler arasında belirtmiştir.[37]

Sürdürülebilir bir kalkınma ve doğa toplum ilişkisinin dengede kalması için **toplumsal** cinsiyet eşitliğinin sağlanması hayati önem arz etmektedir. Bu çaba idarenin faaliyetleri bakımından kamu hizmetlerinin sunulmasında işlevselliği de beraberinde getirecektir. Öte yandan kamu hizmetlerinin temel ilkelerinden biri olan uyarlama (değişkenlik ilkesi) gereği, değişen şartların gerekliliklerine göre sunulan hizmetin perspektifinin de adapte edilmesi yerinde olacaktır. Ancak iklim adaleti tesisi bakımından eşitlik sorunu, bunun da ötesinde bir insan hakları sorunu yaratması muhtemeldir.

Ülkemizde toplumsal cinsiyeti göz önünde bulunduran politikalar belirlenmesi gerektiği açık olup, esasen yerel yönetimler mevzuatında idarenin bu konuda yükümlülüğü olduğuna işaret edebilecek rehber niteliğinde hükümler bulunmaktadır. Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda öngörüldüğü üzere, mahalli idarelerce genel seçimlerden itibaren altı ay içerisinde stratejik planın ve yıllık performans

[34] Sürdürülebilir kalkınma: 2872 sayılı Çevre Kanunu'na göre Sürdürülebilir Kalkınma; *"bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi"* ifade etmektedir bknz. GÖKALP, Süheyla Suzan: Kadın ve Çevre Woman And Environment, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* özel sayı, 2017, s. 155.

[35] https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/

[36] Orijinali şu şekildedir: "5.5 Ensure women's full and effective participation and equal opportunities for leadership at all levels of decisionmaking in political, economic and public life" Erişim Linki: https://www.un.org/sustainabledevelopment/gender-equality/

[37] Orijinali şu şekildedir: "5. C Adopt and strengthen sound policies and enforceable legislation for the promotion of gender equality and the empowerment of all women and girls at all levels" Erişim Linki: https://www.un.org/sustainabledevelopment/gender-equality/

programının hazırlanarak belediye meclisine sunulması gerekmektedir. Stratejik plan ve yıllık performans programı bütçenin temelini oluşturmaktadır. O halde, iklim başlığının stratejik planın içerisinde yer alması büyük önem taşımaktadır. Böylelikle, oluşturulacak iklim eylem planlarında öngörülen eylemler için ayrılacak kamu kaynakları açıkça ortaya konulmuş olacak ve toplumsal cinsiyete duyarlı bütçenin maddi ve hukuki zemini yaratılmış olacaktır.[38] O halde yerel yönetimler mevzuatı da idareye bu konuda görev verilmesi bakımından elverişlidir.

Anayasa, mevzuat, eylem planları ya da strateji planlarında toplumsal cinsiyet eşitliğinin dikkate alınması gerektiğine dayanak teşkil edecek düzenlemeler den söz edilmiş olsa da idarenin bu hükümlere uyma kararlılığını artırabilecek herhangi bir müeyyide öngörülmediği görülmektedir. O halde somut norm ihtiyacı şu bakımdan devam etmektedir. İklim adaletinin gerçekleştirilmesine yönelik politikalar belirlenmesine ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin dikkate alınması yükümlülüğünün bulunduğuna dair idareyi muhatap alan somut ve belirgin hükümler öngörülebilir. Diğer deyişle idarenin bu hususta harekete geçmekle görevli olduğu hem merkezi idare hem de yerel yönetimlere ilişkin mevzuatta düzenlenebilir. Bu noktada iklim adaletinin gerçekleştirilmesine yönelik politikaları belirleme yükümlülüğü idarece yerine getirilmezse ne olacağı sorusu akla gelebilir. Bu noktada genel sorumluluk hükümlerinden hareketle idarenin Anayasanın 125. maddesi kapsamında eylem ve işlemlerinden doğan zarardan sorumlu olacağını belirtmek yeterli olacaktır.

İklim değişikliği ile mücadele devletin pozitif yükümlerinden olup, idarenin iklim değişikliğine karşı önlem almakla görevlendirilebileceğini söylemek mümkündür.[39] Bu husus doktrinde de tartışılan önem verilen konulardan birisidir. Kanaatimizce iklim değişikliğinin önlenmesinin idarenin yükümlülükleri arasında kabul etmek önemli bir adım olacaktır. Zira kamu gücü ayrıcalıklarını elinde bulunduran, kamu hizmeti sunmakla yetkili ve görevli olan idarenin, bireylere sağlıklı bir çevre ve güvenli bir gelecek inşa etmesi beklenir. Kamu düzenin gereklerinden genel sağlık unsuru da bunu gerektirir. O halde idarenin, kamu hizmetlerini iklim adaletinin gerçekleştirilmesi için mevzuatın uyumlu hale getirilmesi ve idarenin kamu hizmetlerini yürütürken iklim adaletine aykırı muamelelerde bulunmaması gerekir.[40]

Esasen ülkemizde genel olarak mevzuatımızın büyük bir kısmını **toplumsal** cinsiyete kör olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin iyi idare ilkesinin işlemesine hizmet eden temel kanunlardan biri sayılabilecek 5018 sayılı Kamu Mali Kontrol ve Yönetimi Kanunu genel olarak kamu kaynaklarının ne şekilde ve hangi prensiplerle kullanacağını göstermektedir. Kanunun 1. maddesinde amacı *"kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere, kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm*

[38] UNCU, Baran Alp: İklim İçin Kentler Yerel Yönetimlerde İklim Eylem Planı, 2019, s.86. Erişim Linki: https://world.350.org/iklimicinkentler/files/2019/05/350_booklet_2.pdf?_ga=2.128306187.664427225.1684177860-71971898.1684177860

[39] CEYLAN, Mahmut: "İdare Hukuku Bağlamında İklim Adaleti", *İklim Adaleti*, Editör: Şükrü Karatepe, İdealkent Yayınları, 2023, s. 569.

[40] CEYLAN, Mahmut, İdare Hukuku Bağlamında…, s. 579.

malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolü düzenlemek" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak ne yazık ki kanun metnini incelediğimizde toplumsal cinsiyet eşitliğini desteklemeye yönelik herhangi bir düzenleme yer almadığı görülmektedir. Kamu kaynaklarının iklim adaleti kapsamında toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlamaya yönelik olarak harcanması amacıyla bu Kanun'da yapılacak bir değişiklik önemli bir adım olabilir. Zira geleceğe yönelik kalkınma planları yapılırken kadın bileşeninden uzak bir politika benimsenmesi eksiklik olacaktır. Bu suretle örneğin Kanuna toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik bir hükmün eklenmesi radikal ancak iklim adaleti bakımından ilerlemeci bir adım niteliği taşır.

Özetle mevzuatın genel itibariyle toplumsal cinsiyet eşitliğini öncelemediği, dezavantajlı grupların farklı ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmak bakımından yetersiz kaldığı, idarenin konuya ilişkin politikaları belirlemek zorunda olduğu yönünde somut düzenlemelere ihtiyaç olduğu ortadadır. Görüldüğü üzere iklim krizine yol açabilecek durumların sonrası için öngörülen adımların normatif düzeyde somutlaştırılması ihtiyacı devam etmektedir. Somut norm ihtiyacı iklim adaletinin tesisi için toplumsal cinsiyet eşitliğinin görünür kılınmasına katkı sağlayacak kritik bir noktadır.

III. TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİNİN GÖRÜNÜR KILINMASI İÇİN ÖNERİLER

İklim krizi ile mücadelede toplumsal cinsiyet eşitliğinin görünür kılınması, iklim değişikliğinin yarattığı sonuçların toplumun tüm kesimleri tarafından adil biçimde yüklenilmesini ve olası çözümlerin tüm kesimleri kapsayıcı nitelikte ortaya konulmasını amaçlamaktadır[41]. Bu amaç ise Anayasamızda yer alan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı başta olmak üzere büyük resimde insan haklarının korunmasına doğrudan hizmet etmektedir**.** Diğer deyişle toplumsal cinsiyet adaleti olmaksızın iklim adaletinin olamayacağı fikrinden hareketle, iklim adaletinin gerçekleştirilmesinin toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifiyle anlaşılması önemli bir getiri sağlayabilir. Yasal düzenlemeler ve somut eylem planları ya da strateji planlarında bu hususların dikkate alınması uluslararası ve ulusal düzeyde devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında olup, idarenin yüklendiği kamu hizmetinin de bir parçasıdır.

A. İdarenin Karar Alma Sürecinde Kadın Temsilinin Artırılması

Türkiye'de iklim adaletinin sağlanması için **toplumsal** cinsiyet eşitliğinin görünür kılınmasının yollarından birisi kadınların karar alma sürecine aktif katılımlarının sağlanmasıdır. Kadınların iklim değişikliğinden erkeklere göre orantısız biçimde etkilendiğinin, buna rağmen iklim adaleti ile mücadelede yok sayıldığının vurgulanması gerekmektedir. Esasen bu husus küresel tehdit oluşturan iklim krizinin önlenmesi için birlikte hareket etmek zorunda olan devletlerin öteden beri gündemindedir. Örneğin **Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (BMİDÇS) kapsamında 2007 tarihinde Bali'de düzenlenen 13. Taraflar Konferansı'nda (Conferences of Parties, COP) sivil toplum örgütleri** cinsiyet adaleti olmadan, iklim adaletinin olmayacağı vurgusunu yaparak[42] iklim değişikliğinin sonuçlarının

[41] *İklim Krizi ve Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği* https://acikradyo.com.tr/iklimacil/iklim-krizi-ve-toplumsal-cinsiyet-esitsizligi

[42] *İklim Krizi ve Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği* Erişim Linki: https://acikradyo.com.tr/iklimacil/iklim-krizi-ve-toplumsal-cinsiyet-esitsizligi

cinsiyetlere olan etkisi konusundaki farkındalığa dikkat çekmek istemişlerdir.[43] Bu toplantı aynı zamanda toplumsal cinsiyet ve iklim açısından taleplerin ilk kez sistematik biçimde dile getirilmesi bakımından önemli bir dönüm noktasıdır.[44] İrlanda'nın ilk kadın başbakanı Mary Robinson'ın ifade ettiği üzere "toplumsal cinsiyet eşitliği olmadan iklim adaleti olmaz".[45] Bu hususstaki referans CEDAW'ın katılım hakkına yönelik hükümleri olabilir. CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women/CEDAW) kadın ve erkeklerin sosyal kültürel ekonomik medeni ve siyasi her türlü haktan eşit biçimde yaralanmasını hedeflemektedir. CEDAW'ın 7. Maddesine göre taraf devletler, ülkenin politika ve kamu hayatında, kadınlara karşı ayırımı önlemek için tüm tedbirleri alacaklar ve özellikle kadınlara erkeklerle eşit şartlarda hükümet politikasının hazırlanmasına ve uygulanmasına katılmak, kamu görevinde bulunabilmek ve hükümetin her kademesinde kamu görevleri ifa etmek imkânı tanıyacaklardır.[46]

O halde taraf devletlerden biri olarak Türkiye'nin de iklim adaleti politikalarında kadının varlığını normatif düzeyde görünür kılmasına dair uluslararası alanda yükümlülüğü bulunmaktadır. Diğer deyişle CEDAW gibi uluslararası sözleşmeler, kadın erkek eşitliğinin sağlanması için ulusal mekanizmaların işler kılınması yükümlülüğünü getirmektedir. Bu noktada Türkiye bakımından vurgulanması gereken husus, yasal düzenlemelerde, iklim değişikliği politikalarının ve idarenin karar alma süreçlerinin kadın temsilinden

[43] İklim değişikliği ile mücadelenin toplumsal cinsiyet boyutu, uluslararası düzeyde ilk kez 2001 yılında gündeme geldi ve o yıl Marakeş'te (COP7) kadınların iklim değişikliği ile ilgili uluslararası organlarda temsiliyetlerinin güçlenmesi, sayılarının artmasıyla ilgili bir karar alındı bknz. Dr. Nuran Talu ile Röportaj, … s. 18 vd.

[44] TATGIN, Ezgi: İklim Adaleti …, s,113

[45] Mary Robinson: There is no climate justice without gender equality – The Irish Times. Erişim Linki: https://www.irishtimes.com/opinion/2022/11/30/mary-robinson-when-it-comes-to-global-warming-we-ignore-half-the-worlds-population-at-our-peril/

Kadınların karar alma sürecinde yer almasının önemine ilişkin Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine taraf olan devletlerle birlikte alınan kararları da örnek gösterebiliriz. Örneğin toplumsal cinsiyet eşitliği ve iklim adaleti konusunda, 2012 yılında, BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin (UNFCCC) taraf devletleri, kadınların karar alma süreçlerine katılımına normatif düzeyde yer verilmesi amacıyla "kadınların ve erkeklerin gereksinimlerini eşit şekilde karşılamayı amaçlayan daha etkin bir iklim değişikliği politikasının oluşturulması" için CEDAW Sözleşmesi (Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi) ile Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu'na uygun yeni adımlar atılması gerektiğini kabul ederek, toplumsal cinsiyet ve iklim değişikliği ilişkisinin taraf devletler konferanslarında görüşülmesi için, gündeme daimi bir madde olarak konulmasını kararlaştırmışlardır bknz. Dr. Nuran Talu ile Röportaj, Türkiye'nin İklim Politikaları Cinsiyete Duyarlı Değil, *EKOIQ Dergisi*, Sayı 76, Mayıs/ Haziran 2018, s. 18. Erişim Linki: https://www.ekoiq.com/wp-content/uploads/2022/05/ekoiqsayi 76.pdf

[46] 7. Madde şu şekildedir: "Taraf Devletler ülkenin siyasal ve kamusal yaşamında kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alır ve özellikle kadınların erkeklerle eşit şekilde aşağıdaki haklarını güvence altına alır: a) Bütün seçimlerde ve referandumlarda oy kullanmak ve kamusal olarak seçim yapılan bütün organlara seçilebilmek hakkı; b) Hükümet politikalarının formüle edilmesine ve bunların uygulanmasına katılma hakkı ile kamu görevlerine atanma ve idarenin her düzeyinde kamusal görevleri yerine getirme hakkı; 4 c) Hükümet dışı kuruluşlar ile ülkenin kamusal ve siyasal yaşamıyla ilgili kuruluşlara katılma hakkı."

Benzer şekilde sözleşmenin 8. Maddesinde ise şu şekilde öngörülmüştür: "Taraf Devletler, kadınlara, erkeklerle eşit şartlarda ve hiçbir ayırım gözetmeksizin, hükümetlerini uluslararası düzeyde temsil etmek ve uluslararası kuruluşların faaliyetlerine katılmak fırsatını sağlamak için gerekli bütün tedbirleri alacaklardır." Erişim Linki: https://aile.gov.tr/media/35256/kadinlara-karsi-her-turlu-ayrimciligin-onlenme si-sozlesmesi-ve-ihtiyari-protokolu.pdf

yoksun olduğu gerçeğidir. Dolayısıyla kadınlar daha çok kendilerinin zarar gördükleri iklim değişikliği gibi kendilerini etkileyen konularda söz sahibi olamamaktadır.[47]

Türkiye'de çevrenin korunmasına yönelik mücadelelerde **toplumsal** cinsiyetin rolü ve iklim adaletinin gerçekleştirilmesinde kadınların katkılarının önemi bilinmektedir. Bu gerçekliğin yasal düzlemde bir karşılık bulabilmesi adına kadın temsilinin sağlanması zorunluluktur. Bu bakımdan çalışma kapsamında iklim adaletinin gerçekleştirilmesinin araçlarından birisi olarak iklim politikalarının belirlenmesinde **toplumsal** cinsiyet temelli bir yaklaşım sergilenmeli ve idarenin karar alma mekanizmalarında kadın temsilinin artırılması adına gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Türk Hukukunda da özellikle yerel yönetimler mevzuatında kadın temsilini vurgulayan rehber hükümler bulunmaktadır. Örneğin Belediye Kanunu'nun 76. maddesinde kent konseyinden söz edilmekte ve maddede aynen *"Kent konseyi, kent yaşamında; kent vizyonunun ve hemşerilik bilincinin geliştirilmesi, kentin hak ve hukukunun korunması, sürdürülebilir kalkınma, çevreye duyarlılık, sosyal yardımlaşma ve dayanışma, saydamlık, hesap sorma ve hesap verme, katılım ve yerinden yönetim ilkelerini hayata geçirmeye çalışır"* ifadesine yer verilerek katılım ilkesi kapsamında kent konseylerine görev verilmiştir. Bu doğrultuda Bakanlık tarafından çıkarılan Kent Konseyi Yönetmeliğinin 6. maddesinde ise *"çocukların, kadınların ve engellilerin toplumsal yaşamdaki etkinliklerini artırmak ve yerel karar alma mekanizmalarında aktif rol almalarını sağlamak"*[48] şeklinde somutlaşan katılım ilkesi mevzuatta yerini almıştır. Ancak bu noktada uygulamada kadın temsilinin sağlanıp sağlanmadığı, yerel yönetim politikalarına kadınların katılımının yeterli düzeyde sağlanmaması halinde başvurulabilecek hukuki yollara dair herhangi bir hükmün ya da yaptırım maddesinin yer almaması bir eksiklik olarak kabul edilebilir. Belediye Kanuna iklim adaletinin gerçekleştirilmesine yönelik politika üretilirken kadın temsiline yer verilmesine ilişkin uyumlaştırılması yapılması işlevsel olabilir. Mevzuatımız kadın temsilinin artırılmasına yönelik gerçekçi pek çok seçenek üretmeye uygundur. Örneğin toplumsal cinsiyet eşitliği ve iklim üzerine politikaları yöneten merkezi ve yerel idarelere, hazırlayacakları strateji ve eylem planlarında kadın temsiline yönelik kota getirilmesine ilişkin bir yükümlülüğü vurgulayan hüküm yer alabilir. Ayrıca kadınların temsil edilmesi gereken idari teşkilat birimlerinin ilgili organlarının kurumsal yapılarında değişikliğe gidilmesi çözümlerden bir tanesi olabilir. Zira kurumsal yapıda değişikliğe gidilmeksizin bir idare kültürü oluşturmak mümkün olmayacaktır. Bir başka örnek olarak karar alma sürecinde – pozitif ayrımcılığın yarattığı alan ile- belirli sayıda kadın üye olmaksızın toplanma ve karar almanın mümkün olmayacağı yönünde düzenlemeler öngörülebilir. Söz konusu kota uygulamasına riayet edilmediği sürece iklim hususunda karar alınmasının mümkün olmayacağı aksi halde alınan kararların işlemin şekil unsuru yönünden sakat olacağı, iptali gerekeceği öngörülebilir. Aksi halde idarenin idari usule aykırı hareket etmiş olacağı varsayımından hareketle idarenin iklim adaleti kapsamında toplumsal cinsiyeti görünür kılan bir karar alma süreci işletmeye mecbur bırakılması mümkün hale gelir. Bu ise kadının iklim adaleti konusunda kendi geleceği konusunda söz sahibi olmasını sağlar.

[47] KÜLÇÜR, Rakibe: Toplumsal Cinsiyetin …, s. 41.
[48] KENT KONSEYİ YÖNETMELİĞİ (mevzuat.gov.tr)

Kadınların iklim adaleti konularına yönelik karar alma sürecine katılımları kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmasının bir sonucudur. O halde katılımın niceliğinden ziyade niteliği önemlidir. Bu bakımdan hak temelli yaklaşımla kadınların karar mekanizmalarında eşit sayıda yer almasının ötesinde eşit haklara sahip olması sağlanarak sosyal dönüşüm gerçekleştirilmelidir. Diğer deyişle, kadınların iklim adaleti konusundaki karar alma sürecine öncelikli olarak katılımına ve süreçte etkin rol almasına normatif düzeyde imkân tanınmalı, idarenin bu konuda hukuka aykırı davranma eğilimi göstermesini önleyecek yaptırım hükümleri öngörülmelidir.

B. Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Bütçe Planlaması

İklim adaletinin kapsamında, iklim değişikliği ve olası iklim krizinin ekonomik boyuttaki sonuçlarından kadınların daha çok zarar gördüğü gerçeğinden hareketle idarenin ekonomik alanda aldığı kararların da toplumsal cinsiyet perspektifi ile hayata geçirilmesi önemlidir. Zira kadınlar örneğin doğal afetler sonrası sosyal hayattan daha çok soyutlanabilir. Ev içi rollerine ilişkin beklentiler nedeniyle ekonomik alanda faaliyet gösteremeyebilir. İklim değişikliğinin meydana getirdiği sonuçlar nedeniyle kaynaklara ulaşmakta zorlanabilir veya doğurganlıkları tehlikeye girebilir. Dolayısıyla ekonomik varlık göstermek noktasında erkeklere nazaran daha fazla güçlük çekebilir. Bu nedenle iklim değişikliğinin kadınların toplumsal statüleri üzerinde ekonomik boyutta meydana gelebilecek risklerin en aza indirilmesi önem arz etmektedir. O halde idare tarafından hazırlanan stratejik planların toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden hazırlanması zorunludur. Zira iklim krizine yol açan durumların dezavantajlı gruplar üzerindeki yıkıcı etkisi ekonomik boyutta en belirgin şekilde görülmektedir. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin tesisi amacıyla, kamu otoriteleri tarafından iklim adaletine yönelik strateji planları oluştururken, toplumsal cinsiyet~~i~~ eşitliğini görünür kılmanın araçlarından biri olan toplumsal cinsiyete duyarlı bütçe mekanizmasının işletilmesi gerekmektedir. Bu önerinin esasen uluslararası platformlarda toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik politika üreten organizasyonlarda dile getirilmesine[49] rağmen ülkemizde normatif düzeyde öngörülmemiş olması önemli bir eksikliktir.

Literatürde "gender budgeting" kavramının tercümesi olarak "toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeleme" olarak ifade edilmektedir.[50] *"Toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeleme, kadınlar ve erkekler için ayrı ayrı bütçe oluşturulması meselesi değildir. Toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeleme yaklaşımında amaç, toplumsal cinsiyet boyutunun bütçe politikalarına dahil edilmesidir."*[51] Diğer deyişle *"Cinsiyete*

[49] "Design and implement gender-sensitive economic recovery projects and provide economic assets such as credit to women…" detaylı bilgi için bknz. Refworld | Thematic issues before the Commission on the Status of Women s. 8.

[50] KLATZER, Elisabeth, TESEV İyi Yönetişim Programı Yerel Yönetimlerde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Bütçeleme Kılavuzu, Çeviri: Fethi Keleş ve Orhan Bilgin, Tesev Yayınları, 2012, s.9. Erişim Linki: https://www.tesev.org.tr/wpcontent/uploads/rapor_Yerel_Yonetimlerde_Toplumsal_Cinsiyet_Esitligi_Ve_Butceleme_Kilavuzu.pdf
YILDIZ, Seyfi; UĞUR, Alparslan: Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme ve Ülke Deneyimleri, *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 5 Sayı: 3, 2016, s.272. Erişim Linki: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/577471

[51] KLATZER, Elisabeth, Yerel Yönetimlerde… s. 9., YILDIZ, Seyfi; UĞUR, Alparslan: Cinsiyete Duyarlı …, s.272, GÖĞÜSDERE, Cansu: Türkiye'de Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme: Kamu Kurumları, Sivil Toplum Kuruluşları ve Kanunlar Özelinde Bir İrdeleme, *Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi,* Cilt: 3 Sayı: 1, 2019 s.26. Erişim Linki: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756851

duyarlı bütçeleme hükümetin cinsiyet eşitsizliğini, uyguladığı bütçesel politikalarla ortadan kaldırması, uygulanan bütçe politikalarıyla kadının ve erkeğin farklı sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak eşitsizliği giderici önlemlerin alınmasıdır."[52] Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan 2005 tarihli final raporunda yer verilen tanıma göre toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeleme, toplumsal cinsiyetin bütçe sürecinde kaynaştırılmasının bir uygulamasıdır. Bütçelerin cinsiyete dayalı olarak değerlendirilmesi, bütçe sürecinin her kademesinde toplumsal cinsiyet perspektifinin dahil edilmesi ve toplumsal cinsiyet eşitliğini teşvik etmek için gelir ve harcamaların yeniden yapılandırılması anlamına gelir.[53] Buradaki yaklaşımın önemli farkı bütçenin hazırlık ve uygulama sürecinde cinsiyet esaslı pozitif ayrımcılık gözetilmesidir.[54] *Cinsiyete duyarlı bir bütçe, devletin cinsiyetle ilgili vaatlerini alarak onları bütçesel vaatlere çevirmektedir.*[55] O halde toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeleme, kamu hizmeti bütçe ve kamu yönetimi politikasının kesişim noktasında durmaktadır ve ihtiyaçlar cevap veren bir kamu hizmeti sunulması imkânı tanıyacaktır.

Akademik çalışmalarda toplumsal cinsiyet eşitliği vurgusunun en önemli araçlarından biri olarak toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeler gösterilmektedir.[56] *"Bütçeler, kamu hizmetlerinin ifa edilebilmesi ile kamu gelirlerinin toplanabilmesine izin veren, devletin öncelikleri ile politik isteklerin izlenebilmesini sağlayan en önemli belgeler"* olarak nitelenmektedir.[57] Toplumsal cinsiyet eşitliğinin gerçekleştirilebilmesinin en önemli koşulunun bunun için kaynak ayırmak olduğu belirtilmektedir. Kaynak ayırmak ise bütçeleme sürecini ifade eder. Toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeleme böyle bir amaç için kullanılacak en önemli araç olarak kabul edilmektedir.

Toplumsal cinsiyete duyarlı bütçelemenin hayata geçirilmesi için birtakım önkoşulların ve prensiplerin bulunması gerekmektedir. Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan 2005 tarihli final raporunda bu gereklilikler sıralanmıştır.[58] Buna göre politik niyet, hesap verilebilirlik, beşerî ve finansal kaynak tahsisi, bilgi ve eğitim koordinasyonu, toplumsal cinsiyete göre tasnif edilmiş verilerin bulunması önkoşullar olarak ifade edilmiştir. O halde daha önce belirttiğimiz bir hususu burada tekrar etmekte fayda görmekteyiz. İklim adaletinin toplumsal cinsiyet perspektifinden anlaşılmasının temelinde buna yönelik "idare kültürü" oluşturulması bulunmaktadır. Görüldüğü üzere politik niyet bu sürecin öncülüdür. Toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeleme gerçekleştirilirken dikkate alınması gereken prensipler ise şeffaflık, ortaklık ve iş birliğidir.[59] Dolayısıyla toplumsal cinsiyet eşitliğine hizmet eden

[52] YILDIZ, Seyfi; UĞUR, Alparslan: Cinsiyete Duyarlı …, s.272.
[53] Council of Europe, Gender Budgeting, Final Report Of The Group Of Specialists On Gender Budgeting (EG-S-GB), Directorate General of Human Rights, Strasbourg, 2005, s.10. Erişim Linki: https://rm.coe.int/1680596143
[54] ERKAN, Birol, ŞENTÜRK, Mehmet, AKBAŞ Yusuf Ekrem, PAKSOY, Sadettin: Dünyada ve Türkiye'de Sosyal Bütçeleme (Cinsiyete Duyarlı Bütçe) Yaklaşımı, *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, Yıl:5 Sayı:9, Yaz 2012, s.88.
[55] ERKAN, Birol, ŞENTÜRK, Mehmet, AKBAŞ Yusuf Ekrem, PAKSOY, Sadettin: Dünyada ve Türkiye'de …, s.89
[56] ÖZUĞURLU, Hilmiye Yasemin: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Temelinde Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme, Journal of Awareness, Cilt:2, Sayı 1, 2017, s.24.
[57] GENÇ, Murat: Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme ve Kamu Hizmetlerinde Etkinlik, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 77 ,2010, s. 35. Erişim Linki: https://dergipark.org.tr/tr/pub/sayistay/issue/61532/919022
[58] Council of Europe, Gender Budgeting, Final Report …, s.12.
[59] Council of Europe, Gender Budgeting, Final Report …, s.12.

toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeleme gerçekleştirilebilmesi için idarenin ve siyasi otoritenin uyması gereken birtakım kurallar ve prensipler silsilesi bulunmaktadır. Aksi halde sözkonusu hedefin sistemli bir bütün halinde hayata geçirilmesi mümkün olmayacaktır.

Toplumsal cinsiyete duyarlı bütçe ülkemizde uygulanabilir mi sorusunun bu noktada değerlendirilmesi gerekmektedir. Akademik çalışmalar toplumsal cinsiyete duyarlı bütçenin hayata geçirilebilmesi için mevzuatımızda kapsamlı bir değişikliğe ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. Başta Anayasa olmak üzere Bütçe Kanunu, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu gibi bütçe planlamasını ilgilendiren mevzuat hükümlerinin kadın erkek eşitliğini vurgulayacak hale getirilmesi, denetim mekanizmaları öngören hükümlerin ve idari teşkilat bakımından, konuyla ilişkilendirilebilecek görevleri olan kurumların görevlerinin ve kurumsal yapılarının da uyumlaştırılması önerilmektedir.[60]

5018 sayılı Kanunun cinsiyete kör olduğuna daha önce değinmiştik. Bu Kanunda yapılacak bir değişiklik toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması için somut bir adım olarak görülebilir. Kanun, kamu gelirlerinin nasıl ve nereye harcanacağına ilişkin temel düzenlemeler öngörülmüştür. Diğer deyişle bütçeleme sürecinin yönetilmesine ilişkin pek çok hüküm içermektedir. Bu nedenle bütçenin her aşamasında toplumsal cinsiyet eşitliğinin dikkate alınması için Kanun'a hüküm eklenmesi veya mevcut hükümlerde değişiklik yapılarak kadın erkek eşitliğini anlayışının yansıtılması gerekmektedir.[61] Zira ne yazık ki Kanunda "kadın" dan hiç bahsedilmemektedir. Kanun, kamu idarelerinin, politikaların uygulanmasında eylem ve işlemlerinde kamu kaynaklarını ne şekilde kullanacağını belirlediğine göre idarelere, bütçelerini kadın erkek eşitliğini tesis etmeye yönelik olarak harcamalarını şart koşan bir hüküm eklenmesi gerekmektedir.[62]

Toplumsal cinsiyete duyarlı bütçeleme ülkemizin bütçeleme sürecinde bir bütün olarak tam olarak yer almamaktadır. Ancak konuyu idari teşkilat bağlamında düşündüğümüzde toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması konusunda bu türden somut adımlar atmaya en yakın konumda olanların yerel yönetimler olduğunu düşünmekteyiz. Zira mahalli ve müşterek ihtiyaçların karşılanması ve kamu hizmetinin gereği gibi sunulması için o yörede yaşayanların ortak ihtiyacına en kolay cevap verebilecek ve hızlı karar alabilecek durumda olan yerel yönetimler, kaynaklar ve bütçe konusunda da kadınların varlık göstermesini kolayca sağlayabilecek ana aktörlerdir.[63] Bu suretle belediyelerin kamu harcamalarını planlarken ya da özendirme destekleme faaliyetleri yürütürken, toplumsal cinsiyet eşitliğini dikkate alan planlamalar yapması, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik çalışmalar için yeterli ödenek ayrılması yönünde belediye mevzuatına yasal zorunluluk eklenmesi faydalı olabilir. Öte yandan merkezi yönetimin de bu sürecin aktörlerinden biri haline getirilmesi mümkündür. Buna ilişkin öneriler -ne yazık ki- yılda bir kez toplanan TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu tarafından yayınlanan toplumsal cinsiyete dayalı bütçeleme komisyon raporunda yer almaktadır. 2014 tarihli raporda yer verilen önerilere göre merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde farkındalık

[60] GÖKBUNAR, Ramazan, DOĞAN, Alper: Toplumsal Cinsiyet Duyarlılığı Konusunda Yasal Düzenlemeler ve Öneriler, *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı (Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay'a Armağan) Cilt 2, s. 2621-2634
[61] Bu konuda detaylı bilgi için bknz. GENÇ, Murat: Toplumsal Cinsiyete Duyarlı …, s. 48-50.
[62] GÖKBUNAR, Ramazan, DOĞAN, Alper: Toplumsal Cinsiyet Duyarlılığı Konusunda…, s. 2632.
[63] KLATZER, Elisabeth, Yerel Yönetimlerde… s. 11.

oluşturulmasına yönelik çalışmalar yürütülmesi, bakanlıkların kamu idareleri ile mahalli idarelerin politikalarını toplumsal cinsiyete duyarlı bir yaklaşımla geliştirmeleri hedeflenmiştir.[64] Örneğin mecliste bütçenin hazırlanması ve kabulü sürecinde meclis tarafından denetim gerçekleştirilerek bütçenin toplumsal cinsiyet eşitliğini dikkate alıp almadığının bir komisyon gözetiminde incelenmesi, sözkonusu inceleme sonucunda genel kurula sunulması yönünde yasal bir zorunluluk -meclis teamülünün ötesinde- getirilebilir.

Toplumsal cinsiyete duyarlı bütçenin en önemli kontrol aracının idarenin şeffaflığı ve hesap verilebilirliği olduğu kanaatindeyiz. Hem yerel yönetim hem de merkezi idare bakımından toplumsal cinsiyetin görünür kılınması hedefine bütçeden ne kadar pay ayrıldığının ortaya konulması ve harcamaların ne şekilde yapıldığının kamunun bilgisine sunulması zarureti, idarenin ve devletin bu konudaki taahhütlerini yerine getirip getirmediğinin takibini ve yargısal denetimini kolaylaştıracaktır. Öte yandan bütçenin hazırlanması sürecinde kadın temsilinin sağlanması veya kadın hakları örgütlerinin sürece sahil edilmesi kadın bakış açısının ve toplumsal cinsiyet perspektifinin sürece daha çok yansımasını sağlayacaktır.[65] Dolayısıyla idarenin karar alma sürecinin kalitesi artacak, daha kapsayıcı iklim değişikliği politikaları üretilerek iklim adaletsizliğinin geleceğe yönelik olası etkileri en aza indirilmiş olacaktır.

SONUÇ

Türkiye'de, iklim adaletinin gerçekleştirilmesi kapsamında **toplumsal** cinsiyetin rolü noktasında gözle görünür bir duruş sergilenmediği, iklim adaleti politikalarının ve mevzuatın toplumsal cinsiyet perspektifi bakımından eksik olduğu görülmektedir. Diğer deyişle ne yazık ki henüz buna yönelik bir idare kültürünün oluşmadığı, acil durum eylem planlarında **toplumsal** cinsiyet eşitsizliğinin yol açabileceği muhtemel sonuçlara ilişkin bir öngörü ve gerçekçi hedefler ortaya konulmadığı görülmektedir.

İklim adaleti bakımından toplumsal cinsiyet eşitliği ile birlikte anlaşılabilmesi için mevcut normların ihtiyaca cevap vermekte yetersiz kaldığı sonucuna ulaşılmıştır. İklim değişikliği ve olası iklim krizi tehdidini önlemenin devletin ve idarenin yükümlülüklerinden biri olduğunu kabul etmek gerekir. Gelinen noktada her ne kadar pek çok uluslararası sözleşmeye taraf olsak da devletin ve idarenin, iklim adaletinin olmazsa olmaz koşulu **toplumsal** cinsiyet eşitliğini dikkate almak zorunda hissetmediği, kadınların en çok etkilendikleri iklim değişikliği ile mücadele konusunda deyim yerindeyse yok sayıldıkları

[64] Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme Komisyon Raporu, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları No: 14, 2014, s.166-167 vd.

[65] Bu konuda uygulamada dünyada pek çok örnek bulunmaktadır. Cinsiyete duyarlı bütçeye yönelik ilk adım 1984 yılında federal devletin harcamalarını cinsiyete duyarlı biçimde detaylandırarak başlanan *Avusturalya*'da atılmıştır bknz. MERİÇ, Metin: Feminizme Mali Bakış Cinsiyete Duyarlı Bütçeler, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 2007 Cilt: 44 Sayı:509, s.64 Erişim Linki: http://ekonomikyorumlar.com.tr/fi les/articles/15282000390_5.pdf. Diğer dünya örneklerini hakkında bilgi için bknz. Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme Komisyon Raporu, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları No: 14, 2014, s.18 vd. Erişim Linki: http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/index.htm Dünyadaki önemli örnekler ve detaylı okuma için Cemmişsin bknz. KLATZER, Elisabeth, Yerel Yönetimlerde… s. 37 vd. Bu örneklerin bir tanesi de ülkemizde Bursa'da hayata geçirilmek istenilmiştir. Projede 2010-2014 Stratejik Planı analiz edilerek Bursa Büyükşehir Belediyesinde kadınlara yönelik birtakım hedefler ortaya konulmuş ve bunlara dair bütçe tahsisatı ortaya konulmuştur. Sözkonusu proje cinsiyete duyarlı bütçelemenin önemli bir örneğidir.

görülmektedir. Dahası bu durumun sonucunda bir insan hakları sorunu meydana gelme ihtimali bulunduğunu kaydetmek gerekir. Bu suretle idarelerin kadın hakları ve kadının geleceği konusunda duyarlı olmaya zorlanması, **toplumsal** cinsiyet eşitliği hususunda hesap verilebilir, şeffaf bir yönetim anlayışı benimsemesi, iklim adaletinde kadının varlığının yok sayılmamasına yönelik bir idare kültürü inşa edilmesi devletin ve idarenin temel hedeflerinden birisi olmalıdır. İyi idare ve iyi yönetişim ancak **toplumsal** cinsiyet temelli yaklaşım ile sağlanabilir.

Sonuç olarak yukarıda bahsedilen noktaya ulaşılabilmesi için çalışmamızda genel olarak, iklim adaleti kapsamında **toplumsal** cinsiyetin eşitliğinin görünür kılınmasını sağlayacak iki aracın dikkate alınarak idarenin faaliyetlerinde tatbik edilmesini öneriyoruz. Bunların birincisi; iklim adaletine yönelik politikalara ilişkin idarenin karar alma süreçlerinde, eşit haklara sahip biçimde kadın temsilinin sağlanmasıdır. İdari otoritelerin karar alırken **toplumsal** cinsiyet eşitliği parametresini dikkate alma yükümlülüğü bulunmaktadır. İkinci ise iklim değişikliğini sosyoekonomik sonuçlarını bertaraf edebilecek olan ve iklim adaleti kapsamında kadının toplumsal statüsünün iyileştirilmesi amacıyla, iklim değişikliğinin kadınların geleceği üzerindeki tehdidine yönelik koruma sağlayacak **toplumsal** cinsiyete duyarlı bütçelerin hayata geçirilmesidir.

Türkiye bakımından toplumsal cinsiyet eşitliği iklim adaletinin önemli bir bileşenini oluşturmakta ve ulusal ve uluslararası düzeyde iklim politikaları belirlenirken göz önünde bulundurulması beklenmektedir. Bu suretle insan faktörü sonucu oluşan çevre felaketleri neticesinde meydana gelen zararların en aza indirilebilmesi adına cinsiyet perspektifli adımların atılmasının kaçınılmaz olduğu kanaatindeyiz. Çünkü toplumsal cinsiyet eşitliği kadın ve erkeklerin farklı ve özel gereksinimlerine eşit değer verilmesi, bireylerin toplumsal rollerin baskısından bağımsız biçimde kendilerini geliştirebilmesi, diğer deyişle bireylerin toplumsal cinsiyet rollerine sıkışıp kalmaması, fırsat eşitliğinin tesis edilmesi anlamına gelmektedir.

Özetle, iklim adaleti yolunda verilen mücadelenin başarılı ve işlevsel kabul edilebilmesi için idare eylem ve işlemlerinde **toplumsal** cinsiyet eşitliği parametresini dikkate almakla yükümlüdür. Dahası bu yönde bir idare kültürünün oluşmasının sağlanması gerekmektedir.

Küresel bir tehdit olan iklim krizine yönelik politikalar ile kadınlar arasında sağlıklı bir köprü kurulması ancak ve ancak **toplumsal** cinsiyet eşitliğinin görünür kılınması ile mümkündür. Bugün için artık çevresel adalet ve iklim adaleti için **toplumsal** cinsiyet eşitliği perspektifinden yoksun adımlar atılmasının kabul edilemez olduğu bir noktaya gelmiş bulunmaktayız. Bu suretle çevrenin korunması, iklim değişikliği ile mücadelede artık, kadınların olayın "mağduru", "korunmaya muhtaç pasif figürleri" olmaktan ziyade, "aktif öznesi" "söz sahibi" olması ve buna ilişkin normatif düzenlemelerin ihtiyaca cevap verir hale getirilmesi yerinde olacaktır. Aksi halde kadınların toplumsal statülerinde kalıcı hasarlar meydana gelmeye ve **toplumsal** cinsiyet eşitsizliği sorun olmaya devam edecektir.

Kaynakça

ALICA, Süheyla Suzan: "Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 4, 2011.

Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (United Nations Framework Convention on Climate Change/UNFCCC), Erişim Linki: https://web dosya.csb.gov.tr/db/ik lim/webmen u/webmenu12421_1.pdf

CEYLAN, Mahmut, "İdare Hukuku Bağlamında İklim Adaleti", *İklim Adaleti*, Editör: Şükrü Karatepe, İdealkent Yayınları, 2023.

Council of Europe, Gender Budgeting, Final Report Of The Group Of Specialists On Gender Budgeting (EG-S-GB), Directorate General of Human Rights, Strasbourg, 2005. Erişim Linki: https://rm.coe.int/1680596143

DOĞRU, Barış, GÖKALP, Süheyla Suzan: İklim Mücadelesinde Ekonomik, Sosyal ve Ekolojik Adalet, (İklim Değişikliği Eğitim Modülleri Serisi 16), İklim Değişikliği Alanında Ortak Çabaların Desteklenmesi Projesi (iklimİN), 2019. Erişim Linki: https:// www.iklimin.org/moduller/adaletmodulu.pdf

Dr. Nuran Talu ile Röportaj, Türkiye'nin İklim Politikaları Cinsiyete Duyarlı Değil, *EKOIQ Dergisi*, Sayı 76, Mayıs/ Haziran 2018. Erişim Linki: https://www.ekoiq.com/wp-content/uploads/2022/05/ekoiqsayi 76.pdf

ERKAN, Birol, ŞENTÜRK, Mehmet, AKBAŞ Yusuf Ekrem, PAKSOY, Sadettin: "Dünyada ve Türkiye'de Sosyal Bütçeleme (Cinsiyete Duyarlı Bütçe) Yaklaşımı", *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, Yıl 5 Sayı 9, 2012.

GENÇ, Murat: "Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme ve Kamu Hizmetlerinde Etkinlik"", *Sayıştay Dergisi*, Sayı 77, 2010. Erişim Linki: https://dergipark.org.tr/tr/pu b/sayistay/issue/61532/919022

GÖĞÜSDERE, Cansu: "Türkiye'de Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme: Kamu Kurumları, Sivil Toplum Kuruluşları ve Kanunlar Özelinde Bir İrdeleme", *Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi*, Cilt 3 Sayı 1, 2019. Erişim Linki: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756851

GÖKALP, Süheyla Suzan: "Kadın ve Çevre", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Özel sayı, 2017.

GÖKBUNAR, Ramazan, DOĞAN, Alper: "Toplumsal Cinsiyet Duyarlılığı Konusunda Yasal Düzenlemeler ve Öneriler", *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı (Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay'a Armağan) Cilt 2.

https://aile.gov.tr/media/35256/kadinlara-karsi-her-turlu-ayrimciligin-onlenmesi sozlesmesi-ve-ihtiyari-protokolu.pdf

https://iklim.gov.tr/db/turkce/dokumanlar/paris-anlasmasi-13-20220808231948.pdf

https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/

https://www.un.org/sustainabledevelopment/gender-equality/

Human Development Report 2007/2008, Climate shocks: risk and vulnerability in an unequal world Chapter 2. Erişim Linki: https://www.undp.org/tr/turkiye/publi cations/insani-gelisme-raporu-2007/2008

İklim Krizi ve Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Erişim Linki: https://acikradyo.com.tr/iklimaci l/iklim-krizi-ve-toplumsal-cinsiyet-esitsizligi

KAYA, Yasemin, "İklim Adaleti Kavramını Adalet Teorileri Üzerinden Okumak", *İklim Adaleti* Editör: Şükrü Karatepe, İdealkent Yayınları, 2023.

KAYA, Yasemin: "Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 54, 2017.

KLATZER, Elisabeth, TESEV İyi Yönetişim Programı Yerel Yönetimlerde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Bütçeleme Kılavuzu, Çeviri: Fethi Keleş ve Orhan Bilgin, Tesev Yayınları, 2012. Erişim Linki: https://www.tesev.org.tr/wpcontent/uploads/rapor_Yerel_Yonetimlerde_To plumsal_Cinsiyet_Esitligi_Ve_Butceleme_Kilavuzu.pdf

KOVANCI, Ezgi, "İklim Adaleti Kapsamında Toplumsal Cinsiyet Pratiklerinin İzdüşümü", *İklim Adaleti*, Editör: Şükrü Karatepe, İdealkent Yayınları, 2023.

KURNAZ, Levent: Küresel İklim Krizi, İklim Değişikliği ve Politikaları Uygulama ve Araştırma Merkezi. Erişim Linki: https://e-dergi.tubitak.gov.tr/edergi /yazi.pdf?dergiKodu=4&cilt=55 &sayi=1113&sayfa=12&yaziid=45937

Mary Robinson: There is no climate justice without gender equality – The Irish Times. Erişim Linki: https://www.irishtimes.com/opinion/2022/11/30/mary-robinson-when-it-comes-to-global-warming-we-ignore-half-the-worlds-population-at-our-peril/

MERİÇ, Metin: Feminizme Mali Bakış Cinsiyete Duyarlı Bütçeler, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, Cilt 44 Sayı 509, 2007. Erişim Linki: http://ekonomikyorumlar.com.tr/fi les/articles/15282000390_5.pdf.

Miranda, M. L., Hastings, D. A., Aldy, J. E., & Schlesinger, W. H. (2011). The environmental justice dimensions of climate change. Environmental justice, 4(1), 17-25. Aktaran: KÜLÇÜR, Rakibe: Toplumsal Cinsiyetin Çevresel Adalet ve İklim Değişikliği Bağlamında Türkçe Literatürdeki Görünürlüğü, *İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi*, Sayı 24, 2022. Erişim Linki: https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/CDB35BC5FCA84D378A0382A573F6D32E

ÖZUĞURLU, Hilmiye Yasemin: "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Temelinde Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme", *Journal of Awareness*, Cilt 2, Sayı 1, 2017.

Recommendation CM/Rec (2019)1. Erişim Linki: https://rm.coe.int/prems-055519-gbr-2573-cmrec-2019-1-web-a5/168093e08c

SAVAŞAN, Zerrin: "İklim Adaletinin Uluslararası Yargılama Boyutu", *İklim Adaleti*, Editör: Şükrü Karatepe, İdealkent Yayınları, 2023.

TALU, Nuran: "İklim Değişikliği ve Toplumsal Cinsiyet Politika Belirleme Süreçleri", *Yasama Dergisi*, Sayı 33, 2016. Erişim Linki: https://dergipark.org.tr/tr/pub/yasamadergisi/issue/54466/

741353

TATGIN, Ezgi: "İklim Adaleti Kapsamında Toplumsal Cinsiyet Tartışması", *Kent ve Çevre Araştırmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2019.

Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme Komisyon Raporu, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları No: 14, 2014. Erişim Linki: http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/index.htm

UNCU, Baran Alp: İklim İçin Kentler Yerel Yönetimlerde İklim Eylem Planı, 2019. Erişim Linki: https://world.350.org/iklimicinkentler/files/2019/05/350_booklet_2.pdf?_ga=2.128306187.664427225.1684177860-71971898.1684177860

YILDIZ, Seyfi; UĞUR, Alparslan: "Cinsiyete Duyarlı Bütçeleme ve Ülke Deneyimleri", *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 5 Sayı 3, 2016. Erişim Linki: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/577471

İNSAN HAKLARININ BÜTÜNSELLİĞİ BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN "*G.B. VE DİĞERLERİ v. TÜRKİYE*" KARARININ (Başvuru No. 4633/15) DEĞERLENDİRİLMESİ

Emir Efe EGEMEN[*]

ÖZET

"G.B. ve Diğerleri v. Türkiye" Kararı, Rus vatandaşı olan başvurucu G.B. ve onun 3 kızının (A.I., M.Z. ve K.Z.) Türkiye'ye karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki bireysel başvuruları kapsamında, 17.10.2019 tarihinde çıkmıştır. Göçmenlerin durumuna (özellikle de çocuk göçmenler) büyük önem veren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararında anne ve çocuklarının maruz kaldığı olumsuz nitelikteki fiziksel koşulların hak ihlali oluşturduğuna karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararında, başvuranların özgürlük ve güvenlik hakkının, etkili başvuru hakkının ve işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu karar, insan hakları hukukunda yer alan insan haklarının bütünselliği ilkesine ilişkin bir örnek niteliğine sahiptir. İnsan haklarının bütünselliği ilkesi, insan haklarıyla ilgili olarak her ne kadar bazı temel sınıflandırmalar ve ayrımlar yapılmış ise de aslında onların bir bütün oluşturduğuna işaret etmektedir. Bir bütün olarak düşünüldüğünde, insan hakları listesinin içeriğinde yer alan hakların birbirleriyle bağlantılı olduğu kabul edilmektedir. İnsan hakları belgeleri üretilirken diğer belgelerden etkilenilmekte ve yararlanılmaktadır. Bunun gibi, insan haklarının korunmasına yönelik faaliyet gösteren insan hakları mekanizmaları da verdikleri kararlarda, diğer mekanizmaların kararlarından etkilenmekte ve faydalanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararında, insan haklarını bir bütün olarak değerlendirmiş, insan haklarının kendi içinde bir bütünlük sergilediğini ve insan hakları belgelerinin birbirleriyle yakından bağlantılı hükümler içerdiğini somut olarak göstermiştir. Çalışmamıza konu kararda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hem insan hakları hukukuna hâkim olan temel ilkeleri ve davanın içeriğine dair insan haklarını hem de çeşitli insan hakları örgütlerince oluşturulan insan hakları belgelerini, kararları, raporları ve görüşlerini bir arada değerlendirerek karar vermiştir. Ayrıca bu kararda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, özgürlük yanlısı tutumu, insan haklarının korunması adına olumlu niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, İnsan Haklarının Bütünselliği, İşkence, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Ceza Yasağı, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

[*] Türk-Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, lawlexius@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1310-9713.

EVALUATION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE OF *"G.B. AND OTHERS v. TURKEY"* (Application No: 4633/15) WITHIN THE CONTEXT OF THE INTEGRITY OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The decision of "G.B. and Others v. Turkey" was issued on October 17, 1990; within the scope of the individual application of the applicants, who are Russian citizen G.B. and her 3 daughters (A.I., M.Z. and K.Z.), against Turkey in the European Court of Human Rights. The European Court of Human Rights, which attaches great importance to the situation of immigrants (especially child immigrants), decided in this decision that the negative physical conditions that mothers and their children are exposed to constitute a violation of rights. In this decision, the European Court of Human Rights held that the applicants' right to liberty and security, their right to an effective remedy and the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment had been violated. This decision is an example of the principle of the integrity of human rights in human rights law. The principle of integrity of human rights indicates that although some basic classifications and distinctions have been made regarding human rights, they actually constitute a whole. When considered as a whole, it is accepted that the rights included in the content of the human rights list are interrelated. While producing human rights documents, other documents are affected by and benefited from. Similarly, human rights mechanisms operating for the protection of human rights are also affected and benefit from the decisions of other mechanisms in their decisions. In this decision, the European Court of Human Rights evaluated human rights as a whole and showed concretely that human rights display an integrity within themselves and that human rights documents contain provisions that are closely related to each other. In the decision that is the subject of our study, the European Court of Human Rights has decided by evaluating both the basic principles of human rights law, human rights regarding the content of the case, and human rights documents, decisions, reports, and opinions created by various human rights organizations. In addition, in this decision, the pro-freedom attitude of the European Court of Human Rights is positive for the protection of human rights.

Keywords: Human Rights, Integrity of Human Rights, Prohibition of Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Right to Liberty and Security, European Court of Human Rights.

GİRİŞ

İnsan haklarının nelerden ibaret olduğuna dair listeler veya sıralamalar hakkında birtakım yönlerden sınıflandırmalar ve ayrımlar yapılmaktadır. Bu bağlamda; öne çıkan ayrımları, şu şekilde özetlemek mümkündür: Koruyucu haklar, isteme hakları, katılma hakları; negatif statü hakları, pozitif statü hakları, aktif statü hakları; klasik haklar, ekonomik-sosyal haklar, dayanışma hakları; kişisel haklar, sosyal ve ekonomik haklar, siyasal ve kültürel haklar; birinci kuşak haklar, ikinci kuşak haklar, üçüncü kuşak haklar; kolektif haklar, bireysel haklar; şekli haklar, gerçek haklar; insan hakları, yurttaş hakları. Hakların sınıflandırılmasındaki sebep, her hakkın farklı içerik, işlev ve sınırlandırma rejimine sahip olmasından

kaynaklanmaktadır.[1] Yapılan bu ayrım ve sınıflandırmalara rağmen, insan haklarının genel anlamda bir bütünlük oluşturduğu ve bölünemeyeceği belirtilmektedir. Bu durum, insan haklarının bütünselliği (veya insan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği yahut tamamlayıcılığı) kavramı ile ifade edilmektedir. Yani insan haklarının bütünselliği, insan hakları konusunda sınıflandırmalar ve ayrımlar yapılsa da, insan haklarının bir bütün olduğunu vurgulamaktadır. Buradaki bütünsellik, bir anlamda karşılıklı bağımlılığı ve bu açıdan düşünüldüğünde, bölünmezliği de ifade etmektedir.

İnsan haklarının bütünselliği, birçok konuda varlığını göstermektedir. Örneğin, insan hakları örgütlerince üretilen insan hakları belgeleri, oluşum safhasında iken, başka insan hakları belgelerinden etkilenmekte ve yararlanmaktadır. Yani insan hakları belgeleri, birbirlerine ilham oluşturabilmektedir. Zaten insan haklarının birdenbire ortaya çıkmayıp tarihsel süreç içindeki değişimlerden etkilendiği[2] kabul görmektedir. Bu çerçevede, varoluşları itibariyle insan haklarının birbirlerini bütünleyici ve destekleyici bir niteliğe sahip olduğu[3] vurgulanmaktadır. Bu durum, insan haklarının bütünselliğine yapılan bir göndermedir. Yine insan haklarının korunmasına dair oluşturulan mekanizma ve mahkemeler, verdikleri kararlarda, hem başka mekanizma ve mahkemelerin kararlarından, hem uyuşmazlığa konu dava kapsamındaki hakların düzenlendiği çeşitli insan hakları belgelerinden yararlanmaktadır. Bu durum, insan haklarının birbirleriyle olan yakın ilişkisinin varlığına ve bunların birbirlerinden ayrı ve uzak değerlendirilemeyeceğine işaret etmektedir. İşte burada öne çıkan ilke, insan haklarının bütünselliğidir.

İnsan haklarının bütünselliği ilkesi, diğer taraftan, insanların insan haklarının tamamına sahip olması gerektiğine de vurgu yapmaktadır. Nitekim Kapani;[4] bir kişinin ancak, temel hak ve hürriyetlerin bütününe sahip olması durumunda özgür olabileceğini, belirtmektedir. Gerçekten, insan hakları olarak nitelendirilen haklar listesinin unsurları (içeriğindeki haklar) arasında, herhangi bir hiyerarşi ve üstlük astlık ilişkisi olmadığı gibi bu haklar, birbiriyle çekişme veya rekabet içinde değildir. Çünkü bu hakların her biri, aslında insan hakları diye tabir edilen esas bütünün parçalarını (bir anlamda vücudun organlarını) teşkil etmektedir. Bir görüşe göre;[5] bir bütünün bileşenleri niteliğindeki insan hakları, ayrı uygarlık sisteminin ayrılmaz parçalarıdır.

[1] TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; SANCAKDAR, Oğuz ve ÖNOK, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 65.
[2] TURHAN, Aydın: İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2013, s. 357.
[3] CEYLAN, Neslihan Aybike: Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Hakların Bütünlüğü İlkesi, Anasay Dergisi, Sayı 2, 2017, s. 222.
[4] KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 6.
[5] KALABALIK, Halil: İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 47-48.

I. BAŞVURU KAPSAMINDAKİ OLAYLAR[6]

Başvurucu **G.B.** ile onun 3 kızı **A.I., M.Z.** ve **K.Z.** Rus vatandaşları olup ilgili bireysel başvuru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde, **22.01.2015** tarihinde (Başvuru No. **4633/15**) Türkiye aleyhine yapılmıştır (§ 1). Başvurucu G.B. 1986; kızları ise yukarıdaki sırayla 2008, 2012 ve 2013 doğumludur (§ 6). Yani başvuru tarihinde, başvurucunun çocukları 7, 3 ve 2 yaşlarındadır. Bu bağlamda; çocuklar, AİHM tarafından reşit olmayan başvuranlar olarak anılmıştır.

Başvurucular, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme veya AİHS) **3, 5, 8** ve **13.** maddeleri kapsamında; **Kumkapı** ve **Gaziantep Geri Gönderme Merkezlerinde** tutulmaları ile ilgili olarak

-Fiziki tutulma koşullarından,

-Tutulmalarının hukuka aykırı olduğundan,

-Yetkililer tarafından tutulma gerekçeleriyle ilgili usulüne uygun olarak bilgilendirilmemiş olmaktan,

-Tutulmalarının hukuka uygunluğu hakkında itirazlarının etkili bir şekilde incelenebileceği ve 5. madde kapsamındaki haklarının ihlali nedeniyle tazminat talep edebilecekleri iç hukuk yollarının mevcut olmadığından (kısacası söz konusu şikâyetleri öne sürebilecekleri etkili bir iç hukuk yoluna sahip olmadıklarından) dolayı şikâyetçi olmuşlardır (§ 3).

18.10.2014 tarihinde, başvuranlar, yasadışı yolla Türkiye'den Suriye'ye geçmeye çalışırken, Suriye sınırındaki **Kilis** ilinde yakalanmış, ilk olarak kimliklerinin tespit edilmesi için **Elbeyli İlçe Jandarma Komutanlığına** götürülmüş ve daha sonra aynı gün, **Kilis Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğüne** sevk edilmiştir (§ 8).

19.10.2014 tarihinde, **Kilis Valiliğince 6458** sayılı Kanunun[7] **54/1-h** maddesi[8] uyarınca, ülkeyi yasa dışı yollarla terk etme girişiminde bulunması sebebiyle başvuranın sınır dışı edilmesine ve aynı sebepten dolayı, 6458 sayılı Kanunun **57/2** maddesi[9] uyarınca idari gözetim altında tutulmasına karar verilmiştir (§ 9).

---

[6] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İkinci Bölüm Kararı (2019), *"G.B. ve Diğerleri/Türkiye Davası (Başvuru No. 4633/15)",* Karar Tarihi: 17.10.2019, Kesinleşme Tarihi: 17.01.2020. Kısaca *G.B. ve Diğerleri v. Türkiye* Davası şeklinde anılacaktır: (Başvuru No. 4633/15) Kararın İngilizce tam metni için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196612 (Son Erişim Tarihi: 13.11.2022) Ayrıca kararın T.C. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığınca 2020 yılında yapılan Türkçe gayri resmi çevirisinin tam metni için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201768 (Son Erişim Tarihi: 13.11.2022) İşbu çalışmada, bu çeviri metninden faydalanılmıştır.

[7] 04.04.2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 11.04.2013, Sayısı: 28615. Kanunun tam metni için bkz. https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6458.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.11.2022)

[8] *(1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır:*
h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler

[9] *(2) (Değişik:6/12/2019-7196/77 md.) Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu*

22.10.2014 tarihinde, başvuranlar, İstanbul Emniyet Müdürlüğüne bağlı **Kumkapı Yabancıları Geri Gönderme Merkezine** *(Kumkapı Geri Gönderme Merkezi)* sevk edilmiştir (§ 10).

23.10.2014 tarihinde, **İstanbul Valiliğince,** başvuranın 6458 sayılı Kanunun **54/1-d**[10] ile **54/1-h** maddesi uyarınca sınır dışı edilmesine ve aynı Kanunun 57. maddesi uyarınca sınır dışı sürecinde idari gözetim altında tutulmasına karar verilmiştir (§ 11).

Başvuranlar, haklarında verilen bu iki ayrı karar çerçevesinde iki farklı yargı kolunda;

-11.11.2014 tarihinde, idari gözetim altında tutulmalarına karşı, **İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği** nezdinde başvurarak, kararın hukuka uygun olmadığından bahisle itiraz etmiş ve serbest bırakılmalarını talep etmiş (§ 14) ve ayrıca

-03.12.2014 tarihinde, sınır dışı edilme kararına karşı, **İstanbul İdare Mahkemesi** nezdinde itiraz etmiştir (§ 12).

Başvuranlar,

-Yetkili makamın yasa gereği kararında belirtme yükümlülüğü bulunmasına karşın, **tutulma kararında tutulma gerekçeleri belirtilmeden** sadece 6458 sayılı Kanununun 57. maddesine atıfta bulunulduğunu,

-Başvuranların sığınmacı statüsü göz önüne alındığında, *idari gözetime kendileri açısından son çare olarak başvurulması gerekmesine karşın,* yetkililerin **hiçbir alternatif önleyici tedbiri değerlendirmeden** ve **başvuranların bir anne ve üç küçük çocuğu olduğunu yeterince dikkate almadan** kendilerinin tutulmalarına karar verildiğini,

-Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki olumsuz fiziki koşullar göz önüne alındığında, idari gözetim altında tutulmaları, başvuranlara ve **özellikle küçük yaşta olmaları sebebiyle ikinci, üçüncü ve dördüncü başvurana ciddi fiziksel ve zihinsel zarara yol açtığı** ve bu durumun AİHM'nin başta *Yarashonen v. Türkiye* (Başvuru No. 72710/11, Karar Tarihi: 24.06.2014) kararı olmak üzere, bazı davalarda tespit etmiş olduğu **insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele** teşkil ettiği iddia edilmiştir (§ 14).

07.11.2014 tarihinde, başvuranlar, aynı zamanda, *dini ve siyasi görüşlerinden dolayı zulüm görme korkusu sebebiyle* Rusya'yı terk etmek zorunda kaldıklarını ve oraya geri dönecek olurlarsa hayatlarının tehlikeye gireceğini iddia ederek Türk makamlarından uluslararası koruma talep etmiştir (§ 13).

20.11.2014 tarihinde, başvuranlar, idari gözetim kararıyla ilgili resmi bir kararın yalnızca ilk başvuran *(yani sadece anne)* ile ilgili verildiğini ve diğer başvuranların *(çocukların)* tutulmasına ilişkin yasal bir dayanağın bulunmadığını iddia ederek, başvurularını tamamlamak amacıyla ikinci bir talepte bulunmuştur (§ 15). **İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği,** annenin *kamu güvenliğine tehdit oluşturması* ve *yasa dışı yollarla Türkiye'yi terk etmeye çalışması* sebebiyle kendisinin tutulmasını ve sınır dışı edilmesine karar verilmesini kanuna

---

sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır ya da 57/A maddesi uyarınca idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilir. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür.

[10] *(1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır:*

d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar

uygun bulmuş, çocuklarla ilgili olarak ise kendileriyle ilgili herhangi bir tutulma kararı bulunmadığını kabul etmiş ise de tutulmalarının hukuka aykırılığına ilişkin iddiaları reddetmiştir (§ 17).

15.12.2014 tarihinde, başvuranlar, **Anayasa Mahkemesine** bireysel başvuruda bulunmuş, **Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki** tutulmalarının fiziki koşullarıyla ilgili bütün şikâyetleri ileri sürmüş, Anayasa Mahkemesinin ihtiyati tedbir yoluyla kendilerinin Kumkapı Geri Gönderme Merkezinden serbest bırakılmaları yönünde karar vermesini talep etmiş, *özgürlüklerinden yasaya aykırı bir şekilde mahrum bırakılmış olduklarını* ve *tutulmalarının yasaya aykırılığı* ve tutulmalarının koşullarına ilişkin *şikâyet edebilecekleri etkili bir hukuk yolunun olmadığını* iddia etmiş, tutulmalarının hukuka uygunluğuna itiraz etmek amacıyla İstanbul Sulh Ceza Hâkimliğinde birçok dava açtıklarını ancak ilgili mahkemenin bu davaları hukuka uygunluk hususunda *gerçek bir değerlendirme yapmadan basmakalıp gerekçelerle reddettiğini* vurgulamıştır (§ 33).

17.12.2014 tarihinde, **İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (GİGM),** başvuranların uluslararası koruma için uygun olmadıklarını tespit etmiş ve söz konusu talebi reddetmiş olup başvuranlar, bu ret kararına karşı, **06.01.2015** tarihinde, **Ankara İdare Mahkemesi** nezdinde dava açmış ama Ankara İdare Mahkemesinin **09.09.2015** tarihinde, başvuranların itirazlarına ilişkin davayı reddetmesi üzerine, başvuranlar, söz konusu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuş ise de söz konusu başvuru, **20.06.2018** tarihinde **Danıştay** tarafından reddedilmiştir (§ 13).

09.01.2015, tarihinde **Anayasa Mahkemesi,** başvuranların **ihtiyati tedbir talebini reddetmiş,** başvuranların Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki tutulma koşulları nedeniyle *fiziksel ya da zihinsel bütünlükleri veya hayatlarına ilişkin acil ve ciddi bir risk olduğuna dair savunulabilir bir iddianın temelini ortaya koyamadıklarını* tespit etmiş, başvuranların Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki *hijyen sorunları, yeterli yiyeceğin sağlanmaması ve açık havaya çıkılmasına izin verilmemesiyle ilgili iddiaları ve bu tür koşulların kendileri için gerçek ve kişisel risk teşkil ettiğiyle ilgili argümanlarının ihtiyati tedbir talebini haklı kılmak açısından yeterli olmadığına* kanaat getirmiştir (§ 35).

22.01.2015 tarihinde, başvuranlar, **Gaziantep Geri Gönderme Merkezine** sevk edilmiş (§ 18) ve **Gaziantep Valiliği, 23.01.2015** tarihinde, *dayanak hükümleri belirtmeden,* başvuranların her biri hakkında sınır dışı edilme kararı çıkarmış, sınır dışı edilme sürecine kadar da başvuranların tutulmalarına karar vermiştir (§ 19).

22.01.2015 tarihinde ise; başvuranlar, **AİHM** başvurularını yapmıştır (§ 38).

*Başvuranlar, **Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde** tutuldukları dönemde;

-Merkezin *aşırı kalabalık olduğunu,* resmi kapasitesinin 300 kişi olmasına rağmen yaklaşık 600 kişinin bulunduğunu (§ 24),

-*Hijyen sorunlarının olduğunu,* odaların, tuvaletlerin ve banyoların düzenli olarak *temizlenmediğini,* yatak takımlarının hiçbir zaman *değiştirilmediğini,* çocukların böcekler ve tahtakuruları tarafından *ısırıldıklarını* ve bu ısırıklar yüzünden çocuklardan ikisinin *alerjik reaksiyon gösterdiklerini* (§ 25),

-*Aydınlatma, havalandırma ve ısınma konusunda yetersizlik olduğunu,* günün her vakti *sigara dumanına maruz kalındığını,* açık havada *düzenli olarak egzersiz yapma olanağı sağlanmadığını,* aydınlatma anahtarının olmaması sebebiyle odadaki *ışıkların gece boyunca açık bırakıldığını* (§ 26),

-*Fiziki koşullarının* özellikle çocukların fiziksel ve zihinsel sağlıkları için *uygun olmadığını,* çocuklara *oyun alanı* veya yaşlarına *uygun aktivitelerin sağlanmamasının* yanı sıra düzenli olarak *açık havaya çıkma olanağı da verilmediğini,* sağlanan *yiyeceklerin kalitesinin ve miktarının yeterli olmadığını,* yiyeceklerin çocukların *beslenme ihtiyaçlarını karşılamadığını,* avukatın küçük çocukların temel ihtiyaçlarının karşılanması ve acil tıbbi bakım sağlanması ile ilgili sözlü ve *yazılı taleplerinin yetkililer tarafından dikkate alınmadığını,* çocuklardan birinin *bronşit,* diğerinin ise *alerjilerden* mustarip olup, acil tıbbi bakıma ihtiyaçları olduğunu ve buna rağmen yetkililerin çocuklar için gerekli olan *tıbbi bakımın sağlanması konusunda hiçbir eylemde bulunmadıklarını* belirtmiştir (§ 27).

*Başvuranlar, **Gaziantep Geri Gönderme Merkezinde** tutuldukları dönemde ise;

-Yeterince *güneş ışığı almayan* 10 m²'lik bir odada, *üç kadın ve bir çocukla birlikte tutulduklarını,* buradaki koşulların Kumkapı Geri Gönderme Merkezindekine kıyasla *daha kötü olduğunu, koridorlarda uyuyan insanlar olduğunu,* çocuklar için *yeterli ve kaliteli yiyeceklerin olmadığını, hijyen, açık hava egzersizinin bulunmadığını,* çocuklar için *oyun alanının olmadığını* ifade etmiştir (§ 28).

30.01.2015 tarihinde, başvuranlar, **Gaziantep Sulh Ceza Hâkimliğine** başvurarak **Gaziantep Geri Gönderme Merkezindeki** idari gözetim altında tutulmalarının yasallığına itiraz ederek serbest bırakılmayı talep etmiş, genel olarak **İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği** önünde ileri sürdükleri argümanları tekrar etmiş ve **Gaziantep Geri Gönderme Merkezindeki** *fiziki koşulların,* özellikle küçük çocuklar için uygun olmadığını vurgulamıştır (§ 20).

05.02.2015 tarihinde, **Gaziantep Sulh Ceza Hâkimliği,** başvuranların argümanlarını kabul etmiş ve idari gözetim altında tutulmalarının kanuna aykırı olduğunu tespit etmiş,

-başvuran küçük çocukların *uygun olmayan koşullarda* tam üç ay boyunca tutulduklarını,

-başvuranların *kamu düzenine, güvenliğine veya sağlığına bir tehdit oluşturduklarına ilişkin iddiaları destekleyen somut bir delil bulunmadığını,*

-başvuranlar hakkındaki kararlarda, *neden tutuldukları konusunda herhangi bir açıklama yapılmadığını,*

-başvuranların sınır dışı edilme kararı ile sığınma taleplerinin reddedildiği karara karşı açmış oldukları *yargılamaların idare mahkemeleri önünde halen derdest olduğunu* vurgulamış ve

-başvuranların *tutulmalarının yasaya aykırı olduğunu* ve başvuranların hemen sınır dışı edilmedikleri sürece **Gaziantep Geri Gönderme Merkezinden *tahliye edilmelerine karar*** vermiştir (§ 21).

10.02.2015 tarihinde, başvuranlar, yargı kararına rağmen, yetkililerin kendilerini serbest bırakmaması sebebiyle, GİGM'ye başvurarak, Gaziantep Geri Gönderme Merkezinden serbest bırakılmayı talep etmiştir (§ 22).

10.02.2015 tarihinde (aynı tarihte), Gaziantep Sulh Ceza Hâkimliğinin kararı, Gaziantep Emniyet Müdürlüğüne tebliğ edilmiş ve başvuranlar, Gaziantep'te ikamet etmek ve haftada üç kez polis karakoluna gitmek şartıyla, Gaziantep Geri Gönderme Merkezinden ***serbest bırakılmışlardır*** (§ 23).

24.05.2018 tarihinde, **Anayasa Mahkemesi,** başvuranların *idari mahkemeler önünde tam yargı davası açmamış olmaları gerekçesiyle* şikâyetlerinin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (§ 36).

II. İNSAN HAKLARININ BÜTÜNSELLİĞİ BAĞLAMINDA AİHM'NİN ATIFTA BULUNDUĞU DİĞER KARARLAR VE İNSAN HAKLARINA DAİR DİĞER HUSUSLAR

AİHM, *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga/Belçika* (no. 13178/03, §§ 50-59), *Muskhadzhiyeva ve Diğerleri/Belçika* (no. 41442/07, §§ 55-63), *Rahimi/Yunanistan* (no. 8687/08, §§ 85-86), *Popov/Fransa* (no. 39472/07 ve 39474/07, §§ 91-103), *A.B. ve Diğerleri/Fransa* (no. 11593/12, §§ 110-15), *Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar/Malta* (no. 25794/13 ve 28151/13, §§ 105-15), ve *S.F. ve Diğerleri/Bulgaristan* (no. 8138/16, §§ 78-93) gibi davalarda göçmenlik bağlamında, çocukların alıkoyma merkezlerinde tutulmalarına ilişkin karar vermiştir (§ 101). AİHM, yukarıda anılan davaların her birinde *-ebeveynleriyle birlikte olsun ya da olmasın-* çocukların aşırı savunmasız olmasının, çocuğun yasa dışı göçmen statüsüyle ilgili değerlendirmelerden daha önemli olan, belirleyici bir etken olduğuna kanaat getirmiştir (§ 101). AİHM, söz konusu çocukların maruz kaldığı uygun olmayan yaşam koşullarının büyük ölçüde duygusal ve ruhsal sıkıntı yaşamalarına sebep olduğunu ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesi anlamındaki şiddet seviyesinin aşılmış olduğunu tespit etmiştir (§ 101).

İnsan haklarının farklı kriterler bakımından bazı tasniflere tabi tutulmasının, insan haklarının birbirlerinden ayrılabilir olmaları anlamına gelmeyeceğini[11] ifade eden insan haklarının bütünselliği çerçevesinde, AİHM'in gerçekleştirdiği değerlendirmesinde, insan haklarının ve insan haklarına ilişkin hususların düzenlendiği birçok konuya değindiği görülmektedir. Yukarıda anılan kararlar haricinde, AİHM birçok hukuki belge ve karara da atıfta bulunmaktadır:

A. Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin (AİÖK/CPT) 2009 ile 2015 Yıllarındaki Türkiye Ziyaretleri Kapsamında Hazırlanan Rapor

AİHM, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin AİÖK/CPT'nin *göç bağlamında yabancı uyruklu kişilerin fiziki tutulma koşullarına ilişkin standartlarına dair belge*de[12] yer alan hususlara, *Yarashonen v. Türkiye* (No: 72710/11, §24-27; 24.06.2014) ve *Alimov v. Türkiye* (No:14344/13, § 29; 06.092016) davalarında yer verildiğini belirtmiştir (§ 63). AİHM çalışmamıza konu davada, AİÖK/CPT'nin 2009-2015 yılları arasındaki Türkiye ziyaretleri bağlamında tespit ettiği bulgulara önemle değinmiştir. Çünkü AİÖK, başvuranların tutuldukları İstanbul Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ni de bu tarihlerde ziyaret etmiştir. Ayrıca AİÖK'nin 2014 yılının mayıs ayında gerçekleştirdiği ziyaretin ardından İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

[11] CEYLAN, s. 225.

[12] Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onurkırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (AİÖK/CPT) Standartları, https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4d78827e2 veya https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/CPT_Standards.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.11.2022)

uyarınca kurulmuş olan Ulusal Önleme Mekanizması (UÖM) da söz konusu merkezle ilgili hayli eleştirel değerlendirmeler yapmış ve merkezin kapatılması önerisinde bulunmuştur.

AİÖK'nin Haziran 2015 tarihindeki ziyaretinden sonra hazırlanan ve 17.10.2017 tarihinde yayımlanan raporda birçok önemli gözlem konusu bulunmaktadır:

İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi[13] ekseninde faaliyetlerde bulunan **AİÖK,** ilgili raporunda;

-İstanbul/Kumkapı'da tutulan göçmenlere, *açık havada egzersiz yapma imkânının sağlanmasına* ilişkin uzun süredir devam eden önerileri uygulamak için bir eyleme geçilmemiş olmasından endişe duyulduğunu,

-Türk makamlarının, tutulan bütün yabancı uyruklulara *her gün en az bir saatlik açık hava egzersiz olanağının sağlanması* için acil önlemler almaya teşvik edildiğini,

-Birçok yabancı uyruklunun uzun bir süre boyunca *kötü koşullar altında tutulduğu* gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda, ziyaret edilen bazı merkezlerde *tutulma koşullarının insanlık dışı ve aşağılayıcı olduğunu,*

-Merkezlerdeki *yatakhanelerin aşırı kalabalık olması* sebebiyle, tutulanların yatakları paylaşmak veya (çoklukla kirli olan) döşeklerle yerde yatmak zorunda kaldığını,

-Genel *hijyen ve temizlik durumunun kötü olduğu* ve özellikle *ortak tuvalet-banyo tesislerinin her zaman kirli olduğunun* gözlemlendiğini belirtmiş;

-Ortak tuvalet-banyo tesisleri de dâhil olmak üzere *kalınan yerlerin kabul edebilir bir hijyen seviyesinde tutulması ve binaların düzenli olarak dezenfekte edilmesi,*

-Kalınan odaların *yeterli şekilde aydınlatılması* (güneş ışığı alması da dâhil), *havalandırılması* ve uygun bir şekilde *donatılması,*

-Her bir yabancı uyruklu kişiye temiz döşek ve temiz yatak takımının olduğu, kendi kullanımına ait *yataklar temin edilmesinin sağlanması* adına adımlar atılması gerektiğini vurgulamış;

-Tutulan göçmenlere televizyon izleme imkânı ve diğer uygun olan eğlence faaliyetleri *(Masa/kutu oyunları, masa tenisi vb.)* gibi *asgari düzeydeki temel faaliyetlerin uygulanması* için çaba sarf edilmesi gerektiğine ve

-En yaygın olarak konuşulan dillerde *okuma materyallerine erişimin sağlanması* gerektiğine kanaat getirerek

-*Rutin programlı aktiviteler* (rejim) düzenlemesini sağlayacak adımlar atılmasını,

[13] Resmî Gazete Tarihi: 27.02.1988, Sayısı: 19738. Sözleşmenin Resmî Gazetede yayımlanan tam metni için bkz. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/IskenceninOnlenmesiSozlesmesi_AK.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.11.2022)

-Kişilerin tutulduğu süre ne kadar uzun olursa, kendilerine sunulan *faaliyet çeşitliliği o derecede arttırılmasını* tavsiye etmiş;

-Yanında refakat eden birileri bulunan çocuklarla ilgili olarak, *küçük çocukların* bazı merkezlerde çok sayıda olmalarına rağmen, onların *ihtiyaçlarını karşılamak için özel bir düzenleme yapılmamış* olmasında endişe duyduğunu,

-Ziyaret edilen merkezlerin hiçbirinde *çocuklara bakacak görevli personel ve oyun alanı olmadığını* ifade etmiştir (§ 64).

B. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi'nin 2016 Yılındaki Türkiye Ziyareti Kapsamında Hazırlanan Rapor

Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi **Tomáš Boček,** 30 Mayıs ile 4 Haziran 2016 tarihleri arasında Türkiye'ye resmi bir ziyaret gerçekleştirmiş ve Kumkapı Geri Gönderme Merkezini hakkındaki gözlemleri ile bulgularını 10 Ağustos 2016 tarihli bir raporda belgelemiştir. Bu raporda;

-Merkezin bir yerleşim alanının ortasında bulunması sebebiyle, *mevcut açık alanın sınırlı olduğu,*

-Çocuklar için oyun alanı bulunan ayrı bir iç avlu olduğu,

-Yeni iki geri gönderme merkezinin inşası için çalışmaların devam etmesi sebebiyle söz konusu merkezin önümüzdeki aylarda kapatılacağı,

-Türk makamlarının göçmen çocukların tutulması konusunda *alternatifler içeren uygun bir sistem geliştirilmesinde* desteğe ihtiyacı olduğu belirtilmiştir (§ 66).

Bu raporun tarihine dikkat edilirse, yaşanan olaylardan ve yukarıda belirtilen rapordan sonrasına ait oluğu görülecektir. Yani yaşanan gelişmeler sonrası hükümetin bazı adımlar attığı görülmektedir.

C. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

Çalışmamıza konu davada, AİHM, **Birleşmiş Milletler** tarafından üretilen insan hakları belgelerinden birisi olan 20.11.1989 tarihli **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**'ye[14] **(Çocuk Hakları Sözleşmesi/ÇHS),** de değinmiştir. Anılan sözleşmenin çalışmamıza ilişkin bazı maddeleri şu şekilde sıralanabilir:

Madde 3/1: *"Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde,* ***çocuğun yararı*** *temel düşüncedir."*

Madde 37/1: *"Taraf Devletler aşağıdaki hususları sağlarlar:*

a) *Hiçbir çocuk,* ***işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tâbi tutulmayacaktır****. …*

[14] Resmî Gazete Tarihi: 27.01.1995, Sayısı: 22184. Sözleşmenin Resmî Gazetede yayımlanan tam metni için bkz. https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.11.2022)

b) *Hiçbir çocuk **yasadışı ya da keyfi biçimde-özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır.** Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi **yasa gereği olacak** ve ancak **en son başvurulacak bir önlem olarak** düşünülüp, uygun **olabilecek en kısa süre ile sınırlı** tutulacaktır.*

c) *Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa **insancıl biçimde** ve insan **kişiliğinin özünde bulunan saygınlık** ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri gözönünde tutularak davranılacaktır. Özgürlüğünden yoksun olan her çocuk, **kendi yüksek yararı** aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacaktır.*

d) *Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, **kısa zamanda yasal ve uygun olan diğer yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacağı** gibi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahip olacaktır."*

D. Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına ve Gözaltı Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlkeler

Çalışmamıza konu davada, AİHM'nin atıfta bulunduğu belgelerden birisi de **Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği**'nin 1999 yılında düzenlemiş olduğu **"Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına İlişkin Geçerli Kriterler Hakkında Kılavuz İlkeleri"**dir[15]. Anılan ilkelerin çalışmamıza ilişkin 8 ve 9. maddeleri şu şekildedir:

Kılavuz İlke 8: *"Gözaltı koşulları **insancıl ve onurlu** olmalıdır."*

"Sığınmacıların, gözaltına alındıklarında aşağıda yer alan usule ilişkin asgari teminatlardan faydalanma hakkı vardır:

*(ii) Sığınmacılara uluslararası standartlara uygun olarak i**nsancıl ve onurlu şekilde** muamele edilmelidir.*

(v) … Mümkün olduğunda, ailelere beraber barınma imkanı sağlanmalıdır. Ailelere yönelik imkanlar, bazı ailelerin (özellikle de çocuklarıyla yalnız başına seyahat eden babalar), başka bir alternatifin olmadığı durumlarda mutlak kısıtlamaya maruz kalmasını da engeller.

*(vi) **Psikolojik danışma** da dahil olmak üzere, gerektiğinde **uygun tıbbi tedavi** sunulmalıdır*

*(viii) Günlük olarak **kapalı mekan veya açık hava rekreasyon faaliyetleri** yoluyla bir şekilde **fiziksel egzersizler yapma imkanı** sunulmalı ve ayrıca, **temiz hava ve gün ışığı** olan **açık hava alana erişim** sağlanmalıdır. Kadınlara ve çocuklara göre düzenlenen ve kültürel etmenlerin dikkate alındığı faaliyetler de gereklidir.*

[15] Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına ve Gözaltı Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlkeler. Anılan belgenin tam metni için bkz. https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa69a54 (Son Erişim Tarihi: 13.11.2022)

*(x) Gözaltındaki sığınmacılara; **yatak, iklime uygun yatak takımı, duş imkanı, tuvalet ve temiz giysi gibi temel ihtiyaçlar** sunulmalıdır. Kendi giysilerini giyme ve tesisin güvenli yönetimine uygun şekilde **duşta ve tuvaletlerde mahremiyet hakları** vardır.*

*(xi) Yaşa, sağlığa ve kültürel/dini geçmişe uygun **besin değeri yüksek yiyecek** temin edilir. Hamile veya emzikli kadınlara **özel diyetler** sunulmalıdır. Yemeklerin hazırlanıp yenildiği tesisler **temel hijyen ve temizlik kurallarına** uygun olmalıdır."*

Kılavuz İlke 9: *"Belirli sığınmacıların **özel durumları ve ihtiyaçları** dikkate alınmalıdır."*

Kılavuz İlke 9.2 Çocuklar

51. *"İşbu Kılavuz İlkelerde çerçevesi belirlenen gözaltına ilişkin genel ilkeler, esasında öncelikle prensipte gözaltına alınmaması gereken çocuklara uygulanır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde (ÇHS) çocuklara yönelik spesifik uluslararası yasal yükümlülükler sunulmakta ve çocukların korunmasına ilişkin birkaç Kılavuz İlke belirlenmektedir:*

*• Sığınmacı ve mülteci çocuklar dahil olmak üzere çocukları etkileyen tüm eylemlerde **çocuğun yüksek yararı** değerlendirilmelidir (Madde 22 ile bağlantılı olarak ÇHS, Madde 3).*

*• Hiçbir çocuğa, kendilerinin, ana–babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğum ve diğer statüler nedeniyle **hiçbir ayrım yapılmaz** (ÇHS, Madde 2).*

*• Her çocuk **temel yaşama hakkına** sahiptir ve **çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çaba** gösterilir (ÇHS, Madde 6).*

*• Çocuğun kendini ilgilendiren her konuda **görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı,** bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınır. (ÇHS, Madde 12).*

*• Çocukların **aile birliği** (diğerlerinin yanı sıra ÇHS, Madde 5, 8 ve 16) ve rızaları olmaksızın ailelerinden ayrılmama hakkı vardır (ÇHS, Madde 9 ÇHS). ÇHS, Madde 20(1) uyarınca, geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, Devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacaktır.*

*• ÇHS,Madde 22 uyarınca, Devletler, ister tek başına olsun isterse ana–babası veya herhangi bir başka kimse ile birlikte bulunsun, **mülteci statüsü** kazanmaya çalışan ya da mülteci sayılan bir çocuğun, **koruma ve insani yardımdan yararlanması** için gerekli bütün önlemleri alır.*

*• ÇHS, Madde 37 uyarınca, Taraf Devletlerin **çocukların gözaltına alınmasının** başvurulacak son önlem olarak ve **uygun olan en kısa süre için** kullanılmasını sağlaması gerekir.*

53. *"Özellikle gözaltı fiziksel ve zihinsel gelişimleri dahil olmak üzere çocukları kötü etkilediğinden, ebeveynlerine eşlik eden çocuklar için **tüm mevcut alternatif bakım düzenlemeleri** dikkate alınmalıdır. Ailelerinin veya kendilerine bakan kişilerin yanında olan çocuklar gözaltına alındığında, diğerlerinin yanı*

sıra, aile hakkı ve bütün olarak ailenin özel hayatı, gözaltı tesislerinin çocuklara uygun olması ve çocukların yüksek yararı arasında denge kurulmalıdır."

56. *"Gözaltına alınan çocuklar, yetişkinlerle aynı usule ilişkin asgari teminatlardan faydalanır; fakat söz konusu teminatlar* ***ihtiyaçlarına göre*** *ayarlanmalıdır (bkz. Kılavuz İlke 9). Refakatsiz veya ailelerinden ayrı düşmüş çocuklar için bağımsız ve nitelikli bir koruyucu ve avukat atanmalıdır. Gözaltı süresince, çocukların* ***eğitim alma hakkı*** *vardır ve bu eğitim optimal olarak, serbest bırakma işleminden sonra da devam edilebilmesi için gözaltı tesisleri dışında sağlanır. Çocukların zihinsel gelişimi için gerekli olan ve* ***stres ile travmayı yatıştıracak olan rekreasyon ve oyun imkanı*** *sağlanmalı ve bu imkan diğer çocuklarla oyun oynamayı da kapsamalıdır (bkz. ayrıca Kılavuz İlke 8)."*

57. *"Sığınma sürecinin önceliklendirilmesi de dahil olmak üzere sarf edilen tüm çabalar, çocukların* ***en kısa sürede gözaltından çıkarılmasına*** *ve başka türlü uygun barınma merkezlerine yerleştirilmesine imkan verecek yönde olmalıdır."*

E. Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü François Crépeau'nun Raporu

Çalışmamıza konu davada, AİHM, *Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü* **François Crépeau**'nun 02.04.2012 tarihinde **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi**'ne sunduğu rapora da yer vermiştir. Raporun 40. paragrafına göre;

"Göçmen çocuklar, ***aile birliğinin*** *korunması adına, bazen yasa dışı göçmen konumunda olduğu tespit edilen ebeveynleri ile birlikte tutulmaktadırlar. Bu durum* ***çocuğun üstün çıkarı*** *ilkesinin ve* ***çocuğun en son başvurulacak bir önlem olarak tutulması hakkının*** *ve* ***çocuğun ebeveynlerinin eylemlerinden dolayı cezalandırılmaması hakkının*** *da ihlal edilmesine neden olabilir (2. madde, 2. paragraf). Bu, ebeveynlerin tutulması ve çocuklarının alternatif bakım sistemine sevk edilmesi yoluyla aile parçalanarak çocuğun çıkarlarına en iyi şekilde hizmet edildiği anlamına gelmemektedir. … Dolayısıyla,* ***çocukları yanlarında bulunan göçmenlerin tutulmalarıyla ilgili karar sadece istisnai durumlarda*** *verilmelidir. Devletler bu durumlarda tutulmaya ilişkin bir karara ihtiyaç olup olmadığını dikkatlice değerlendirmeli ve bütün ailenin tutulması yerine alternatif önlemler uygulayarak aile birliğini korumayı tercih etmelidir."*

F. Çocuk Hakları Komitesi ve Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi Yorumu

Çocuk Hakları Komitesi ve Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi (Göçmen İşçiler Komitesi) 16.11.2017 tarihinde köken ülkesi, geçiş ülkesi, gidilecek ve dönülecek ülkelerde uluslararası göç bağlamında devletin çocukların insan haklarına ilişkin yükümlülükleri ile ilgili müşterek bir genel yorum hazırlamış, ilgili yorumda, komiteler, göç bağlamında çocukların ve ebeveynlerinin idari gözetim altında tutulmalarına ilişkin olarak önceki paragraflarda belirtilen kavramları daha da geliştirmiştir (§ 70). Müşterek genel yorumun çalışmamızla ilgili bazı kısımları şu şekildedir:

B. Özgürlük hakkı

5. *"Her çocuk, her zaman, göçe ilişkin tutulmalarda temel hakkı olan* ***özgürlük hakkına*** *sahiptir.*

*… Göçmen İşçiler Komitesi ve Çocuk Hakları Komitesi, çocukların veya ebeveynlerinin **göçmen statüsü nedeniyle asla tutulmamaları** gerektiğini ve **Devletlerin göçmen çocukların tutulmalarını derhal ve tamamen durdurması veya ortadan kaldırması gerektiğini** defalarca kez teyit etmiştir. Göçmen çocuklarla ilgili **her türlü alıkoyma işlemi kanunen yasaklanmalı** ve bu tür yasaklar tamamen uygulanmalıdır."*

9. *"Komiteler, kısa bir süreliğine veya aileleriyle birlikte tutulsalar dahi, çocukların özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ve göçmenlik bağlamında tutulmaları sonucunda çocukların bedensel ve ruhsal sağlığı ile gelişimlerinin olumsuz olarak etkilenebileceğini vurgulamaktadır."*

12. *"Sonuç olarak, **göçmen çocuk ve ailenin tutulması kanun kapsamında yasaklanmalı** ve kaldırılması politika ve uygulama bakımından sağlanmalıdır. … Göçmen çocukların ve ailelerin tutulmaları hakkındaki bir kararın uygulanması durumunda, çocuklar ve aileler etkin hukuk yollarına erişebilmelidirler."*

C. Yasal güvenceler ve adalete erişim

15. *"Komiteler, Devletlerin, çocuğun ve/veya ebeveynlerinin haklarını etkileyen bütün göç ve sığınmayla ilgili idari ve adli işlemlerde mevzuatlarının, ilkelerinin, önlemlerinin ve uygulamalarının çocuğa karşı duyarlı yasal güvenceler sağlaması gerektiği görüşündedirler. ... Çocuklar, tüm kararların **yüksek yararları** doğrultusunda alınmasını sağlamak amacıyla, kendi durumlarını veya ebeveynlerinin durumlarını etkileyen kararlara karşı adli ve idari hukuk yollarına erişebilmelidirler."*

G. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenter Meclisi Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenter Meclisi (AKPM) tarafından ortaya konulmuş olan, sığınmacıların veya düzensiz göçmenlerin tutulmalarına ilişkin ilkeler ve reşit olmayan kişilere ilişkin özel hükümler Mahkeme tarafından *Popov/Fransa* (no. 39472/07 ve 39474/07, §§ 53-57, 19 Ocak 2012) kararında ifade edilmiştir (§ 71).

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi (AKPM) 3 Ekim 2014 tarihinde çocuk göçmenlerin tutulmasına alternatif olan tedbirlere ilişkin bir karar (2020(2014) sayılı karar) almış olup kararın ilgili kısımları aşağıdaki gibidir (§ 71):

1. *"Parlamenter Meclis göçmen çocukların tutulmasının Avrupa Konseyi üye Devletlerinde gitgide artan bir husus olduğunu not etmekten endişe duymaktadır. Mevzuattaki gelişmelere ve bazı Avrupa ülkelerindeki uygulamalara rağmen her yıl on binlerce göçmen çocuk geri gönderme merkezlerinde tutulmaktadırlar. Söz konusu uygulama **çocuğun yüksek yararı** ilkesine aykırı olup çocuk haklarını açık ve net bir şekilde ihlal etmektedir."*

3. *"**Çocukların ailelerinin göçmen statüsü sebebiyle tutulması çocuğun yüksek yararı ilkesine aykırı olup**, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de belirtildiği üzere çocuk hakları ihlali teşkil etmektedir."*

4. *"Parlamenter Meclis, kısa süreli ve insani koşullarda olsa bile tutulmanın **çocukların bedensel ve zihinsel gelişimlerini olumsuz etkileyecek** kısa ve uzun vadeli etkileri olmasından endişe duymaktadır.*

Tutulan göçmen çocuklar tutulmanın yarattığı olumsuz etkilere karşı özellikle savunmasızdır ve ağır travma geçirebilirler. Ayrıca, tutulan çocukların farklı şiddet biçimlerine maruz kalma riskleri yüksektir."

9. "Parlamenter Meclis, **göçmen çocukların tutulmasına bir an önce son verilmesini** ve bunun ilgili ulusal makamların ortak çabasını gerektirdiği kanaatindedir. Bu nedenle, Parlamenter Meclis üye Devletleri aşağıdakileri yapmaya davet etmiştir:

9.1. *"Çocukların veya ebeveynlerinin göçmen statüsü sebebiyle tutulmasının hiçbir şekilde onların yüksek çıkarına hizmet etmediğini kabul etmek"*

9.2. *"Eğer henüz yapılmamışsa, çocukların göçmen statüsü sebebiyle tutulmalarını engelleyen bir mevzuat sunmak ve tam olarak uygulanmasını sağlamak"*

9.6. *"Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde öngörülen çocuğun yüksek yararı ilkesini göz önünde bulundurarak ve tutulmaya karşı uluslararası anlamda kabul görmüş çeşitli alternatif tedbirleri destekleyerek, yabancı uyruklulara ilişkin mevzuatın en iyi uluslararası standartlara uygun hale getirilmesi için çabaların sürdürülmesine devam etmek"*

9.7. *"Çocukların yüksek yararına uygun olan tutulmaya alternatif tedbirlerin alınması, göçmenlik durumları değerlendirilirken çocukların toplum temelli bağlamlarda ve gözetim dışında aile fertleriyle ve/veya vasileriyle birlikte kalmasını sağlama"*

H. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin İstişari Görüşü

İnsan haklarının bütünselliğinin açıkça görüleceği çalışmamıza konu davada, AİHM, **Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi**'nin 19.08.2014 tarihli **"Çocukların Göç Bağlamındaki Hak ve Güvenceleri ve/veya Uluslararası Korumaya İhtiyaç Duyan Çocukların Hak ve Güvencelerine Dair İstişari Görüş"**üne de atıfta bulunmuştur (§ 79). Bu belgeye göre;

"158. ... ebeveynlerine eşlik eden çocukların durumunda, çocuğun yüksek yararı nedeniyle aileyi bir arada tutmanın, çocukların duygusal gelişim ve fiziksel sağlığına zararlı etkileri nedeniyle, çocukların ebeveynleriyle birlikte özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının istisnai olarak kabul edilmesini meşrulaştırmak veya haklı çıkarmak için yeterli bir neden temsil etmez. Aksine, ***çocuğun yüksek yararı ailenin bir arada kalmasını gerektiriyorsa, çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılmaması konusundaki gereklilik çocuğun ebeveynlerini de kapsar ve yetkilileri ailenin tutulmasına alternatif çocukların ihtiyaçlarına uygun olan tedbirler tercih etmekle yükümlü kılar."***

III. MAHKEMENİN HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

A. Sözleşme'nin 3. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

Başvuranlar, Kumkapı Geri Gönderme Merkezinin aşırı kalabalık olduğunu ve resmi kapasitesinin 300 olmasına rağmen, yaklaşık 600 kişinin bulunduğunu ileri sürmüştür. Hükümet tarafından, her kattaki odaların boyutları ve kat başına düşen ranza sayısıyla ilgili verilen bilgilere göre, odaların içinde tutulan

her kişi başına düşen kişisel alan sırasıyla; birinci katta yaklaşık 3,04 m², ikinci katta yaklaşık 2,21 m² ve üçüncü katta ise yaklaşık 2,40 m²'dir ve AİHM'e göre; bu alanlar CPT'nin standartlarının altındadır (§ 96).

Başvuranlar, 3 küçük çocuk ve 1 anne olarak özel ihtiyaçlarının hem Kumkapı hem de Gaziantep Geri Gönderme Merkezlerinde görmezden gelindiğini iddia etmiştir (§ 97). AİHM, özellikle, Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca, Devletin bir kişinin insan onuruna uygun koşullarda tutulmasını, tutulma tedbirinin uygulanma şeklinin ve yönteminin, söz konusu kişiyi tutulmaya bağlı önlenemez ıstırap seviyesini aşan bir sıkıntıya veya zorluğa maruz bırakmamasını sağlaması gerektiğini yinelemektedir (§ 99).

AİHM, fiziki tutulma koşullarının 3. maddeye uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, tutulmanın gerçekleştiği yerdeki kişisel alan, açık havada egzersiz imkânı olup olmaması, güneş ışığına veya temiz havaya erişim, havalandırma ve temel sağlık ve hijyen şartlarına uygunluk gibi belirli faktörleri dikkate almaktadır[16] (§ 100).

AİHM, özellikle, CPT tarafından geliştirilen cezaevi standartlarında açık hava egzersizine özel olarak değinildiğini ve tercihen hücre dışı faaliyet programının bir parçası olarak, mahpusların tamamının istisnasız bir şekilde her gün açık havada en az bir saat egzersiz yapmalarına izin verilmesinin, bu kişilerin sağlığının temel bir güvencesi olarak değerlendirildiğini kaydetmektedir (§ 100).

AİHM, konuya dair içtihatlarında *-ebeveynleriyle birlikte olsun ya da olmasın-* çocukların aşırı savunmasız olmasının, çocuğun yasa dışı göçmen statüsüyle ilgili değerlendirmelerden daha önemli olan, belirleyici bir etken olduğuna kanaat getirmiş ve söz konusu çocukların maruz kaldığı uygun olmayan yaşam koşullarının büyük ölçüde duygusal ve ruhsal sıkıntı yaşamalarına sebep olduğunu ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesi anlamındaki şiddet seviyesinin aşılmış olduğunu tespit etmiştir (§ 101).

Hükümet, başvuranların nadiren dışarı çıkarılmalarına izin verilmesine, diğer tutulanların sigara dumanlarına sürekli olarak maruz kalmalarına ve özellikle reşit olmayan başvuranların özel beslenme ve diğer ihtiyaçlarının karşılanmadığına ilişkin iddiaları gibi Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde tutulmalarının diğer yönlerine ilişkin diğer iddialarına dair, aksini gösteren bir ispatta bulunmamıştır (§ 110). AİHM, pasif içiciliğin yetişkin tutulanlar için bile bir sorun oluşturduğunu belirtmektedir (*Florea/Romanya,* no. 37186/03, §§ 57-62).

Hükümetin, tutulanların "uygun hava koşullarında" dışarı çıkmasına izin verildiğini iddia etmesine rağmen, Hükümet, başvuranların bu haktan yararlanıp yararlanmadıklarını veya bu tür bir iznin ne sıklıkla verildiğine dair bir bilgi vermemiştir (§ 110). AİHM'e göre; açık hava egzersizine erişim, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere, Sözleşme'nin 3. maddesinde tanınan korumanın temel bir unsurudur ve dolayısıyla makamların takdirine bırakılamaz (*Yarashonen,* § 78).

AİHM, söz konusu tutulma süresinin uzunluğu ve belirsiz bir süre boyunca tutulmanın yol açmış olabileceği endişe göz önüne alındığında, başvuranların tutulma koşullarının tutulma sırasında meydana gelebilecek önlenemez ıstırap seviyesini aştığı ve maruz kaldıkları muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında

[16] Benzer yöndeki kararlar için bkz. *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD], no. 30696/09, § 222, *Ananyev ve Diğerleri/Rusya,* no. 42525/07 ve 60800/08, §§ 143-59.

değerlendirilebilmesi için, gerekli ağırlık düzeyine ulaşılmış olduğu sonucuna varmak adına yeterli olduğu kanaatindedir (§ 111).

AİHM, yetişkin başvuranlarla ilgili bile ihlallere sebebiyet veren Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki bariz olumsuz tutulma koşullarının, çocukların aşırı savunmasız olduğu ve bu koşulların, çocukların korunmasıyla ilgili yaygın olarak tanınmış uluslararası ilkelerle tamamen zıt olduğu göz önüne alındığında, özellikle çocuk başvuranlar için uygun olmadığını vurgulamıştır (§ 111).

AİHM, Türkiye'nin artan göçmen ve sığınmacı akınıyla başa çıkmada, ciddi zorluklar yaşadığının farkındadır ve bu durumun yüklediği yükü ve baskıyı hafife almamaktadır (§ 112). AİHM, özellikle, göçmenlerin ve sığınmacıların kabul edilmesinin ve Devletin kapasitesi ile karşılaştırıldığında orantısız sığınmacı sayısının yarattığı zorlukların farkındadır (§ 112). Ancak, AİHM'e göre; Sözleşme'nin 3. maddesinin mutlak niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bu tür zorluklar, Devletin söz konusu madde kapsamındaki yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz (§ 112).

AİHM'e göre; reşit olmayan göçmenlerin kısa süreliğine bile olsa uygun olmayan koşullarda tutulmaları, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında bir ihlale sebep olmaktadır (§ 117). Mahkeme, çocukların, bir yetişkinin eşliğinde dahi, kısa süreliğine bile olsa, olumsuz tutulma koşullarında tutulmalarının, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini vurgulamıştır (§ 134). **Dolayısıyla, Mahkeme, başvuranların Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde tutulduğu fiziki koşullar nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (§ 113). Mahkeme, başvuranların tutulduğu Gaziantep Geri Gönderme Merkezindeki tutulmalarının fiziki koşulları sebebiyle, aynı şekilde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (§ 117).**

B. Sözleşme'nin 13. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

"Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir."

Başvuranlar Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali sebebiyle mağdur oldukları duruma ilişkin etkili iç hukuk yollarına sahip olmadıklarını ileri sürerek Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği konusunda şikâyette bulunmuşlardır (§ 118).

Başvuranlar, idari makamlar ve sulh ceza hâkimlikleri nezdinde dile getirdikleri şikâyetlerinin yanı sıra, Anayasa Mahkemesi'ne 15 Aralık 2014 tarihinde, tutulma koşullarına ilişkin bireysel başvuruda bulunmuş ve söz konusu koşulların acilen iyileştirilmesinin sağlanması için ihtiyati tedbir kararı verilmesini istediklerini vurgulamış; ancak Anayasa Mahkemesi yirmi dört gün sonra, başvuranların Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki tutulma koşullarının, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında kötü muamele teşkil etmediği gerekçesiyle onların ihtiyati tedbir talebini reddetmiştir (§ 118).

Hükümet, Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunun, Anayasa Mahkemesi'nin, başvuranların şikâyetlerinin esasları konusunda karar verme yetkisi ve bir ihlal tespit etmesi durumunda,

onlara tazminat ödeme imkânı olması sebebiyle, başvuranlara Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında etkili bir hukuk yolu sağladığını ileri sürmüştür (§ 119).

Başvuranlar, Anayasa Mahkemesi'nin, geri gönderme merkezlerinde tutulan yabancılar tarafından öne sürülen diğer tüm benzer şikâyetleri reddettiğini öne sürmüşlerdir (§ 121). Başvuranların tutulma koşullarının, AİHM tarafından Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiği tespit edildiği için başvuranların bu konudaki şikâyetleri, AİHM'e göre; Sözleşmenin 13. maddesi anlamında "savunulabilirdir" (§ 126).

AİHM, *Yarashonen* (§§ 56-66) ve *Amerkhanov* (§§ 81-84) kararlarında olduğu gibi; Türkiye'de idari gözetim altında tutulan yabancılar tarafından, geçmişte yapılan benzer şikâyetlerin, Türk Hükümetinin Sözleşme'nin 13. maddesinin ilgili bağlamdaki gerekliliklerıyle uyumlu, etkili iç hukuk yollarının söz konusu tarihte bulunduğunu göstermediği gerekçesiyle, Sözleşme'nin 3. maddesi ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği tespitiyle sonuçlandığını kaydetmektedir (§ 127).

AİHM, tutulma koşullarının insanlık dışı ya da aşağılayıcı olduğuna yönelik şikâyetler kapsamında, hâlihazırda iki telafi türünün mümkün olduğunu gözlemlemiştir (§ 127): (i) *tutulmanın fiziki koşularının iyileştirilmesi* ve (ii) *tutulma koşulları nedeniyle maruz kalınan hasar veya zararın tazmin edilmesi.* AİHM'e göre; eğer başvuran, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden tutulma koşulları içerisinde tutuluyorsa, başvuranın insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye uğramama hakkının, devam eden ihlalini sona erdirecek bir iç hukuk yolunun önemi büyüktür (§ 129).

Başvuranlar, 10 Şubat 2015 tarihinde serbest bırakılmalarına rağmen, elverişiz koşullarda tutulmaya devam edildikleri sırada, 15 Aralık 2014 tarihinde, Anayasa Mahkemesi'ne ve daha sonra 22 Ocak 2015 tarihinde AİHM'e başvuruda bulunmuştur (§ 130).

AİHM'e göre; her iki mahkeme nezdindeki başvurularının zamanlaması ve içeriği dikkate alındığında, başvuranların, sadece telafi edici bir tazminin yerine, kabul edilemez tutulma koşullarının bir an önce iyileştirilmesinin sağlanması arayışında olduklarına dair herhangi bir şüphe bulunmamaktadır ve başvuranlar bu sonuca ulaşmayı sağlayacak etkili hukuk yollarının olmayışından şikâyet etmişlerdir (§ 130).

AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin yargı yetkisi, telafisi mümkün olmayan bir zarar oluşması durumunda, ihtiyati tedbir kararı verme ve ihlaller için tazminat temin etme yetkisi dâhil, sahip olduğu diğer yetkiler ve kararlarının bağlayıcı niteliği göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru yolunun, prensip olarak, etkili bir telafi sunma kapasitesine sahip olduğu kanaatindedir, ancak diğer yönden AİHM, söz konusu mekanizmanın mevcut koşullarda etkin bir şekilde işlemediği kanısındadır (§ 131).

AİHM'e göre, Anayasa Mahkemesi'nin, başvuranların ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin vermiş olduğu ret kararı, tek başına ilgili mahkeme önündeki hukuk yolunun etkililiğini bozmamaktadır (§ 133). AİHM'e göre, ihtiyati tedbir mekanizmasının çok özel bir amacı vardır ve Anayasa Mahkemesi'nin bu tür bir tedbiri reddetmesinin, davanın esaslarının değerlendirilmesine halel getirdiği veya önceden belirlediği kanaatini oluşturacak herhangi bir neden bulunmamaktadır (§ 133). AİHM'e göre, başvuranların ilgili menfaatlerinin temel önemi dikkate alındığında, bu koşullarda daha acil cevap verme kapasitesine sahip yasal bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmaktadır (§ 134).

AİHM, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mekanizmasının, somut davanın kendine has koşulları altında, başvuranların Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki tutulmalarının fiziki koşullarına ilişkin şikâyetleri konusunda etkili olmadığı kanaatindedir (§ 137). **Bu nedenle, Sözleşme'nin 3. maddesi ile bağlantılı olarak 13. maddesi ihlal edilmiştir (§ 137).**

C. Sözleşme'nin 5. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

"1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: ...

(f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması. ...

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur. ...

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."

Çocuk başvuranlar, Sözleşme'nin 5/1 maddesi kapsamında idari gözetim altında tutulmalarının, yasaya aykırı olduğu konusunda şikâyetçi olmuşlar ve özellikle tutulmalarına ilişkin resmi bir kararın olmadığını vurgulamışlardır (§ 139). Bununla beraber, tüm başvuranlar, aynı hüküm kapsamında, Gaziantep Sulh Ceza Hâkimliğinin 5 Şubat 2015 tarihli kararı ile, serbest bırakılmalarına karar verilmiş olmasına rağmen, 10 Şubat 2015 tarihine kadar Gaziantep Geri Gönderme Merkezinde tutulmaya devam edildikleri konusunda şikâyette bulunmuşlardır (§ 139). Sözleşme'nin 5/2 ve 5/4. maddesine dayanarak, başvuranlar özgürlüklerinden mahrum bırakılma gerekçeleri konusunda, usulüne uygun olarak bilgilendirilmediklerini ve tutulmalarının hukuka aykırılığına etkin bir şekilde itiraz edebilecekleri etkili bir hukuk yolunun olmadığını iddia etmişlerdir (§ 140). Başvuranlar, son olarak, Sözleşme'nin 5/5 maddesi kapsamında Sözleşme'nin 5. maddesinde garanti altına alınan haklarının ihlaline ilişkin olarak, iç hukukta herhangi bir tazminat hakkının bulunmadığından şikâyet etmişlerdir (§ 141).

1. Sözleşme'nin 5/1 Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

1. İkinci, üçüncü ve dördüncü başvuranların idari gözetim altında tutulmaları

Çocuk başvuranların tutulmalarına ilişkin, resmi bir kararın olmamasına rağmen, özgürlüklerinden mahrum bırakılmış oldukları iddia edilmiştir (§ 143). Dava dosyasında bulunan belgelere göre, reşit olmayan başvuranlarla ilgili ilk ve tek tutulma kararı, İstanbul'dan Gaziantep'e sevk edilmelerinin ardından, 23 Ocak 2015 tarihinde Gaziantep Valiliği tarafından verilmiştir (§ 149). **AİHM, bu koşullar altında, çocuk başvuranların, en azından 18 Ekim 2014 ile 23 Ocak 2015 tarihleri arasında, 6458 sayılı Kanun'un öngördüğü usule uygun olarak tutulmadıklarını tespit etmiş ve dolayısıyla ilgili zamanda bu başvuranların tutulmasının Sözleşme'nin 5/1 maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır (§ 150).**

2. Başvuranların 5 Şubat 2015 tarihinden sonra tutulmaya devam edilmeleri

Başvuranlar, tutulmaları yönündeki kararın yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline dair Gaziantep Sulh Ceza Hâkimliğinin 5 Şubat 2015 tarihli kararına rağmen, Gaziantep Geri Gönderme Merkezinden 10 Şubat 2015 tarihine kadar serbest bırakılmadıklarını iddia etmişlerdir (§ 152).

AİHM'e *(Assanidze/Gürcistan [BD], no. 71503/01, § 173)* göre; hukukun üstünlüğüne dayalı bir Devlette, bir kişinin serbest bırakılması yönünde mahkeme kararı bulunmasına rağmen, özgürlüğünden yoksun bırakılmaya devam edilmesi kabul edilemez (§ 154). AİHM *(Giulia Manzoni/İtalya, 1 Temmuz 1997, § 25),* tutulan birinin serbest bırakılmasına ilişkin kararların uygulanmasında yaşanan gecikmenin anlaşılabilir ve çoğu zaman kaçınılmaz olduğunu kabul etmekle birlikte, ulusal makamların yine de bu tür gecikmeleri en aza indirmeye çalışması gerekmektedir (§ 154). AİHM'e *(Ruslan Yakovenko/Ukrayna davası no. 5425/11, §§ 68 ve 69)* göre; serbest bırakılma ile ilgili idari formaliteler, birkaç saatten uzun süren bir gecikmeyi haklı kılamaz (§ 154).

Somut davada başvuranların serbest bırakılmasındaki 5 günlük gecikme ve Hükümetin bu kadar uzun bir gecikmeyle ilgili tatmin edici herhangi bir açıklama yapmamış olması göz önünde bulundurulduğunda, AİHM, başvuranların 5 ila 10 Şubat 2015 tarihleri arasında keyfi olarak tutulduklarını ve bu durumun Sözleşme'nin 5/1 kapsamındaki haklarını ihlal ettiğini tespit etmiştir (§ 155).

2. Sözleşme'nin 5/4 Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

Başvuranlar, ilk olarak, tutulmaları hakkında verilen karar ile mevcut itiraz mekanizması hakkında usulüne uygun olarak bilgilendirilmediklerini ve tutulmalarına ilişkin şikâyetlerini ancak avukatlarının atanmasının ardından dile getirebildiklerini iddia etmişlerdir (§ 156). Başvuranlar, ek olarak, 6458 sayılı Kanun'da yabancıların idari gözetim altına alınmalarına ilişkin kararların yasallığının incelenmesiyle ilgili hukuki bir mekanizma öngörülmesine rağmen, söz konusu mekanizmanın kendi davalarında etkin bir şekilde işlemediği konusunda şikâyetçi olmuşlardır (§ 157).

Başvuranlar, neredeyse dört aylık tutulma süreleri boyunca, söz konusu hukuk yoluna tam altı defa başvurduklarını ve ilk beş başvurunun ardından İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği tarafından yürütülen incelemenin tamamen etkisiz olduğunu dile getirmişlerdir (§ 157). İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği, ilk başvuranla ilgili olarak, temelde yatan kanuna uygun olup olmama konusunu incelemeden, başvuranın tutulmasının resmi gerekçelerini yinelemekle sınırlandırmış ve başvuranın iddialarını ilgisiz ve/veya basmakalıp gerekçelerle reddetmiştir (§ 158).

İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği, 6458 saylı Kanun'da öngörülmesine rağmen başvuranın davasında uygulanabilecek idari gözetime alternatif olacak tedbirleri değerlendirmemiştir (§ 158). Başvuranlar bu durumun sistematik bir sorun olduğunu ve sulh ceza hâkimliklerinin yabancıların idari gözetim hakkındaki itirazlarına ilişkin olarak, nadiren olumlu kararlar verdiklerini iddia etmişlerdir (§ 158).

Başvuranlar, ancak altıncı kez başvuru yaptıktan sonra Gaziantep Sulh Ceza Hâkimliği tarafından iddialarının usulüne uygun olarak incelendiğini ve ardından tutulmalarının hukuka aykırı olduğunun tespit

edildiğini ve serbest bırakılmalarına karar verildiğini belirtmişlerdir (§ 159). Başvuranlar son olarak, İstanbul Sulh Ceza Hâkimliğinin kendileri hakkında bir karara varmasının, yedi ila otuz dört gün sürmüş olması sebebiyle 6458 sayılı Kanun'da belirtilen yabancıların tutulmasının hukuka uygunluğunun incelenmesi için verilen beş günlük süre sınırını aşmış olduğunu iddia etmişlerdir (§ 160).

AİHM, Sözleşme'nin 5/4 maddesinin amacının, gözaltına alınan ya da tutuklanan kişilerin, maruz kaldıkları tedbirin yasaya uygun olup olmadığı hususunun, yargı denetimine tabi tutulmasını sağlama hakkını güvence altına almak olduğunu yinelemektedir (§ 163). AİHM'e göre; bir kişinin tutulması esnasında, tutulmasının yasaya uygun olup olmadığı hususunun hızlı bir şekilde yargı denetimine tabi tutulmasını sağlayacak bir hukuk yolu bulunmalıdır (§ 163). Yine AİHM'e göre; Sözleşme'nin 5/4 maddesinin gerekliliklerine uygun hukuk yolunun varlığı, sadece teoride değil, uygulamada da yeterince kesin olmalıdır (§ 163).

AİHM, incelemesine başlamadan önce, özgürlüğünden yoksun bırakılmanın kişinin temel hakları üzerindeki ağır etkisi göz önünde bulundurulduğunda, tutulmanın yasaya uygunluğuyla ilgili tüm yargı denetimi işlemlerinin belirli bir hızla yürütülmesi gerektiğini vurgulamaktadır (§ 166). Bununla birlikte, AİHM, başvuranların, yani bekâr bir anne ve üç küçük çocuğunun, somut davadaki koşulları göz önüne alındığında, Sözleşme'nin 5/4 maddesi kapsamındaki taleplerinin son derece acil olduğu görüşündedir (§ 166).

AİHM, bu bağlamda, ***"çocuğun yüksek yararı"*** ilkesine uygun olarak, reşit olmayanların göç kontrolleri bağlamında idari gözetim altında tutulmalarına karşı uluslararası hukukta geniş bir fikir birliği olduğunu kaydetmektedir (§ 167). **Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin İstişari Görüşünde** ve **Çocuk Hakları Komitesi** ile **Göçmen İşçiler Komitesinin müşterek genel yorumunda** *"çocuğun yüksek yararı ailenin bir arada kalmasını gerektiriyorsa, çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılmamasıyla ilgili mecburiyetin çocuğun ebeveynlerini de kapsadığı ve yetkili makamlarca bütün aile için hürriyeti kısıtlayıcı olmayan çözümlerin tercih edilmesini gerektirdiği"* belirtilmiştir (§ 168).

AİHM, İstanbul Sulh Ceza Hâkimliğinin, birinci başvuranın tutulmasının hukuka uygun olduğunu onamış olduğu kararlarda, özgürlükten yoksun bırakılmanın "hukuka uygun" sayılması için elzem olan esas ve usule ilişkin incelemelerin veya birinci başvurunun tutulmasıyla ulaşılmak istenen amacın meşruluğuna ilişkin incelemelerin hiçbirinde yer almamış olduğunu kaydetmektedir (§ 175). AİHM'e göre; ilgili mahkeme, başvuranın tutulmasının hukuka uygun olmadığı hususundaki şikâyetlerine de değinmemiş ve bunun yerine, ilgili mahkeme, sadece idare tarafından birinci başvuranın tutulmasını haklı kılmak amacıyla dayanılan yasal hükümleri sıralayarak, kısa ve basmakalıp gerekçelerle birinci başvuranın tutulmasının hukuka uygun olduğunu tekrarlamıştır (§ 175). AİHM, ilgili mahkemenin yeterli gerekçeler sunmaması veya sürekli olarak başvuranın beyanlarına cevap vermeyen basmakalıp gerekçelere dayalı kararlar vermesi halinde, bu durumun Sözleşme'nin 5/4 maddesi kapsamındaki güvencelerin anlamını yitirmesine sebebiyet vermek suretiyle bir ihlale yol açabileceğini belirtmektedir (§ 176). AİHM, somut davada, İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen beş kararın hiçbirinde, birinci başvuranın sunduğu beyanları dikkate aldığına ilişkin bir gösterge bulunmadığını kaydetmektedir (§ 176).

AİHM, Gaziantep Sulh Ceza Hâkimliğinin başvuranın tutulmasının hukuka aykırı olduğu sonucuna varmasına neden olan faktörlerin neden daha önce İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği tarafından dikkate alınmadığına veya alınamadığına anlam verememektedir (§ 177). AİHM'in kanaatine göre; İstanbul Sulh Ceza Hâkimliğinin yapmış olduğu işlemler, başvuranın tutulmasının haksız şekilde uzamasına sebep olmuştur ve 6458 sayılı Kanun'da öngörülen denetim mekanizmasının etkililiğinin önemli ölçüde zayıflamasına sebep olmuştur (§ 179).

Başvuranlar, bir anne ve üç küçük çocuk olarak bulundukları savunmasız konumlarına rağmen, tutulmaya alternatif yollar göz önünde bulundurulmadan tutulmaları ve tutulmalarının altında yatan nedenler hakkında bilgilendirilmemeleri de dâhil olmak üzere, davalarının belirli koşullarını Anayasa Mahkemesi'nin dikkatine sunmuşlardır (§ 180).

AİHM, Sözleşme'nin 5/4 maddesi uyarınca, bir hukuk yolunun etkili sayılabilmesi için, söz konusu yolun, kişinin tutukluluğu sırasında, tutukluluğunun kanuna uygunluğu konusunun, ivedilikle yargı denetimine tabi tutulmasını ve böylece, uygun olduğu hallerde, serbest bırakılmasını sağlamak üzere başvurulabilecek nitelikte olması gerektiğini yinelemektedir (§ 183). AİHM, başvuranların Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmalarının ardından, yaklaşık elli gün boyunca idari gözetim altında tutulduklarını ve ilgili mahkemenin bu süre boyunca başvuranların şikâyetleriyle ilgili herhangi bir işlem yapmadığını vurgulamaktadır (§ 184).

AİHM, tutulma kararının adli merciler tarafından verilmediği durumlarda, mahkeme tarafından yapılacak olan sonraki incelemenin, tutulma kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde yapılacak olan inceleme için uygun görülen hızdan daha yüksek bir hızla gerçekleştirilmesi gerektiğini yinelemektedir (§ 185). Başvuranların İstanbul'da tutuldukları ilk üç aylık idari gözetim sürecinde, tutulmalarının hukuka uygunluğunu incelemekle görevli ilk derece mahkemesi, yani İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği, ikinci, üçüncü ve dördüncü başvuranla ilgili olarak ya böyle bir inceleme yapmamış ya da yapmış olduğu incelemenin hiçbir etkisi olmamıştır (§ 185).

AİHM, 6458 sayılı Kanun uyarınca belirlenen denetim mekanizmasının, şu anki dava gibi, reşit olmayanların göçmenlik kapsamında bir idari karara dayanmaksızın tutulmalarına ilişkin davalarda, tamamen etkisiz olduğunu bir kez daha kaydetmektedir (§ 188). **Sonuç olarak, AİHM'e göre; başvuranların tutulmalarının yasaya uygunluğunun İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği ve Anayasa Mahkemesi tarafından etkin ve hızlı bir şekilde incelenmemesi nedeniyle başvuranların 5/4 maddesindeki hakları ihlal edilmiştir (§ 188).**

D. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

Bir anne ve üç küçük çocuktan oluşan başvuranlar, uzun bir süre uygun olmayan koşullarda tutulmalarının, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında **özel ve aile hayatına saygı haklarını** ihlal ettiği konusunda şikâyette bulunmuşlardır (§ 191). Başvuranlar ayrıca, Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca Sözleşme'nin 8. maddesi altında öne sürdükleri şikâyetlerine ilişkin olarak etkin bir hukuk yolu olmadığı konusunda şikâyette bulunmuşlardır (§ 191). AİHM, Sözleşme'nin 3, 5/1 ve 13. maddeleri kapsamındaki tespitlerini göz önüne alarak, 8. maddenin tek başına ve 13. madde ile birlikte ihlal edilip edilmediğiyle ilgili olarak ayrı bir inceleme yapılmasının gereksiz olduğu kanaatindedir (§ 192).

E. Tazminat

Başvuranların her biri **20.000 Euro** manevi tazminat talep etmiştir (§ 194). AİHM, başvuranların Sözleşme'nin ihlal edildiği tespitiyle tazmin edilemeyecek derecede olan bir manevi zarara uğradığı kanaatindedir (§ 196). AİHM, söz konusu ihlallerin ciddiyeti ve hakkaniyet temelindeki değerlendirmeleri ışığında, bu başlık altında, birinci başvurana **2.250 Euro** ve ikinci, üçüncü ve dördüncü başvuranların her birine talep edilen meblağın tamamının **(her birine 20.000 Euro)** ödenmesine hükmetmiştir (§ 196).

SONUÇ

İnsan hakları, bir bütün olarak düşünüldüğünde, haklar listesinin içeriklerinin birbirleriyle yakından ilgili olduğu, insan haklarının korunmasına dair oluşturulan mekanizmaların verdiği kararların birbirlerinden etkilendiği görülecektir. Bu durum, insan haklarıyla ilgili olarak sınıflandırmalar veya ayrımlar yapılsa da onların bütünselliğine işaret etmektedir. Bu çerçevede düşünüldüğünde; AİHM'in çalışmamıza konu olan kararında, bu yönde değerlendirmelerde bulunulduğu açıkça görülmektedir.

Çalışmamıza konu olan kararda, AİHM'in, göçmenlerin ve özellikle de çocuk göçmenlerin durumlarına büyük bir önem verdiği görülmektedir. Korunmasız ve savunmasız durumda olan çocuklar, ebeveynleriyle birlikte yaşamlarını sürdürürken, ebeveynleri hakkında verilen kararlardan doğrudan etkilenmektedir. Anılan kararda da 3 çocuk, anneleri hakkında verilen özgürlükten yoksun bırakılma kararlarından olumsuz şekilde ve doğrudan etkilenmişlerdir. Yetişkinler için bile zorlu ve yorucu nitelikteki koşullar altında yaşamak zorunda kalan çocuklar, maruz kaldıkları fizyolojik ve psikolojik etkileri derinden hissetmişlerdir.

Fiziki tutulma koşullarından olumsuz etkilenen çocukların durumu, AİHM tarafından özellikle vurgulanmıştır. Bu bağlamda; çocuğun üstün yararı ilkesine atıfta bulunan AİHM, konu hakkında yaptığı değerlendirmede birçok eski kararına yer vermiştir. Bununla da yetinmeyen AİHM, insan haklarının korunmasına ilişkin üretilen belgeler ve oluşturulan mekanizmalar çerçevesinde konuya dair çeşitli kararlara, raporlara ve sözleşme metinlerine değinmiştir. İnsan haklarının bütünselliği ekseninde birçok hususu bir arada değerlendiren AİHM, konuya dair açıklamalarını bu çerçevede geniş ve kapsamlı tutmuştur.

Kalabalık ortam, hijyen sorunları, tuvalet ve banyoların düzenli olarak temizlenmemesi, aydınlatma, havalandırma ve ısınma konusundaki yetersizlikle, sigara dumanına maruz bırakılma, açık havada düzenli olarak egzersiz yapma imkânı olmayışı, çocuklara oyun alanı veya yaşlarına uygun aktivitelerin sağlanmaması gibi hususlar bir arada değerlendirildiğinde, AİHM, bu durumun insanlık dışı muamele olduğuna ve Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. AİHM, ebeveynlerinin yanında bu tür olumsuz şartlarda kalan çocukların maruz kaldığı uygun olmayan yaşam koşullarının büyük ölçüde duygusal ve ruhsal sıkıntı yaşamalarına sebep olduğunu ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesi anlamındaki şiddet seviyesinin aşılmış olduğuna vurgu yapmıştır. AİHM, bu yöndeki kararını verirken, insan hakları sözleşmelerinden, insan hakları koruma mekanizmalarınca üretilen belgelerden ve insan hakları organlarınca Türkiye hakkında yapılan inceleme ve denetlemeler sonucunda hazırlanan raporlardan faydalanmıştır.

AİHM, davaya konu yargı organlarının işleyişi bakımından gerekli hukuki özeni yerine getirmediğini işaret etmiştir. AİHM'e göre; yargı makamlarının gerekli sürede karar vermemesi, başvuranların taleplerini gereğince değerlendirmemesi, hukuki çerçeveden uzaklaşması, basmakalıp gerekçelerle başvuruları reddetmesi gibi hususlar, ilgili kurumları etkili bir hukuk yolu olmaktan uzaklaştırmaktadır. Yine AİHM'e göre; Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru yolun, prensip olarak, etkili bir telafi sunma kapasitesine sahip olsa da söz konusu mekanizma mevcut koşullarda etkin bir şekilde işlememektedir. Sonuç olarak; AİHM'e göre, başvuranların ilgili menfaatlerinin temel önemi dikkate alındığında, bu koşullarda daha acil ve etkili cevap verme kapasitesine sahip yasal bir mekanizmaya ihtiyaç vardır.

Çocuk başvuranların tutulmalarına ilişkin resmi bir kararın olmamasına rağmen, özgürlüklerinden mahrum bırakılmış olmaları, AİHM'e göre; Sözleşme'nin 5/1 maddesinin ihlali niteliğindedir. Tutulma kararının yalnızca anne hakkında verilmiş olması, yalnızca onun tutulmasına dayanaktır. Çocukların tutulmasına ilişkin ise bir karar olmadığından, çocukların özgürlük ve güvenlik hakkı ihlal edilmiştir. Ayrıca başvuranların serbest bırakılmasına yönelik verilen kararın derhal uygulanması gerekmesine rağmen bu kararın icrası geciktirilmiştir. AİHM'e göre; başvuranların serbest bırakılması yönünde mahkeme kararı bulunmasına rağmen, bu kararın 5 gün sonra uygulanmış olması da başvuranların özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali sayılmaktadır.

AİHM'e göre; başvuranın iddialarının ilgisiz ve/veya basmakalıp gerekçelerle reddedilmesi, mahkemenin yeterli gerekçeler sunmaması, uygulanabilecek idari gözetime alternatif olacak tedbirlerin değerlendirmemesi, itirazların etkin ve hızlı şekilde uygulanmaması, Sözleşme'nin 5/4 maddesi kapsamındaki güvencelerin anlamını yitirmesine sebebiyet vermektedir. Haliyle başvuranların bu durumlara maruz bırakılması, insan hakları ihlali niteliği taşımaktadır.

Çalışmamıza konu kararda, AİHM'nin, koruyucu ve özgürlük yanlısı tutumu, insan haklarının yerleşmesi adına sevindiricidir. Ayrıca çocukların zayıf durumlarına AİHM tarafından özel bir önem verilmesi ve konunun çocuk hakları ekseninde de ayrıca irdelenmiş olması, insan haklarının korunması amacına hizmet etmektedir.

Kaynakça

CEYLAN, Neslihan Aybike: Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Hakların Bütünlüğü İlkesi, Anasay Dergisi, Sayı 2, 2017, s. 217-226. Makalenin tam metni için bkz. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/412357 (Erişim Tarihi: 14.02.2023)

KALABALIK, Halil: İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; SANCAKDAR, Oğuz ve ÖNOK, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

TURHAN, Aydın: İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2013, s. 357-378. Makalenin tam metni için bkz. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208297 (Erişim Tarihi: 14.02.2023)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İkinci Bölüm Kararı, *"G.B. ve Diğerleri/Türkiye Davası (Başvuru No. 4633/15)",* Karar Tarihi: 17.10.2019, Kesinleşme Tarihi: 17.01.2020. Kararın İngilizce tam metni için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196612 (Son Erişim Tarihi: 13.11.2022)

T.C. Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, *"G.B. ve Diğerleri/Türkiye Davası (Başvuru No. 4633/15)"* Kararının Türkçe gayri resmi çevirisi, 2020. Kararın Türkçe çevirisinin tam metni için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201768 (Son Erişim Tarihi: 13.11.2022)

İHBAR YOLUYLA OLAYI ÖĞRENEN KOLLUK TARAFINDAN YAPILAN ARAMANIN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN ÖNLEME ARAMASI, ADLİ ARAMA VE SUÇÜSTÜ HALİ HÜKÜMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ[1]

Dr. Enver KAŞLI[*]

ÖZET

İhbar yoluyla olayı öğrenen kolluk tarafından yapılan arama işleminin hukuka uygunluğu Yargıtay tarafından değerlendirilirken, özellikle uyuşturucu madde suçlarıyla ilgili dosyalarda, farklı hükümler dayanak olarak gösterilmektedir. İhbar yoluyla olayı öğrenen kolluk tarafından yapılan arama işlemi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) tarafından bazı dosyalarda ihbar edilen kişiye yönelik yapılan arama işleminin önleme aramasına dayandırılmasını hukuka uygun bulunurken, bazı dosyalarda önleme araması yerine adli arama kararının gerektiğini ifade ederek aramayı hukuka aykırı kabul etmektedir. Son dönemde verilen bazı kararlarda ise kolluk tarafından suçüstü halinde arama yapıldığı için bu aramanın önleme veya adli arama kararına dayanma zorunluluğu bulunmadığı değerlendirilmektedir. Kolluk tarafından yapılan aramanın hukuka uygun olarak kabul edilmesi için arama işleminin başta 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu olmak üzere diğer kanun hükümlerine uygun olması gerekmektedir. Önleme araması ve adli araması işlemleri uygulama (icra edilme) yönüyle birbirine benzemekteyse de amaç ve usul yönünden farklılıklar bulunmaktadır. Suçüstü hali ise bir suçun halen işlediği veya pek az önce işlendiği durumları ifade etmekte olup suçüstü halinde kolluk tarafından yapılacak üst aramasında herhangi bir arama kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu bildiride YCGK tarafından verilmiş belirtilen durumlarla ilgili üç karar incelenecek olup kolluğun ihbar yoluyla öğrendiği olaylarda, ihbarın soruşturma evresini başlatmak için yeterli olduğu kabul edilerek kolluk tarafından yapılan aramanın, adli arama hükümlere tabi olması gerektiği görüşü savunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adli arama, Önleme araması, Hukuka aykırı delil, Suçüstü, Suç ihbarı.

EVALUATION OF THE SEARCH MADE BY THE LAW ENFORCEMENT WHO LEARNED ABOUT THE CRIME THROUGH A REPORT IN TERMS OF PREVENTION SEARCH, JUDICIAL SEARCH, AND RED-HANDED PROVISIONS

ABSTRACT

The Court of Cassation evaluates the lawfulness of the search process carried out by the law enforcement who learned about the incident through a notification in different provisions, especially in the files related

[1] Bu bildiri metni, 8-9 Kasım 2022 tarihinde düzenlenen Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukukun Güncel Sorunları Sempozyumu – III adlı sempozyumda "İhbar Yoluyla Olayı Öğrenen Kolluk Tarafından Yapılan Aramanın Hukuka Uygunluğunu Değerlendirmek: Önleme Araması Mı, Adli Arama Mı, Suçüstü Hali Mi?" başlıklı sözlü sunumun genişletilmiş ve tam metin olarak hazırlanmış halidir.

[*] Ankara Emniyet Müdürlüğü, ORCID ID: 0000-0001-7738-1233.

to drug crimes. While the search process was made by the law enforcement who learned about the incident through notification, The Court of Cassation Penal General Board (PGB) considers it legal to base the search for the person reported in some files on a preventive search, while in some files it considers the search unlawful, stating that a judicial search decision is required instead of a preventive search. . In some of the recent decisions, it is considered that this search does not have to be based on a preventive or judicial search decision, since a red-handed search is conducted by the law enforcement. In order for the search made by law enforcement to be accepted as lawful, the search process must comply with the provisions of other laws, especially Criminal Procedure Law No. 5271. Although prevention search and judicial search procedures are similar in terms of implementation (execution), there are differences in terms of purpose and procedure. Red-handed search refers to situations where a crime is still committed or has just been committed. In this paper, three decisions regarding the situations given by the PGB will be examined and it will be argued that the search made the law enforcement should be subject to the provisions of judicial search, considering that the notification is sufficient to initiate the investigation phase.

Keywords: judicial search, prevention search, unlawful evidence, red-handed, crime report.

GİRİŞ

Kolluk tarafından yapılan hukuki işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirmek için öncelikle bu işlemin hukuki niteliğinin doğru belirlenmesi gerekir. İhbar yoluyla olayı öğrenen kolluk tarafından yapılan arama işleminin hukuka uygunluğu Yargıtay tarafından değerlendirilirken, özellikle uyuşturucu madde suçlarıyla ilgili dosyalarda, farklı hükümler dayanak olarak gösterilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) kararlarında ihbar üzerine olayın öğrenildiği bazı olaylarda kolluk tarafından ihbar edilen kişiye yönelik yapılan arama işleminin önleme aramasına dayandırılmasını hukuka uygun bulurken, bazı olaylarda önleme araması yerine adli arama kararının gerektiğini ifade ederek aramayı hukuka aykırı kabul etmektedir. Son dönemde verilen bazı kararlarda ise kolluk tarafından suçüstü halinde arama yapıldığı için bu aramanın önleme veya adli arama kararına dayanma zorunluluğu bulunmadığı belirtilmektedir. Bu bildiride YCGK tarafından verilmiş belirtilen durumlarla ilgili üç karar incelenecektir.

I. ÖNLEME ARAMASI, ADLİ ARAMA VE SUÇÜSTÜ HALİNDE ARAMA

Arama, gizli olanı ortaya çıkarmak için yürütülen bir tedbirdir/faaliyettir.[2] Kolluk tarafından yapılan aramanın hukuka uygun olarak kabul edilmesi için arama işleminin ilgili mevzuatta yer alan normlara uygun olması gerekmektedir. Türk hukukunda arama işlemiyle ilgili temel kanunlarda ve özel kanunlarda birçok hüküm bulunmaktadır. Aramayla ilgili temel kanun olarak 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümleri incelendiğinde arama işlemi; önleme araması, adli arama ve suçüstü halinde arama olarak ayrılmaktadır. Önleme araması ve adli arama işlemleri uygulama (icra edilme) yönüyle birbirine benzemekteyse de amaç ve usul yönünden farklılıklar bulunmaktadır.

[2] Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.308; Gökcen, Ahmet; Balcı, Murat; Alşahin, Emin ve Çakır, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.442; Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.368.

Önleme aramasının amacı suç işlenmesini ve tehlikeyi önlemektir.[3] Önleme aramasına ilişkin usul hükümleri 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m.9'da düzenlenmektedir. Önleme araması sulh ceza hâkiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle yapılabilmektedir. Önleme araması; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arama yetkisi verirken konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılması mümkün değildir. Önleme araması yapılabilecek yerler de kanunda sınırlı sayılmaktadır. Önleme araması esnasında bir suçla karşılaşılması halinde suç delilleri koruma altına alınarak 5271 sayılı kanun hükümlerine göre işlemlere devam edilmektedir.

Adli arama, işlendiği iddia edilen bir suça yönelik olarak yapılmaktadır. Adli aramanın amacı olayı faillerini yakalamak veya suç delillerinin elde edilmesini sağlamaktır.[4] Kolluk tarafından yapılan adli aramanın hukuka uygun olarak kabul edilmesi için arama işleminin ceza muhakemesi hukuku normlarına uygun olması gerekmektedir. Adli arama; şüphelinin, sanığın veya diğer kişilerin üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerde yapılabilmektedir (CMK m.116, 117). Adli aramanın zamanı yönünden kural olarak konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılması yasaktır (CMK m.118). Adli arama sulh ceza hâkiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde savcının vereceği yazılı emirle yapılabilmektedir (CMK m.119).

Suçüstü; işlenmekte olan suçu, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu, fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu ifade etmektedir. Suçüstü halinde kolluk tarafından yapılacak üst aramasında herhangi bir arama kararına ihtiyaç bulunmamaktadır (AÖAY m.8). Suçüstü hâlinde arama işlemi gece de yapılması mümkündür (CMK m.118).

Anlaşılacağı üzere önleme araması, adli arama ve suçüstü halinde aramayla ilgili hükümler arasında usul yönünden önemli farklar bulunmaktadır. Dolayısıyla kolluk tarafından yapılan arama işleminin hukuka uygunluğunu değerlendirmek için öncelikle bu işlemin hukuki niteliğinin doğru belirlenmesi gerekmektedir. Adli (suçüstü hali dahil) arama ile önleme araması, kolluk faaliyetinin hukuki niteliğiyle yakından ilişkilidir. Adli arama adli kolluk faaliyetiyken, önleme araması idari kolluk faaliyeti kapsamındadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki suç ihbarı, soruşturma evresinin ilk aşamasını oluşturmaktadır.[5] Suç işlendiği izlenimini veren bir hali ihbar yoluyla savcı, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamakla görevlidir.[6] Suç ihbarıyla ceza muhakemesi hükümleri devreye girmekte idari kolluk ve adli kolluk faaliyetleri birbirinden ayrılmaktadır. Suç ihbarı ile suç yetkili makamlar tarafından öğrenilmiş olmaktadır. Başka bir ifadeyle ihbar üzerine ihbar edilen kişiyi (faili) ve olayı (suç iddiası) tespit etmek için harekete geçen kolluk açısından ortaya bir suç şüphesi çıkmış bulunmaktadır. Kolluğa yapılan suç ihbarları da derhal savcıya bildirilmelidir.[7]

[3] Yenisey, Feridun: Kolluk Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s.279.
[4] Özbek ve diğerleri, s. 310.
[5] Kaşlı, Enver: Suç İhbarı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.20
[6] Özbek ve diğerleri, s.187, 197.
[7] Gökcen ve diğerleri, s.546.

II. YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARININ İNCELENMESİ

İhbar yoluyla olayı öğrenen kolluk tarafından yapılan arama işleminin hukuka uygunluğunu değerlendiren Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarına ilişkin açıklamalar aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

Esas ve Karar No	Olayın Öğrenilme Şekli	Arama Zamanı	Aramanın Hukuka Uygunluğuna İlişkin Değerlendirmeler
2017/981 E. 2019/484 K.	İhbar	İhbar alındıktan sonra	Suçüstü hali
2016/458 E. 2019/367 K.	İhbar	İhbardan bir gün sonra	Önleme araması, suçüstü hali
2018/248 E. 2019/537 K.	İhbar	İhbarla aynı gün	İç çamaşırı araması, önleme veya adli arama hükümleri

Hukuk tekniği açısından bakıldığında bu olayların ortak özelliği, kolluk tarafından olayın ihbar yoluyla öğrenilmesi olmasına rağmen Yargıtay tarafından farklı değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Bir olayın ihbar yoluyla öğrenilmesi ile kolluk tarafından resen öğrenilmesi arasında uygulanacak mevzuat hükümleri açısından önemli farklar bulunmaktadır. Ceza muhakemesi hukukunda ihbarın başlangıç şüphesi oluşturmak için yeterli olduğu ve başlangıç şüphesiyle birlikte adli kolluk görevlilerinin, savcıyı bilgilendirmesi ve savcı talimatı doğrultusunda gerekli araştırmaları yapması gerektiği kabul edilmektedir.[8] Kanuna göre suç ihbarının alındığı andan itibaren savcı, devreye girmeli ve kolluğa ihbar ulaştığı anda soruşturmaya ilişkin temel talimatları vermelidir.[9]

Ceza muhakemesi hukukunda benimsenen bu kabulden farklı olarak uygulamada ihbar alma süreci idari bir faaliyet olarak yürütülmekte, ihbarla alakalı bazı temel hususlar araştırılıp somut deliller ele geçirildikten sonra soruşturma süreci başlamaktadır. Adli arama kararı için gerekli olan makul şüphe için somut delillerin bulunması koşulu aranmaktadır. Belirtilen "somut delil elde süreci", uyuşturucu madde suçlarında kolluk tarafından ihbar yoluyla olayın öğrenilmesinden sonra ihbar edilen kişinin, genellikle, üstünün aranması ve uyuşturucu madde bulunması sürecini ifade etmektedir. İhbar sonrasını ve soruşturma öncesini kapsayan bu süreç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında da "uygulama" olarak kabul edilmektedir. Mesela kararda YCGK 2017/981 E. 2019/484 K. sayılı kararda "… ihbarda eşkâl bilgileri belirtilen sanığı görüp takibe aldıkları, bir süre sonra sanığın yanına inceleme dışı sanık...'ın geldiğini, sanık ile inceleme dışı sanığın aralarında para alıp verdiklerini görmeleri üzerine, mesleki tecrübelerinden ve içinde bulundukları durumdan çıkardıkları izlenimden kaynaklanan makul sebebe dayalı olarak adı geçenleri durdurma, sanık ile inceleme dışı sanığa müdahalede bulunma hak ve gerekliliğinin ortaya çıktığı, işlendiği iddia edilen suça ilişkin yeterli bilgiye sahip olmayan kolluk tarafından yapılan çalışmaların geldiği

[8] Özbek ve diğerleri, s. 185-187.
[9] Gökcen ve diğerleri, s. 546.

aşama dikkate alındığında, soyut nitelikte olan ve başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen, sanığın açık kimlik bilgilerini içermeyip genel nitelikte olan ihbarın adli aramayı gerektirecek boyuta ulaşmadığı gibi CMK'nın 119. maddesinin aradığı şartları da taşımadığı,…" denilmektedir. YCGK 2016/458 E. 2019/367 K. ise "… sanık hakkındaki ihbarda uyuşturucu maddenin ne şekilde, ne zaman, hangi araçla ve güzergâh kullanılarak nakledileceğine ilişkin somut bir bilginin yer almadığı, bu bağlamda suç tarihinden bir gün önce yapılan ihbarın genel ve soyut nitelikte olduğu, başkaca herhangi bir somut emare ile de desteklenmediği, kaldı ki sanık hakkındaki ihbarda ikâmetinde uyuşturucu madde bulundurup satışını yaptığı belirtilmesine rağmen kolluk görevlilerinin yaptıkları yol kontrolü sırasında durdurdukları minibüste sanığın da bulunduğunu görmeleri üzerine söz konusu aracı kontrol ettikleri, bu araç hakkında ve uyuşturucu maddenin nakledileceğine ilişkin yeterli bilgiye sahip olmayan kolluk tarafından yapılan çalışmaların geldiği aşama dikkate alındığında, CMK'nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca adli arama kararı ya da yazılı arama emri talebini gerektiren bir durumun söz konusu olmadığı, bu şekliyle aracın içerisinin kontrol edilmesi önleyici nitelikte bulunduğundan adli nitelik taşımadığı, …" denilmektedir.

Suç ihbarıyla ilgili Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmeler ihbarın alınması ve soruşturmanın başlama anı arasında ara evreyi (bir çeşit ön araştırma) meşrulaştırmaktadır. Aslında ihbar üzerine kolluk ihbar edilen kişiyi(faili) ve olayı (suç iddiası) tespit etmek için harekete geçmesine rağmen Yargıtay bu aşamayı soruşturma evresine dahil etmemektedir. Olayla ilgili ihbarın genel nitelikli olduğu için adli arama için gerekli olan makul şüpheyi oluşturmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte yargılamanın ilerleyen aşamalarında ihbar yoluyla olayın öğrenilmesi ile soruşturmaya başlama zamanı aynı anda gerçekleşmediği için bu ara evrede arama yoluyla ele geçirilen delillerin hukuka uygunluğu bakımından Yargıtay Ceza Daireleri ve mahkemeler tarafından farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Oysaki ceza muhakemesi hukuku açısından ihbar, soruşturmayı başlatmak için yeterlidir. Yargıtay tarafından ihbarın genel ve soyut niteliğine ilişkin yapılan değerlendirmeler de uygulamayla örtüşmemektedir. Bir ihbarın genel ve soyut nitelikli olarak kabul edilebilmesi için bu ihbarı alan soruşturma makamları soruşturma yapamaması gerekir. Başka bir ifadeyle genel ve soyut nitelikli ihbarı alan soruşturma makamları açısından fail, olay yeri, zaman ve/veya suç olayı açısından büyük bir belirsizlik söz konusu olmaktadır. İncelenen kararlar açısından bakıldığında ihbarların belirli fail ve olaylarla örtüştüğü için genel ve soyut olduğu değerlendirmesi tartışmaya açıktır. Bundan dolayıdır ki önleme araması, adli arama ve suçüstü hali bağlamında yaşanan bu tartışmaların nedeni ülkemizde ihbar alma-suç soruşturmasına başlama sürecinin CMK hükümlerine göre yürütülmemesinden kaynaklandığı değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Sonuç olarak kolluğun ihbar yoluyla öğrendiği olaylarda kolluk tarafından yapılan aramanın hukuka uygunluğu değerlendirilirken başvurulan önleme araması, adli arama ve suçüstü haline ilişkin tartışmalara gerek olmadığı ve yapılan aramaların yürürlükteki mevzuata göre adli arama hükümlerine tabi olması gerektiği değerlendirilmektedir. Hali hazırda suç ihbarıyla ilgili işlemler büyük ölçüde, valilikler bünyesinde kurulan 112 Acil Çağrı Merkezleri tarafından yürütülmektedir. Acil çağrı merkezlerinde sağlık, itfaiye, orman muhafaza gibi farklı kurumlar tek çatıda birleştirildiğinden dolayı bu merkezlere yapılan talepler içinde kolluğu ilgilendiren suç ihbarlarının yanı sıra idari kolluk faaliyetleri, kamu hizmetleri ve bilgi amaçlı aramalar da yapılabilmektedir. Bu merkezlerde ihbar alma sürecinin idari bir faaliyet olarak yürütülmesi, ihbar sistemine savcılıklar tarafından erişim olmaması ve hali hazırda ihbarları

değerlendirmekle görevli “ihbar savcıları” olmamasından dolayı uygulama içinde ortaya çıkan ve özü itibariyle kanuna göre açıkça adli arama kararı alınması gereken olaylar, cezasızlık algısı oluşmaması ve caydırıcılık sağlanması amacıyla Yargıtay tarafından farklı değerlendirmelere tutularak hukuka uygunluk sağlanmaya çalışıldığı düşünülmektedir.

Kaynakça

Gökcen, Ahmet; Balcı, Murat; Alşahin, Emin ve Çakır, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
Kaşlı, Enver: Suç İhbarı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
Yenisey, Feridun: Kolluk Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN YATAY İLİŞKİLERE UYGULANMASI, POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK VE DOĞAL AFET

Arş. Gör, Feyza Ölçek *

ÖZET

Hukuk disiplini içerisinde insan hakkı olarak ifade edilen kurallar, bireylerin birbiri ile olan ilişkilerinde de geçerlidir. İnsan hakkı olarak ifade edilen "hak"ların sadece devletler için değil kişiler bakımından da uyulması zorunlu "kurallar" oldukları yönündeki kabul, anayasalar ve insan hakları ile ilgili hukukî metinlerde vurgulanır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 11. maddesi anayasa hükümlerinin; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallar olduğunu söylemektedir. Temel itibariyle insan hakları, insanların haksız davranışlara, ayrımcı muamelelere maruz kalmamasının güvencesidir. İnsan haklarının temel muhatabı elbette devlettir. Devletin bireylere karşı nasıl davranması yahut nasıl davranmaması gerektiğinin çerçevesini bu haklar çizmektedir. Örneğin devlet; kimsenin hayatına hukuka aykırı olarak son veremez; kimseye işkence edemez; keyfi olarak kimsenin, özel hayatına, ifade hürriyetine sınır koyamaz; mülkiyet hakkına müdahale edemez; keyfi tutuklama yapamaz. Devletin insan hakları ile bağlı olması neticesinde kendi hareket alanının sınırı çizilmiştir. Devlet, bu hareket alanının dışında hareket etmeyeceği taahhüdünde bulunmuştur. Bu taahhüdün çiğnenmesi durumunda devlet bireyin hakkına yönelik bir ihlal gerçekleştirmiş olacaktır. Bir insan hakkının bu neviden bir ihlale maruz kalması "dikey ihlal"dir. İnsan haklarına yönelik ihlallerin devletten değil bir "birey" tarafından da gerçekleştirilmesi mümkündür. Bir doğal afet sebebiyle bireyler diğer bireylerin sebebiyet verdiği insan hakları ihlalleri yaşayabilirler. Burada "yatay ihlal" söz konusu olacaktır. Burada da devletin sorumluluğu gündeme gelecektir. Zira insan haklarının koruyucusu da bizatihi devletin kendisidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yatay ilişkilere uygulanması bahsi, sözleşmenin hayata geçmesine olanak sağlamayan ve devletin yerine getirmesi gereken edimleri anlatan pozitif yükümlülük doktrini ile de yakından ilişkilidir. Zira sözleşmede sağlanan özgürlükten yararlanmanın engellenmemesi yeterli değildir. Bunun yanında devlet, özgürlüğün ihlalini engelleyecek tedbirleri de almalı, özgürlükleri ihlal edilenlerin mağduriyetini giderecek şekilde fiili/hukuki yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Bu minvalde devlet sözleşmenin bir birey tarafından 'yatay' bir şekilde ihlal edilmesi durumunda da "pozitif" yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Aksi halde temel hak ve hürriyetin ihlalinden sorumlu olacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakkı, Yatay İhlal, Pozitif Yükümlülük, Doğal Afet.

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, feyza.olcek@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3996-2587.

APPLICATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS TO HORIZONTAL RELATIONS, POSITIVE OBLIGATION AND NATURAL DISASTERS

ABSTRACT

The rules expressed as human rights within the discipline of law are also valid in the relations of individuals with each other. The acceptance that "rights" expressed as human rights are "rules" that must be obeyed not only for states but also for individuals is emphasized in constitutions and legal texts on human rights. Article 11 of the Constitution of the Republic of Turkey states that the provisions of the Constitution are fundamental rules of law binding on the legislative, executive and judicial organs, administrative authorities and other institutions and persons. Fundamentally, human rights are the guarantee that people will not be subjected to unfair behavior and discriminatory treatment. The main addressee of human rights is, of course, the state. These rights draw the framework of how the state should or should not behave towards individuals. For example, the state cannot unlawfully end anyone's life; torture anyone; arbitrarily limit anyone's private life, freedom of expression; interfere with the right to property; or arbitrarily arrest anyone. As a result of the State being bound by human rights, the limits of its field of action have been drawn. The State has made a commitment not to act outside this sphere of action. If this commitment is violated, the state will have committed a violation of the individual's right. Such a violation of a human right is a "vertical violation". Violations of human rights can also be perpetrated by an "individual" rather than by the state. Individuals may experience human rights violations caused by other individuals due to a natural disaster. This would be a "horizontal violation". Here, too, the responsibility of the state will come to the fore. Because the protector of human rights is the state itself. The application of the European Convention on Human Rights to horizontal relations is closely related to the doctrine of positive obligation, which describes the acts that the state must fulfill that do not enable the implementation of the Convention. It is not enough that the enjoyment of the freedom provided for in the convention is not prevented. In addition, the state must also take measures to prevent the violation of freedom and fulfill its de facto/legal obligation in a way to eliminate the victimization of those whose freedoms are violated. In this respect, the state must also fulfill its "positive" obligation in the event of a "horizontal" violation of the Convention by an individual. Otherwise, it will be responsible for the violation of fundamental rights and freedoms.

Keywords: Human Right, Horizontal Violation, Positive Obligation, Natural Disaster

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve devletin yükümlülükleri konusundaki bu çalışmada, ilk olarak, devletin insan haklarına yönelik gereksiz müdahalelerden kaçınması manasına gelen negatif yükümlülük anlatılacaktır. Daha sonra ise negatif yükümlülükten çok daha hayati bit konumda olan pozitif yükümlülük üzerine konuşulacaktır. Zira pozitif yükümlülük devlete çeşitli edimler yükler. Pozitif yükümlülük ile yakından ilişkili olan yatay ihlal de bu çalışmada irdelenecektir. Yatay ihlal, insan haklarının korunması bağlamında yeni bir anlayışı ürünüdür. Bu şekilde, insan hakları özel kişiler arasında da korunur. İnsan

haklarının yatay ihlalinde, aslında, bireyin başka bir birey tarafından müdahalesine karşı korunması yükümlülüğü söz konusudur. Bu husus da çalışmamızda irdelenecektir. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan M. Özel ve diğerleri kararı pozitif yükümlülük ve yatay ihlalin anlaşılması bağlamında önemlidir. Bu dava da çalışmamızda irdelenecektir.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Negatif Yükümlülük

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruduğu hakların korunması bağlamında devletin ilk yükümlülüğü, bu haklara yönelik gereksiz müdahalelerden kaçınmasıdır. Sözleşme ile garanti altına alınan özgürlüklerin kullanılmasına yönelik kabul görmeyen sınırlamalar getirilmemelidir. Bu kaçınma esasen insan haklarına saygı yükümlülüğünün bir sonucudur. Bu kaçınma yükümlülüğü, negatif yükümlülük adını alır.

Negatif yükümlülük bağlamında ilk akla gelen örnek öldürme yasağıdır. Sözleşmenin 2. maddesi olan yaşam hakkının korunması bağlamında taraf devletlerin esas yükümlülüğü öldürme yasağıdır. Bu minvalde bu negatif/olumsuz yükümlülük devlete yetkisini aşmama zorunluluğu yüklemektedir.[1] Devlet öldürme yetkisine salt açıkça öngörülen hallerde sahiptir. Bunun dışındaki hallerde devletin gerçekleştirdiği hiçbir öldürme eylemi meşru olmayacaktır. Sözleşmede bu yükümlülük açıkça belirtilmektedir. Buna göre, herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) Ölüm, bazı durumlarda mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmiş sayılır. Bu durumlarda maddenin ihlaline yani öldürme yasağının delinmesine neden olunmuş sayılmaz. Bu durumlar maddede numerus clausus/sınırlı sayıda sayılmıştır. Bunlar; bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılmasıdır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, X/İngiltere şikâyetinde, 2. Madde ile güdülen amacın bireyin keyfi surette öldürülmesini önlemek olduğunu söylemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok kez 2. Maddenin sadece kasıtlı öldürme halini değil, buna ilave olarak taksirli adam öldürme fiillerini de içermekte olduğunu söylemiştir. Dolayısıyla 2. Madde devletin negatif yükümü olarak her tür kasıtlı yahut taksirli adam öldürmeyi kural olarak yasaklamaktadır. Mahkemeye göre, devlet görevlileri tarafından ölüme sebebiyet verilmeksizin güç kullanılması eğer söz konusu fiilin başvuranın yaşamını tehlikeye atar ise bu durumunda, başvuran hayatını kaybetmese bile Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal edebilecektir.)[2]

Negatif yükümlülük bağlamında, bireyin hayatını tehlikeye atmaktan kaçınma da bu yükümlülüğe dâhildir.[3] Bu bağlamda, Oğur/Türkiye davasında, güneydoğudaki terörizmle mücadelede yürütülen operasyon esnasında, maden ocağındaki bekçi kulübesinden çıkan kişinin açılan ateş sonu ölümünde hükümet sorumlu bulunmuştur. Zira operasyon ölüme sebebiyet vermeyecek tarzda yürütülmemiştir. Yine,

[1] Doğan, İlyas: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Astana Yayınları 2019, s. 77.
[2] *Makaratzis v. Yunanistan*, Başvuru Numarası, 50385/99, Karar Tarihi, 20.12.2004.
[3] Gölcüklü, Feyyaz, Gözübüyük, Şeref: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 2013, s.57.

gözaltındayken ölen, vücudunda yara izi olduğu saptanan kişinin söz konusu olduğu Salman/Türkiye davasında, kasıt yahut taksirin mevcut bulunmadığı savının inandırıcı şekilde açıklanamaması 2. Maddenin ihlali sayılmıştır. Demiray/Türkiye[4] kararında da mahkeme, önleyici tedbirlerin alınmadığı gerekçesinden bahisle 2. Maddenin çiğnendiğini söylemiştir. Ahmet Demiray, silahların saklandığı yeri gösterirken PKK tarafından yerleştirilen tuzaklı bir mayının patlaması neticesinde hayatını kaybetmiştir. Devlet, Demiray'ı koruyamamıştır. Dolayısıyla devlet, Ahmet Demiray'ın ölümünden sorumsuz değildir. Devletin bu yönlü savunması kabul edilemez.

Devletin negatif yükümlülüğü, ayrımcılık yasağı (AİHS, m.14) bakımından da söz konusudur. Devlet bu manada bir saygı gösterme yükümlülüğü altındadır. Saygı gösterme yükümlülüğü, devletin kendisinin ayrımcılık yasağını ihlal etmekten kaçınmasını gerektirerek ona negatif bir yükümlülük yüklemektedir.[5] Böylece hak ve özgürlüklerine eşit bir şekilde erişimini sınırlamaktan kaçınma yükümlülüğü söz konusudur. Devlet bütün organları ile birlikte, bireylere yahut gruplara yönelik nesnel olarak gerekçelendiremeyeceği bir farklılık ihdas edemez. Madde sözleşmede 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, diyerek lafzıyla da negatif bir yükümlülüğe işaret etmektedir.

B. Pozitif Yükümlülük

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi özelinde Sözleşme karşısındaki pozitif yükümlülük, Sözleşmenin hayata geçmesine olanak sağlamak için devletin yerine getirmesi gereken edimlerdir. Sözleşmede sağlanan özgürlükten yararlanmanın engellenmemesi yeterli değildir. Bunun yanında devlet, özgürlüğün ihlalini engelleyecek tedbirleri de almalı, özgürlükleri ihlal edilenlerin mağduriyetini giderecek şekilde fiili/hukuki yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Sözleşmenin ilk maddesi, yüksek sözleşmeci taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar, diyerek devletlerin pozitif yükümlülüğe gönderme yapmaktadır. [6](AİHS, m.1)

1960 yılındaki Belçika Dil Davası ile birlikte Mahkeme devletlerin pozitif yükümlülüğü içtihadını geliştirmeye başlamıştır. Pozitif yükümlülük içtihadıyla birlikte mahkeme, her somut olayla/davayla ilgili devletin ne yapmakla yükümlü olduğunu ortaya koymaya başlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne eklenen 1. Protokol'ün 2. Maddesi Eğitim Hakkıdır. Bu maddeye göre; hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir. (AİHS, 1. Protokol, 2. Madde) Madde okunduğunda taraf devletlerin eğitim hakkına ilişkin hiçbir pozitif yükümlülüğünün olmadığı anlamı çıkarılmaktadır. Görünürde, madde metninin böyle bir anlam taşıdığı varsayılabilir.[7] Belçika Dil Davası'nda, Belçika Hükümeti devletin pozitif yükümlülüğü olmadığı

[4] *Demiray v. Türkiye*, Başvuru Numarası: 27308/95 Karar Tarihi: 21.11.2000
[5] *Salman v. Türkiye*, Başvuru Numarası: 221986/93, Karar Tarihi, 27.06.2000
[6] https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf E.T: 20.07.2023
[7] Çalışkan, Ahmet Ziya: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Ve Öğrenim Hakkı, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı,2007/ 3–4: 296.

yönünde tezler öne sürmüştür. Hükümete göre devletin salt "negatif yükümlülüğü" söz konusudur. Devlet, sadece bireylerin öğrenim hakkını engellememe yükümlülüğü altındadır. Mahkemeye göre ise burada devletlere getirilen sadece, olumsuz nitelikli bir yasaklama yasağı yani negatif yükümlülük değildir. (AİHM, Belçika Dil Davası) Mahkeme, Sözleşme maddesinin bu şekilde yani salt negatif yükümlülüğü çağrıştıran bir minvalde kaleme alınmış olmasının taraf devletleri her türlü pozitif yükümlülükten muaf tuttuğu anlamının çıkmayacağını söylemiştir.[8] Devletler; eğitim hakkından herkesi eşit bir şekilde yararlandırmak, herhangi bir ayrıma gitmemekle yükümlüdürler. Devlet"in hiç kimse aleyhine eğitim hakkını ihlal etmemesi gerekir. Fakat bu yeterli değildir. Mahkemeye göre, Sözleşme ilk olarak belirli bir zamanda, bir şekilde, var olan bir eğitim kurumuna girebilme hakkını güvence altına alır. Bu hakkın etkili sonuçlar doğurabilmesi için de; eğitimden yararlanan kişinin, o ülkede yürürlükte bulunan kurallara göre tamamladığı eğitiminin, bir şekilde, resmi olarak tanınması gerekir.[9]

AİHM, Assanidze/Gürcistan davası ile Iliescu ve diğerleri/Moldova davalarında da devletin pzoitif yükümlülüğüne vurgu yapmıştır.[10] Mahkemeye göre Sözleşme'nin 1. Maddesi devletler açısından genel yükümlülük getiren bağımsız bir dayanaktır. AİHM, devletin pozitif yükümlülüklerini demokratik toplumun en temel ilkelerinden biri olarak nitelendirmektedir. Mahkemeye göre, pozitif yükümlülük hukukun üstünlüğü tarafından yönetilen devletin bileşkelerinden biridir. [11]

AİHM devletin pozitif yükümlülüleri açısından ikili bir ayrım yapmaktadı. Bunlar "usûlî" yükümlülükler ve "esasî" yükümlülükler ayrımıdır.

1. Usuli Yükümlülükler

Usûlî yükümlülükler kişilerin daha iyi bir şekilde korunması için iç hukuk prosedürlerinin düzenlemesini gerektiren ve nihayetinde hakların ihlallerine karşı yeterli hukuk yollarını gerektiren yükümlülüklerdir.[12] Usuli yükümlükler, haklarının ihlal edildiğini ileri süren bireyler için etkili bir soruşma hakkının ve daha geniş bir bağlamda, devletin hem etkili hem de caydırıcı cezai mevzuat çıkarmak gibi görevine karşı bir arka plan sağlamaktadır. Kurt/Türkiye kararı, devletin usuli yükümlülüklerine ilişkin verilmiş tipik bir karardır. Bu karar ile etkili soruşturma yapmayan devletin hem usuli yükümlülüğünü hem de esasa ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmediği söylenmiştir. Tanış ve diğerleri Türkiye Kararında da Mahkeme iç hukuk prosedürlerindeki eksiklikler ve makamların soruşturmada üzerlerine düşen özen görevini yerine getirmemiş olmaları nedeniyle kaybolan bir kişinin hayatına müdahale edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasını sağlayabilecek kapsamlı ve etkili bir soruşturma yapılmasını ve mağdurların yakınlarının soruşturma sürecine etkin erişiminin sağlanmasını da zorunlu kılmaktadır. Etkili soruşturma yapmayan devlet usuli yükümlülüğünü ihlal etmiştir.[13]

[8] Doğru, Osman: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadları*, Cilt 4, Legal Yayınevi, İstanbul, 2003, 54.
[9] Çalışkan, s.302; Belçika"da Eğitim Dili Davası, 23.7.1968
[10] Doğan, 40.
[11] Kombe, Jean-Francois Akandji, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Avrupa Konseyi Yayını, Belçika, 2008, s.9.
[12] Kombe, 17.
[13] *Tanış v. Türkiye*, Başvuru Numarası: 65899/01, Karar Numarası: 2.08.2005

Mc Cann/İngiltere davasında[14] Mahkeme, devlete yüklenen pozitif yükümlülüklere ilişkin bir değerlendirme yapmıştır. Devletin yaşam hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlüğünü sağlamış olması için salt öldürmeyi yasaklayan bir yasanın varlığı yeterli değildir. Devletin bu madde ile yüklendiği yaşama hakkını koruma yükümü, etkili bir araştırmanın icrasıyla, soruşturma ve yargılamanın yapılmasını da gerekli kılar.

2. Esas Yükümlülükler

Esas yükümlülükler kapsamında devlet, pozitif yükümlülük anlamında hakkın ihlal edilmemesi için bir yandan somut önlemler almalı diğer yandan ise bir müeyyide ile bu hakkın ihlalini engellemelidir. Yaşam hakkı bağlamında bakılacak olursa, yaşam hakkının korunması için devletin etkin bir yasal rejim oluşturulması gerekmektedir. Devlet, yaşam hakkını tehdit eden durumlara karşı etkin bir caydırma mekanizması oluşturmalıdır. Bu çerçevede devlet, ölüm olaylarına ilişkin hem kamu görevlileri hem de kişiler hakkında etkili yasal yükümlülükler oluşturmak durumundadır. Kılıç/Türkiye davasında yasal rejim oluşturma yükümlülüğü hakkında şu tespitler yapılmıştır: "*Mahkeme, Sözleşme'nin 2. Maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinin bir devlete bilinçli ve yasadışı öldürmeleri önleme yükümlülüğü yanında, kişilerin yaşam hakkının hukuken korunması için uygun önlemelerin de alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu hüküm, kişiler aleyhine işlenecek suçları caydırıcı etkili ceza hükümleri koyarak ve bu hükümlerin ihlalini önleyici, bastırıcı ve cezalandırıcı icra mekanizması getirerek yaşam hakkını güvence altına alma konusunda devlete verilecek asli bir görevi de içermektedir.*"

Siliadin/Fransa kararında AİHS madde 4-kölelik kulluk yasağı bağlamında bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu kararda devletin pozitif yükümlülüğü bağlamında bir değerlendirmede bulunulmuştur. Mahkeme, söz konusu dönemde yürürlükteki ceza kanunun, başvurucuyu mağdur eden eylemlere karşı özel ve etkili bir şekilde korumadığı görüşündedir. Sonuç olarak Mahkeme, Fransa'nın 4. Maddeden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır.

C. Yatay İhlal ve Pozitif Yükümlülük

Devlet, insan haklarına hukukî biçimini verirken aynı zamanda bunları tanıyıp açıkladığı ölçüde kendi iktidarının da sınırını çizmiş olmaktadır. Bu sınırların aşılması, devlet tarafından; kişilere insan hakları kurallarının öngördüğü şekilde muamelede bulunulmadığını gösterir. Devlet-birey ilişkileri ekseninde gerçekleşen bu tür ihlallere dikey ihlaller" denilmektedir.[15]

Yukarıda da ifade edildiği üzere insan hakları hukuku kural olarak birey-devlet ilişkisi üzerine kuruludur. Yani teknik anlamda insan haklarını ancak ve ancak devlet ihlal edebilir. Bu durum insan haklarının tarihsel bir gelişimin sonucudur. Kural bu olmakla birlikte, özellikle Alman anayasa hukuku doktrinin etkisiyle, insan hakları sözleşmelerinin yatay boyutundan söz edilir olmuştur. Alman doktrininde buna "Drittwirkung" denmektedir.

[14] *McCann v. İngiltere*, Başvuru Numarası: 18984/91, Karar Tarihi, 27.09.1995

[15] Sunay, Reyhan: "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:23, Sayı:1, 2015, s.11.; AKIN, İlhan: Kamu hukuku, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 1990, s. 277.

Somut hak kategoriler açısından ele alındığında; haksız kamulaştırma, gözaltında işkence ve kötü muamele, haksız yakalama, haksız tutuklama gibi devlet görevlileri tarafından ihlal edilenler bir tarafa bırakılırsa pozitif hukukta yer alan birçok temel haklar, devletler yanında bireylerce de ihlal edilebilir. Bu bakımdan sözü edilen alan epeyce genişlemektedir. Yaşam hakkının ihlali, eğitim ve sağlık hakkının ihlali, mülkiyet hakkının ihlali, ayrımcılık yapılması, zorla çalıştırma ve angarya, uygun ve adil çalışma koşullarının ihlali bireylerce de ihlal edilebilecek haklardandır. Yatay ihlallerden dolayı devletin sorumluluğunun kaynağı insan haklarını koruma görevinin devletin başat görevlerinden biri olmasından kaynaklanmaktadır Bu görevi bağlamında devlet; ihlalleri önlemek, gerçekleştiğinde soruşturmak, suçlu olduğu iddia edilenleri yargılamak ve tazminat ve telafiyi de içeren yeterli korumayı sağlamak durumundadır.

Yatay ihlal/boyut, insan haklarının özel kişiler arasında korunması anlamına gelmektedir. İnsan haklarının yatay boyutunda, bireyin başka bir özel şahsın müdahalesine karşı korunması yükümlülüğü söz konusudur. Günümüz modern insan hakları anlayışında devletler sadece dikey ilişkilerden kaynaklanan aykırılıklardan sorumlu değil aynı zamanda toplumdaki bireyler arasındaki özel ilişkilerden kaynaklanan yatay ihlallerden dolayı da sorumludurlar. İnsanın gelişimi için önemli bir ön koşul olan insan haklarının özel yapısı, hem birey ile devlet ve hem de bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde ortaya çıkabilmektedir.[16]

Yatay boyut ile ilgili ilk olarak söylenmesi gereken insan hakları belgelerinin yatay uygulanmasının devletlerin bağlı bulundukları sözleşmeden doğan pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olmasıdır. Pozitif yükümlülükler Avrupa Sözleşmesinin etkili bir şekilde uygulanması amacına matuftur. Güvence altına aldığı haklara etkililik kazandırılma amacı taşır. Pozitif yükümlülükler devletin yargı yetkisinde bulunan kişileri koruma görevinden doğmaktadırlar. Devlet bu görevi esas olarak Sözleşmenin bireyler arasındaki ilişkilerde uygulanmasını güvence altına alarak yerine getirecektir. Böylece, pozitif yükümlülük teorisi Sözleşmenin kapsamını bireyler arasındaki özel ilişkileri kapsayacak şekilde genişletilmesi yönündeki belirgin eğilimi desteklemektedir ki buna "yatay etki" adı verilmektedir. Bu etki ayrıca devletin sorumluluğu kavramını kabul ederek uluslararası tahkim mekanizmasının hayata geçirilmesine –buradaki değerini ortaya koyarak – olanak sağlayacaktır. Bir başka deyişle, sırf bir bireyin Sözleşmenin bir maddesini ihlal etmesi nedeniyle devlet aleyhine hüküm verilmesine yol açamaz. Devletin yükümlülüğü davranışını görme noktasında başarısız olması veya bunu tolore etmesinden kaynaklanır. Başka bir ifade ile bu davranış devletin hukuken veya maddî olarak bireylerin haklarının ihlal edilmesini önleyememesinden dolayı ya da devletin faillerin cezalandırılmasını mümkün kılmamış olmasından dolayı devletin Avrupa Mahkemesi tarafından sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktadır.

II. M. ÖZEL VE DİĞERLERİ/TÜRKİYE KARARI VE DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı açılan davada, Türk vatandaşları olan Mehmet Özel, İsmail Erdoğan, Ali Kılıç, Salim Çakır, Betül Akan, Menekşe Kılıç, Güher Erdoğan ve Şehriban Yüce İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması'na İlişkin Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Başvuranlar, ceza davasının hakkaniyete uygun olmaması, bu davanın aşırı uzun sürmesi

[16] ÇAVUŞOĞLU, Naz: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni "Yaşayan Belge" Yapan Yorum Teknikleri*", İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt: 14, TODAİE, 1992, s. 140.

adil yargılanma hakkı (Sözleşme'nin 6. maddesi), etkin başvuru yollarının bulunmaması (etkili başvuru hakkı Sözleşme'nin 13. maddesi) nedeniyle yakınlarının yaşam haklarının ihlal edilmesinden (Sözleşme'nin 2. maddesi) şikâyet etmektedirler. Öte yandan başvuranlar, Sözleşme'ye Ek 1. No.'lu Protokol'ün 1. maddesini ileri sürmektedirler.[17]

Bilindiği üzere Marmara Denizi kıyısında yer alan İzmit bölgesi 17 Ağustos 1999 gecesi Richter ölçeğine göre 7.4 büyüklüğünde bir depremle sarsılmıştır. Resmi verilere göre 17,480 kişi ölmüş ve 43,953 kişi de bu depremde yaralanmıştır. Çınarcık belediyesinde, on tanesi Çamlık sitesinde, olmak üzere on yedi bina yıkılmıştır. Bu sitelerde 195 kişi hayatını kaybetmiş ve konutları çöken yüzlerce kişi de yaralanmıştır.

Ağustos 1999 tarihinde Yalova Cumhuriyet Savcısı, teknik uzmanlar ve Emniyet Müdürlüğü'nden memurlarla birlikte Çınarcık'ı ziyaret etmiştir. Aynı gün, 1648/15-1 pafta, 7 parsel, C, D ve E bölümleri, 1649/15-1 pafta, 3 parsel ve 1927/15-1 pafta, 1 parsel, E bölümünü kapsayan Çamlık arazisi hakkında resmi inceleme raporları hazırlanmıştır. Bu raporlardan, bilirkişilerin yıkılan veya depremden etkilenen binalardan numuneler aldıkları ve özellikle betonun midye kabukları içerdiğini, inşaat için kullanılan malzemenin deniz kumu bazlı olduğunu ve sonuç olarak çimentonun bağlama kapasitesini kaybettiğini belirttikleri anlaşılmaktadır.

25 Ağustos 1999 tarihinde Yalova Cumhuriyet Savcısı ve bir grup teknik uzman Kocadere arazisini ziyaret etmiştir. Aynı gün, 1258/3-2 ada 1 parsel, 1256/3-2 ada 5 parsel, D bölümü ve 1257/3-2 ada 1 parsel hakkında resmi raporlar hazırlamışlardır. Bu raporlardan, uzmanların yıkılan veya depremden etkilenen binalardan numuneler aldıkları ve özellikle betonun midye kabukları içerdiğini, betonun çok zayıf bir granülometri gösterdiğini, betonun kürlenmediğini, binalardaki metal köşebentlerin kolonlara düzgün bir şekilde sabitlenmediğini ve köşebentlerin korozyonu nedeniyle demirin betondan ayrıldığını belirttikleri anlaşılmaktadır. 13 Ekim 1999 tarihinde hazırlanan bilirkişi raporu aşağıdaki bulguları ortaya koymuştur.

Yıkılan binanın, enkazın ve inşaat planının incelenmesi sonucunda tespit edilen kusurlar sıralanmıştır. Binanın yüksekliği, bodrum katın zemin seviyesinden yükseltilerek zemin kata dönüştürülmesi suretiyle 2.80 m artırılmıştır, Binanın temelleri, zemin güvenliği gerilimi açısından düşük stabiliteye sahip yumuşak zemin (üst toprak) seviyesine yükseltilmiştir; stabilite hesaplamaları hiçbir noktada revize edilmemiştir. Binanın toplam ağırlığı, planda belirtilen kat sayısına kıyasla fazladan bir kat eklenerek arttırılmıştır. Ne planda yer alan ve varlığı depreme dayanıklılığı büyük ölçüde artıracak olan bodrum katı, ne de planlara göre bodrum katını çevrelemesi gereken betonarme istinat duvarları inşa edilmemiştir. Enkazdaki beton parçaları arasında bulunan midye kabukları, deniz kumu ve çakılının elenmeden ya da ayıklanmadan kullanıldığını gösteriyordu ki bu da betonun direncini azaltan önemli bir faktördür. Betonun içindeki takviye çubuklarının paslanmış olduğu görülmüştür; bu da deniz kumu ve çakılının yıkanmadan kullanıldığını ve deniz tuzunun metali aşındırdığını göstermektedir. Enkazda bulunan kırık kirişler, köşebentler arasındaki 20 cm'lik mesafelere uyulmadığını ve bazı yerlerde aralıkların 30 cm'yi bulduğunu göstermiştir. Numuneler üzerinde yapılan stres testleri, stres dirençlerinin olması gerekenin sadece yarısı

[17] Bu başlık altındaki alıntılar için bakınız: *M. Özel And Others V. Türkiye,* 14350/05 15245/05 16051/05, Karar Tarihi: 17/11/2015.

kadar olduğunu göstermiştir. Sonuç olarak, bina herhangi bir teknik kontrol olmaksızın inşa edilmiştir; konut ve ticari birim sayısını arttırmak için mal sahibinin isteği üzerine planda belirtilen kat sayısına ek olarak bir kat daha eklenmiştir. Ayrıca, belediyenin inşaat çalışmalarını durdurmamış olması da sorunlara yol açmaktadır. Bu nedenle, birinci kattan itibaren planla uyumsuz olan binanın sığ temelleri için bir izin verilip verilmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Eğer böyle bir izin verilmişse, bu izni onaylayan belediye çalışanlarının belirlenmesi ve Çınarcık Belediyesi tarafından yapı kullanma izni verilip verilmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Eğer verilmişse, bu yapı kullanma iznini imzalayanların kimliklerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Başka blokların da Çınarcık Belediyesi tarafından denetlenmeden inşa edilmiş olması mümkündür. Çekilen fotoğraflarda zemin seviyesinin üzerinde yedi katlı ve iki katlı binalar görülmektedir. Bu nedenle, bu mimari farklılığın nedenlerinin ve inşaatta uygulanan yönetmeliklerin belirlenmesi gerekmektedir.

6 Eylül 1999 tarihinde Yalova Cumhuriyet Savcısı, Çınarcık'ta çöken binalardan sorumlu olan emlak müteahhidi V.G.'nin ifadesini almıştır. V.G., dokuz yıldır gayrimenkul alanında çalıştığını ve ortaklığı olan V.G. şirketi ve G. Arsa şirketi ile çok sayıda bina inşa ettiğini belirtmiştir. Kendisinin inşa ettiği binalardaki eksikliklerin sorumluluğunu üstlenmeyi kabul etmiş, ancak deprem sırasında insanların öldüğü ve kendisinin sadece sattığı diğer binalarla ilgili kusurların sorumluluğunu üstlenmemiştir. Ayrıca, 1927/15-1 pafta, 1 parsel, D bölümü, 1649/15-1 pafta, C bölümü ve 1649/15-1 pafta, 3 parsel, D bölümünde yer alan binaların İ.K. ve Z.C. tarafından inşa edildiğini belirtmiştir. Kendisinin ne bir inşaat mühendisi ne de bir mimar olduğunu ve bu nedenle bu alanlarda uzmanlık bilgisi olan ve kendi görüşüne göre sorumlu tutulması gereken kişilerin hizmetlerini talep ettiğini eklemiştir. V.G. aynı gün gözaltında tutulmuştur. 14 Eylül 1999 tarihinde Yalova Cumhuriyet Savcısı beş kişiyi suçlamıştır: V.G. Arsa Ofisi şirketinin ortakları V.G., C.G. ve Z.C. ile şirketin fen memurları D.B. ve İ.K. Bu kişiler, ihmal ve dikkatsizlik sonucu, ilgili normlara aykırı olarak inşa ettikleri üç binanın enkazı altında kalan 166 kişinin ölümüne neden olmakla suçlanmışlardır. İddianameden, Çınarcık'ta Çamlık meydanında 1927 parselde E bölümü, 1649 parselde C ve D bölümleri ve 1648 parselde A, C, D ve E bölümleri olmak üzere çeşitli site bölümlerinin inşa edildiği ve Kocadere arazisinde Hanburnu meydanında 1256 ve 1258 parsellerde tamamen çöken üç binanın inşa edildiği anlaşılmıştır. İddianameden ayrıca, yıkılan binalardan numune alan bilirkişilerin özellikle şu tespitlerde bulundukları anlaşılmaktadır: söz konusu binalarda, kirişler ile kolonlar arasındaki demir köşebentler sıkılmamıştır; betonda midye kabukları bulunmuştur, bu da deniz kumu ve deniz çakılı kullanılması nedeniyle düşük dirençle sonuçlanmıştır; kolonlar ile kiriş köşebentleri arasındaki mesafe yer yer 40 cm'dir; ve bazı kolonlarda yetersiz demir vardır. Yalova Ağır Ceza Mahkemesi'nde cezai kovuşturma başlatılmıştır.

Mahkeme, depremlerin Devletlerin üzerinde kontrol sahibi olmadığı olaylar olduğunu ve bunların önlenmesinin ancak yıkıcı etkilerini asgari düzeyde tutmak amacıyla etkilerini azaltmaya yönelik tedbirlerin alınmasını içerebileceğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla, bu bağlamda, önleme yükümlülüğü, Devletin deprem gibi doğa olaylarının beklenmedik ve şiddetli doğasıyla başa çıkma kapasitesini güçlendirecek tedbirler almaktan ibarettir.

Bu bağlamda Mahkeme, önlemenin uygun mekansal planlama ve kontrollü kentsel gelişimi içerdiğini düşünmektedir. Mevcut davada Mahkeme, dava dosyasından, ulusal makamların etkilenen bölgedeki deprem riskinin gayet iyi farkında olduklarını not etmektedir. Bu nedenle, bölgelere ilişkin mekansal planlama belgeleri ilgili bilgileri içermektedir ve depremin vurduğu alan "afet bölgesi" olarak sınıflandırılmıştır Ayrıca, bu bölgedeki inşaat izinleri özel koşullara tabi tutulmuştur ve sonuç olarak inşa edilen tüm binaların belirli bina standartlarına uygun olması gerekmektedir. Dolayısıyla, inşaat ruhsatı vererek arazi kullanımını düzenlemekten sorumlu yerel makamlar, risk önleme konusunda ön saflarda yer almakta ve bu konuda birincil sorumluluğu taşımaktadır.

Mevcut davanın koşulları altında Mahkeme, söz konusu bölgede geçerli olan güvenlik ve inşaat standartlarına aykırı olarak inşa edilen binaların çökmesi nedeniyle depremin can kaybı açısından feci sonuçlar doğurduğunu gözlemlemektedir. Konuyu soruşturmakla sorumlu yerel makamlar nezdinde yürütülen yargılamaların bulguları ışığında, bu binaları denetlemesi ve teftiş etmesi gereken yerel makamların bunu yapma yükümlülüklerini yerine getirmedikleri anlaşılmaktadır.

Mahkeme, iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünün, bir başvuranın Sözleşme'deki şikâyetleriyle ilgili olarak mevcut ve yeterli olan hukuk yollarını normal bir şekilde kullanmasını gerektirdiğini yinemektedir. Mahkemeye göre söz konusu hukuk yollarının varlığı sadece teoride değil, pratikte de yeterince kesin olmalıdır, aksi takdirde gerekli erişilebilirlik ve etkinlikten yoksun kalacaklardır. Bir hukuk yolunun etkili olabilmesi için, itiraz edilen durumu doğrudan giderebilecek nitelikte olması ve makul başarı şansı sunması gerekir. Ancak, yetersiz veya etkisiz olan hukuk yollarına başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, açıkça beyhude olmayan belirli bir hukuk yolunun başarı olasılığına ilişkin yalnızca şüphelerin varlığı, bu telafi yolunu tüketmemek için geçerli bir neden değildir. Bununla birlikte, Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının bir dereceye kadar esneklikle ve aşırı şekilcilikten uzak bir şekilde uygulanması gerektiğinin altını sık sık çizmiştir. Ayrıca, Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının ne mutlak ne de otomatik olarak uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir; kurala uyulup uyulmadığının incelenmesinde, bireysel davanın özel koşullarının dikkate alınması gerekmektedir.

Bu, özellikle, Mahkeme'nin yalnızca ilgili Sözleşmeci Devlet'in hukuk sisteminde resmi hukuk yollarının varlığını değil, aynı zamanda bunların işlediği genel bağlamı ve başvuranın kişisel koşullarını da gerçekçi bir şekilde dikkate alması gerektiği anlamına gelmektedir. Ardından, davanın tüm koşullarında, başvuranın iç hukuk yollarını tüketmek için kendisinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadığını incelemelidir.

Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğini başvuranın lehine yorumlama eğilimindedir. İspat yüküne gelince, hukuk yolunun tüketilmediğini iddia eden Hükümet, ilgili zamanda teoride ve pratikte mevcut olan etkili bir hukuk yolu olduğu konusunda Mahkeme'yi ikna etmekle yükümlüdür. Bu yük yerine getirildikten sonra, Hükümet tarafından ileri sürülen hukuk yolunun gerçekten tüketilmiş olduğunu veya davanın özel koşullarında herhangi bir nedenle yetersiz ve etkisiz olduğunu veya kendisini bu gereklilikten muaf tutan özel koşulların mevcut olduğunu ortaya koymak başvurana düşmektedir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin Devletin sadece kasıtlı olarak ölüme sebebiyet vermekten kaçınmasını değil, aynı zamanda kendi yetki alanındaki kişilerin yaşamlarını korumak için uygun adımları atmasını gerektirdiğini yineler. Bu yükümlülük, kamusal olsun ya da olmasın, yaşam hakkının tehlikede olabileceği her türlü faaliyet bağlamında geçerli olacak şekilde yorumlanmalıdır, ancak yaşam hakkının doğal bir felaket tarafından tehdit edildiği durumlarda da geçerlidir. Mahkeme, doğal tehlikelerle bağlantılı olarak, belirli koşullarda Devlete atfedilebilecek pozitif yükümlülüklerin kapsamının, tehdidin kaynağına ve risklerden birinin veya diğerinin ne ölçüde azaltılabileceğine bağlı olacağına işaret etmiş ve bu yükümlülüklerin, belirli bir davanın koşulları açıkça tanımlanabilen bir doğal tehlikenin yakınlığına işaret ettiği sürece ve özellikle de insan yerleşimi veya kullanımı için geliştirilmiş ayrı bir alanı etkileyen tekrarlayan bir felaket söz konusu olduğunda uygulanacağını açıkça teyit etmiştir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanabilirliği ve Devletin sorumluluğu, büyük can kaybına neden olan doğal afet durumlarında kabul edilmiştir. Mevcut davada, başvuranların şikâyetleri Sözleşme'nin 2. maddesinin maddi ve usul başlıkları altında değerlendirilmelidir.

Başvuranlar, mevcut davada yürütülen ceza yargılamasının, sorumluluklarına uygun olarak sorumlu gördükleri tüm kişilerin mahkûmiyetiyle sonuçlanmadığını ileri sürmüşlerdir: hem doğal afetlere ilişkin mevzuatın yetersizliği hem de zaman aşımına ilişkin hükümlerin uygulanması nedeniyle ceza adalet sisteminin işlemediğini savunmuşlardır. Ayrıca, Hükümet'in iddialarının aksine, bu kişilerin hepsi kovuşturulmamış ve mahkûm edilmemiştir. Bu bağlamda, başvuranlar, sanık D.B. hakkında yakalama emri bulunmasına ve olaydan bu yana uzun yıllar geçmesine rağmen, D.B.'nin tutuklanmadığını ve yargılamalara katılmadığını belirtmişlerdir. Ayrıca, ceza davası sırasında yargılanan beş kişiden dördü, kovuşturmanın durdurulmasından yararlanmıştır. Başvuranlar ayrıca, Devletin, yakınlarının ölümünden sorumlu olan kamu görevlilerini cezalandırması gerektiğini ileri sürerek, bilirkişi raporlarının ilgili sorumlulukları tespit ettiğini ancak kovuşturmalara hala izin verilmediğini açıklamışlardır. Başvuranlar, Devlet'in, sorumlu olduğunu düşündükleri kişileri zamanında yakalayıp yargılama görevini yerine getirmediğini ve bu kişilerin yasal zaman aşımı hükümlerinden yararlanmalarını sağladığını ileri sürmüşlerdir. Bilirkişi raporuyla sorumluluğu tespit edilen kamu görevlilerinin yargılanmamasının etkili başvuru hakkını ihlal ettiğini düşünmektedirler. Bu bağlamda, mevcut mevzuatın, sorumlulukları uzmanlar tarafından tespit edilmiş olsa bile, bazı kamu görevlilerinin kovuşturulmasını imkânsız hale getirdiğinden şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme ayrıca, tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan olaylara adli müdahalelerle ilgili olarak geliştirilen ilkelerin afet yardımı alanında da uygulanabileceğini yineler. Devletin pozitif önleyici sorumluluğunu ilgilendiren olaylar sonucunda hayatların kaybedildiği durumlarda, 2. maddenin gerektirdiği adli sistem, etkililiğe ilişkin belirli asgari standartları karşılayan ve soruşturma bulgularının haklı gösterdiği ölçüde cezai yaptırımların uygulanmasını sağlayabilecek bağımsız ve tarafsız bir resmi soruşturma usulü öngörmelidir. Bu gibi durumlarda, yetkili makamlar örnek teşkil edecek bir titizlik ve çabuklukla hareket etmeli ve ilk olarak, olayın meydana geldiği koşulları ve düzenleyici sistemin işleyişindeki eksiklikleri tespit edebilecek ve ikinci olarak, söz konusu olaylar zincirinde hangi sıfatla olursa olsun yer alan Devlet görevlilerini veya yetkililerini belirleyebilecek soruşturmaları kendiliklerinden başlatmalıdır. Ayrıca, Sözleşme'nin 2. maddesinin gereklilikleri, ulusal mahkemelerde dava açılmasana yol açan resmi soruşturma aşamasının ötesine geçmektedir: Yargılama aşaması da dâhil olmak üzere, bir

bütün olarak yargılama, hukuk yoluyla yaşamı koruma pozitif yükümlülüğünün gerekliliklerini yerine getirmelidir.

Mevcut davada, Mahkeme, çöken binalardan sorumlu müteahhitler ve binaların yapımında doğrudan yer alan bazı kişiler aleyhinde cezai kovuşturma başlatıldığını gözlemlemektedir. Mahkeme ayrıca yargılamaların 195 kişinin ölümüyle ilgili olduğuna dikkat çekmektedir. Davalar başlangıçta farklı soruşturma dosyalarına ayrılmış, daha sonra kademeli olarak birleştirilmiş ve daha sonra tekrar ayrılmıştır. Bununla birlikte, söz konusu çeşitli davaların hepsi aynı olaylardan, yani çöken binalardaki kusurlardan kaynaklanmıştır, bu nedenle Mahkeme, çeşitli davaların zaman içinde birleştirilmesine veya ayrılmasına bakılmaksızın tek bir soruşturma hakkında karar vermesi gerektiğini düşünmektedir.

Mahkeme ayrıca, başvuranların söz konusu ceza yargılamalarına katıldıklarını ve üçüncü taraf olarak müdahil olmak için başvuruda bulunduklarını gözlemlemektedir. Beş sanığa karşı 14 Eylül 1999 tarihinde başlayan bu ceza yargılamaları, 15 Aralık 2011 tarihinde, neredeyse on iki yıl sonra, sanıklardan sadece ikisinin mahkûm edilmesiyle sona ermiştir; üstelik sanıklardan biri, yasal zaman aşımı gerekçesiyle yargılamaların kısmen durdurulmasından yararlanmıştır. Sanıklardan ikisi bu on iki yılın birçoğunda takip edilememiştir bunlardan biri olan D.B. aslında hiçbir zaman cezai makamların önüne çıkarılmamıştır, bu nedenle itiraz edilen eylemlere katılımı mahkemeler tarafından hiçbir noktada değerlendirilmemiştir. Ayrıca, sanıklardan üçü hakkındaki cezai kovuşturmalar, söz konusu eylemlerle ilgili herhangi bir sorumlulukları tespit edilemeden, zaman aşımına uğradığı için durdurulmuştur. Mahkeme, sadece zamanın geçmesinin soruşturmanın aleyhine işleyebileceğini yineler. Ayrıca, geçen zamanın kaçınılmaz olarak mevcut delillerin miktarını ve kalitesini aşındıracağını ve özen gösterilmediği görüntüsünün soruşturma çabalarının iyi niyetine şüphe vurgulamaktadır. Bununla birlikte, mevcut davada yürütülen soruşturmada söz konusu olan sorumlulukların, söz konusu binaların hangi koşullar altında inşa edildiğinin ve yıkılma nedenlerinin belirlenmesi açısından önemi, yerel makamları, yasadışı eylemlerde herhangi bir gizli anlaşma veya hoşgörü görüntüsünü önlemek için konuyu hızla ele almaya sevk etmelidir. Belirli bir durumda soruşturmanın ilerlemesini engelleyen engellerin veya zorlukların varlığında bile, yetkililerin hızlı bir şekilde yanıt vermesi, kamuoyunun hukukun üstünlüğüne bağlılıklarına olan güvenini korumak açısından hayati önem taşımaktadır. Mevcut davada, Mahkeme, yalnızca, söz konusu yargılamaların uzunluğunun, gereksiz gecikmeler olmaksızın davanın hızlı bir şekilde incelenmesi gerekliliğini ihlal ettiğini not edebilir. Ceza yargılamaları öyle bir şekilde yürütülmüştür ki, sanıklardan yalnızca ikisi olaylardan sorumlu ilan edilmiş, diğer üçü ise zamanaşımından yararlanmıştır.

Ayrıca, Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesi ışığında, idari makamların bu tür bir eyleme izin vermeyi reddetmesi nedeniyle kamu görevinde bulunan kişilerin suçlanmaması ve yargılanmamasının Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında sorunlar doğurduğunu daha önce kabul ettiğini mevcut davada, Mahkeme, bazı başvuranların, yetkili makamların kamu görevlileri hakkında cezai soruşturma başlatmasını sağlamaya yönelik girişimlerinin başarısız olduğunu kaydetmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, önceden idari izin alınmaması halinde, çöken binaların denetim ve teftişindeki eksiklikleri ve başarısızlıkları - bir bilirkişi incelemesinde belirtildiği ve İçişleri Bakanı tarafından tescil edildiği aksi takdirde tespit edilebilecek olan kamu görevlilerine karşı böyle bir ceza soruşturması başlatılmadığını gözlemlemektedir.

Başvuranların çöken binaların yapımında yer alan kişilere karşı tazminat davası açabilmelerine ilişkin olarak Mahkeme, Devletin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki yükümlülüğünün ancak iç hukuk tarafından sağlanan korumanın uygulamada etkili bir şekilde işlemesi halinde yerine getirilmiş olacağını yinelemektedir. Bununla birlikte, mevcut davada, Mahkeme, sadece, hukuk mahkemelerinin kararlarını vermeleri için, tazminat hukuku yollarını kullanmak isteyen başvuranların sekiz ila on iki yıl arasında beklemek zorunda kaldıklarını not edebilir. Mahkeme ayrıca, bu tür konulardaki kendi içtihadı ışığında, söz konusu başvuranlara, yakınlarının kaybından kaynaklanan manevi zarar için verilen miktarların mütevazı olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle, mevcut davanın özel koşullarında, hukuki tazminat yolunun etkili bir hukuk yolu olmadığı sonucuna varmakta ve buna bağlı olarak Hükümetin bu yöndeki ön itirazını reddetmektedir. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul başlığı altında ihlal edildiğine karar vermiştir.

SONUÇ

M. Özel ve diğerleri kararında göze çarpan husus, devletin pozitif yükümlülüğü ve bununla bağlantılı olarak yatay ihlal/boyut konusudur. Yatay ihlalde, insan haklarının özel kişiler arasında korunması noktasından hareket edilmektedir. İnsan haklarının yatay ihlalinde, devlet, bireyin başka bir özel şahsın müdahalesine karşı korunması korumakla yükümlüdür. M. Özel ve diğerleri kararında devlet özel bir şahıs olan 'müteahhit'in sorumluluğunda olan işlemlerden de sorumludur. İnsan haklarının bu özel kişice yatay ihlali, devleti sorumlu yapacaktır. Zira devlet, müteahhidi denetlemek görevi ile yükümlüdür. Bu yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması devletin pozitif yükümlülüğünün ihlalidir.

Bir diğer husus da devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında usûlî yükümlülükleri konusudur. Kişilerin daha iyi bir şekilde korunması için iç hukuk prosedürlerinin düzenlemesini gerektiren ve nihayetinde hakların ihlallerine karşı yeterli hukuk yollarını gerektiren yükümlülüklerdir. Usuli yükümlükler, haklarının ihlal edildiğini ileri süren bireyler için etkili bir soruşma hakkının ve daha geniş bir bağlamda, devletin hem etkili hem de caydırıcı cezai mevzuat çıkarmak gibi görevine karşı bir arka plan sağlamaktadır. M. Özel ve diğerleri kararında Mahkeme, bu bağlamda bir değerlendirme yapmıştır. Dava konusu binaların yapımında yer alan kişilere karşı tazminat davalarının salt açılabiliyor olması yeterli değildir. Kişilere karşı açılan davalardaki tazminat miktarları, davanın süresi gibi somut olaya has hususlar bu sorumluluğun yerine getirilmiş sayılması için önemlidir.

Kaynakça

Akın, İlhan: Kamu hukuku, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 1990.

Çalışkan, Ahmet Ziya: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı,2007/ 3–4, S. 295-314.

Çavuşoğlu, Naz: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni "Yaşayan Belge" Yapan Yorum Teknikleri", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 14, TODAİE, 1992.

Demiray v. Türkiye, Başvuru Numarası: 27308/95 Karar Tarihi: 21.11.2000

Doğan, İlyas: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Astana Yayınları, 2019.

Doğru, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadları, Cilt 4, Legal Yayınevi, İstanbul, 2003.

Gölcüklü, Feyyaz, Gözübüyük, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 2013.

https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf E.T: 20.07.2023

Kombe, Jean-Francois Akandji, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa Konseyi Yayını, Belçika, 2008.

M. Özel And Others V. Türkiye, 14350/05 15245/05 16051/05, Karar Tarihi: 17/11/2015.

Makaratzis v. Yunanistan, Başvuru Numarası, 50385/99, Karar Tarihi, 20.12.2004.

McCann v. İngiltere, Başvuru Numarası: 18984/91, Karar Tarihi, 27.09.1995

Salman v. Türkiye, Başvuru Numarası: 221986/93, Karar Tarihi, 27.06.2000

Sunay, Reyhan: "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:23, Sayı:1, 2015.

Tanış v. Türkiye, Başvuru Numarası: 65899/01, Karar Numarası: 2.08.2005

OSMANLILARDA UYGARLAŞMANIN GÖSTERGESİ OLARAK VERGİLERİN OLUŞUMU

Dr. Erkut Ziya Sivrikaya*

ÖZET

Romalıların dediği gibi "ubi societas ibi ius est" yani "nerede toplu varsa orada hukuk vardır". Oysa günümüzde sadece devlet tarafından ortaya konulan kurallar bütünselliğini hukuk olarak anlamaktayız. Devlet ve hukuk kelimeleri adeta eş anlamlı kullanıldığından devlet olmadan hukuk düşünülemez. Öyleyse hukukun tarihinden söz edebilmek için önce devletin oluşum sürecini ortaya koymak gerekir. Bu noktada kurumsallaşmış bir vergi sistematiği uygarlığın en önemli işaretlerindendir. Burada "uygarlık" sözü ile sınıflı ve devletli bir toplum anlatılmak istendiğinden hukuk tarihi için aynı zamanda uygarlık tarihi ibaresini kullanmak da yanlış olmaz. Bununla birlikte kandaşlıktan uygarlığa geçiş yani bir devlet kurmak bir anda gerçekleşen bir hadise değildir. Kandaşlıktan uygarlığa geçiş bir süreçtir. Bu nedenle Osmanlı devleti için bir kuruluş tarihi vermek zordur. I.Osman ile II.Mehmet'in vergi konusuna yaklaşımları arasında büyük farklar vardır. Osman Gazi vergi nedir bilmezken kendisini Roma İmparatoru ilan eden Fatih Sultan Mehmet devrinde vergi kanunları ortaya konulmaktaydı. Bu açıdan I.Osman ve II.Mehmet arasında geçen dönemi bir devlet inşa süreci olarak görebiliriz. Modernite öncesinde vergi, hizmet karşılığı beklenen bir yükümlülük değil can ve mal güvenliğinin bedeli olarak görülmüştür. Halk koruma karşılığı vergi vererek Sultana riayet ettiğini gösterir. Daire-i adalet ile resmedildiği gibi halk üretecek, buna karşılık devlet de onları kollayacaktır. Fakat bu adalet anlayışı sadece cüzî olmakla kalmaz küllîdir, yani kazaî olduğu kadar içtimaîdir de. Kandaşlıktan uygarlığa sıçranılmakta olan erken dönemde düşük olan vergiler, uygarlık platformuna geçildikten sonra askeri başarısızlıklar sonucu artarak zulme varacak, daire-i adalet bozulacaktır. Sözgelimi Aşıkpaşazade'nin aktardıklarına bakılacak olursa Osman Gazi Pazar yerinden vergi alınmasına sıcak bakmamış veya Vezir Fazlallah İslâm alemindeki diğer devletler gibi zekât toplanmasını önerirken II. Murat bu öneriyi reddetmiştir. Zekâtı kabul etmese de II. Murat öşür ve haraç gibi şerî vergileri tanımaktadır. Tarihsel süreçte şerî vergiler büyük değişim göstermese de örfi vergilerin artışı zulme varacaktır. Tekâlif-i şakka da denilen avarız-ı divaniye vergiler örfî kanunlarda ve şerîatte yeri olmayan yükümlülüklerdir. İstisnai olan bu vergilerin sürekli hale gelmesi de sistemi sürdürülemez bir sarmala sokacaktır. Bu çalışma, Osmanlı tarihi içerisinde vergilerin dönüşümü ve vergilerin ardında yatan anlayışın irdelenmesi üzerinedir. Çalışma, özellikle beylik devri ve imparatorluk dönemi arasındaki farklılıklar üzerine eğilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi, Zulüm, Kandaşlık, Uygarlık, İaşe, Provizyonizm, Asabiyet.

THE FORMATION OF TAXES AS AN INDICATOR OF CIVILIZATION IN THE OTTOMANS

ABSTRACT

As the Romans said, "ubi societas ibi ius est" meaning "wherever there is society, there is law". However, today, we only understand the integrity of the rules put forward by the state as law. Since the words state and law are used almost synonymously, law cannot be thought of without the state. So, in order to talk about the history of law, it is necessary to reveal the formation process of the state first. At this point, an

* Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ABD, Lefkoşa, erkutziya.sivrikaya@neu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9546-1103.

institutionalized tax system is one of the most important signs of civilization. It would not be wrong to use the phrase "history of civilization" for the history of law, since the word "civilization" is meant to describe class distinction and the state. However, the transition from consanguinity to civilization, that is, establishing a state, is not an instantaneous event. Transition from kinship society to civilization is a process. For this reason, it is difficult to give a foundation date for the Ottoman state. There are great differences between the approaches of Osman I and Mehmet II to the tax issue. While Osman Gazi did not know what tax was, tax laws were being introduced during the reign of Mehmet the Conqueror, who declared himself the Roman Emperor. In this respect, we can see the period between I.Osman and II.Mehmet as a state-building process. Before modernity, tax was seen as the price of security, not an expected obligation in return for service. The people show that they obey the Sultan by paying taxes in return for protection. As pictured by the circle of justice, the people will produce, while the state will watch over them. However, this understanding of justice is not only partial but also universal, that is, it is social as well as judicial. Taxes, which were low in the early period of leaping from consanguinity to civilization, will increase as a result of military failures after the transition to the civilization platform, will lead to oppression, and justice will be corrupted. For example, according to what Aşıkpaşazade reported, Osman Gazi did not like to collect taxes from the bazaar or while Vizier Fazulallah suggested collecting zakat like other states in the Islamic world, II. Murat rejected this proposal. Although he does not accept zakat, II. Murat recognizes shari'a taxes such as tithe and tribute. In the historical process, although the shari'a taxes did not change much, the increase in the customary taxes would lead to cruelty. Avarız-ı divaniye taxes, also called Tekâlif-i şakka, are obligations that do not have a place in "Orf" (administrative) laws and shari'ah. The fact that these exceptional taxes become permanent will put the system in an unsustainable spiral. This study is about the transformation of taxes in Ottoman history and the analysis of the understanding behind taxes. The study focuses especially on the differences between the principality period and the imperial period.

Keywords: Tax, Zulm, Kinship, Civilization, İashe, Provisionism, Asabiyyah.

GİRİŞ

Romalıların dediği gibi "*ubi societas ibi ius est*" yani "*nerede toplu varsa orada hukuk vardır*". Oysa günümüzde sadece devlet tarafından ortaya konulan kurallar bütünselliğini hukuk olarak anlamaktayız. Devlet ve hukuk kelimeleri adeta eş anlamlı kullanıldığından devlet olmadan hukuk düşünülemez. Öyleyse hukukun tarihinden söz edebilmek için önce devletin oluşum sürecini ortaya koymak gerekir. Bu noktada kurumsallaşmış bir vergi sistematiği uygarlığın en önemli işaretlerindendir. Burada "*uygarlık*" sözü ile sınıflı ve devletli bir toplum anlatılmak istendiğinden hukuk tarihi için aynı zamanda uygarlık tarihi ibaresini kullanmak da yanlış olmaz. Uygarlık bir sürecin neticesinde ortaya çıktığından başlangıç tarihini belirtmek mevcudiyetini tespit etmekten daha zordur. Kandaş toplumların yarattıkları uygarlıklar için öne sürülen itibari tarihler genelde retrospektiftir. Söz gelimi milattan önce 753 senesinin 21 Nisan günü Roma'nın kuruluş tarihi olarak kabul edilir, peki 20 Nisan tarihinde Roma'nın yerinde ne vardı? Kent yerden mi bitti? Ahalisi gökten mi indi? Anlaşılacağı üzere kandaşların inşa ettiği uygarlık için bir doğum gün tespit etmek mümkün değildir. Bu nedenle Osmanlı devleti için bir kuruluş tarihi vermek zordur. I.Osman ile II.Mehmet'in vergi konusuna yaklaşımları arasında büyük farklar vardır. Osman Gazi vergi nedir bilmezken kendisini Roma İmparatoru ilan eden Fatih Sultan Mehmet devrinde vergi kanunları ortaya konulmaktaydı. Bu açıdan I.Osman ve II.Mehmet arasında geçen dönemi bir devlet inşa süreci olarak görebiliriz.

Âşıkpaşazâde'nin aktardığına göre Karaca Hisarı fethi ardından Osman Gazi'ye çevresindekilerce kadı tayini için Selçuklu Sultanından izin alması gerektiği belirtilir. Buna öfkelendiği anlaşılan Osman Gazi, *"Bu*

şehri ben kendi kılıcımla aldım. Bunda sultanın ne dahli var ki ondan izin alayım?"[1] diye sorarak bağımsız bir devlet başkanı hüviyeti gösterir. Bu olayın gerçekleştiği (Hicri 699/Miladi 1299) yılı "Osmanlı" tarihi için başlangıç kabul edecek olursak eğer, Cumhuriyetin ilanına kadar geçecek olan süre 624 yıldır. Böylesi uzun bir tarihi dönemi hakkıyla incelemek çok geniş hacimli bir çalışma gerektirecektir. Bu nedenle "*hangi Osmanlının vergi sistemi incelenecek?*" sorusunu hemen cevaplamak gerekir. Bu halde; Osman Gazi ile başlayan **Beylik** dönemi, Fatih Sultan Mehmet Han ile başlayan **İmparatorluk** dönemi ve II.Mahmut ile başlayan **Meşrutîyet**[2] dönemi olmak üzere üç farklı Osmanlı ile karşılaşırız. Beylik döneminde kandaşlık evresinden uygarlığa geçiş yaşanmaktadır. H.L.Morgan'ın "*barbar*" olarak nitelendirdiği dönemi, pejoratif bir ifade olarak anlaşılmasına yer vermemek için, "*kandaş*" şekinde kullanmak daha yerinde olacaktır. Bu nedenle "*kandaş*" ifadesi ile kast edilen Morgan'ın "*barbar*"ı[3] veya İbn Haldun'un "*badava*"sıdır. Erken dönemde *primus interpares* (eşitler arasında birinci) olan Bey, imparatorluk döneminde mutlak güç sahibi Sultana dönüşecek, fakat 19.yüzyıl ile yetkileri kısıtlanacaktır. Burada unutmamamız gereken tarihi devirlere ayırmanın yapay bir işlem olduğudur. Tarihsel süreçler aniden bir günde gerçekleşmez. Her devrin oluşum süreçleri kendinden önceki dönemlere kaçınılmaz olarak yaslanır. Burada tercih edilen dönemlendirmede esas alınan kıstas kamusal otoritenin nasıl şekillendiğidir. Neticede devletin erklerinin nasıl ayrıldığı ve merkezi otoritenin kudretinin ne derce etkin olduğu kaçınılmaz olarak vergi politikalarını şekillendirecektir. Günümüz vergi anlayışından son derece farklı ve özgün Osmanlı müesseseleri imparatorluk döneminde karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada imparatorluk dönemine kadar olan Osmanlı vergi sisteminin ne olduğu ve bu sistemin nasıl oluştuğu gözlemlenerek bu özgün müesseseler incelenecektir.

I. BEYLİK DÖNEMİ VERGİ ANLAYIŞI

Mal sahabı, mülk sahabı, hani bunun ilk sahabı?

Mal da yalan, mülk de yalan, var biraz da sen oyalan…[4]

Osmanlıyı Beylikten İmparatorluğa çeviren Fatih Sultan Mehmet Handır. Tedvin ettiği *Kanunnâme-i Âli Osman*[5] ile Osmanoğulları bambaşka bir kimlik kazanır. Osman Gazi kandaş örgütlenme içerisinde önder seçilerek Han dikilmiştir, fakat kendini seçenler üzerinde cebir tekeli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Osman Gazi, omuzdaşlarıyla yer, oturur, torunu Fatih Sultan Mehmet ise artık şevketlû ve giderek haşmetli (yani sivrilmiş, yükselmiş) bir imparatordur. Fatih kimseyi kendiyle eşit görmez, kimseyle oturmaz, kimseyle yemez. Oturma ve yeme gibi basit eylemlerin devlet hüviyeti için bir anlam teşkil edemeyeceği dolayısı ile iki Han arasındaki bu tutum farkının birini devletli diğerini devletsiz kılamayacağı iddia edilebilirdi eğer Fatih Kanunnamesi ile oturma ve yeme hukuki bir müessese haline gelmemiş olsalardı.[6]

---

[1] ÂŞIKPAŞAOĞLU: Âşıkpaşaoğlu Tarihi, Ed. Nihal Atsız, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları: 604, Ankara 1985, s.27.

[2] Burada meşrutî ile kast edilen sultanın artık belirli şartlarla bağlı olmasıdır. Nizamı Cedit ile başlayan reformlar devleti yapısal değişimlere yönlendirecek, iktidarın kaynağı gökten yere inerken vergi karşılığı vatandaş hizmet bekleyecektir.

[3] MORGAN, Lewis Henry: Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery, through Barbarism to Civilization, Henry Holt and Company, New York, 1877, p.vi.

[4] Yunus Emre.

[5] Fatih Kanunnâmesi'nin hangi tarihte hazırlandığı bilinmemekle birlikte II.Mehmet'in geç dönemi topladığı kudretin somutlaşması olarak görülebilir.

[6] HASSAN, Ümit: Osmanlı, 2.baskı, İletişim Yayınları, 2001 İstanbul, s.214; Kanunnâme-i Âl-i Osman madde 6 "Ve Dîvân-ı Hümâyununda sadrda oturmak vüzerânın ve kaadıaskerlerin ve defterdârların yoludur. Evvelâ vüzerâ oturub, bir cenaba kaadıaskerler, anların altına defterdârlar otururlar ve ol bir canibe nişancı oturur." Böylece üst düzey yetkililerin oturma hakkı ile reisülküttâb gibi oturamayan diğer hizmetkârlardan üst konumda olduğu hatırlatılır. İbid. s.234; *madde 35: "Ve Cenâb-ı şerifim ile kimesne ta'am yemek kanunum değildür. Meğer ki ehl-i iyâlden ola. Ecdâd-*

Burada oturma ve yeme işi devlet için bir sebep değil sonuçtur. Bu tarz kısıtlamalar yöneten ve yönetilen ayrımının tebellür etmiş halidir. Oturma, yeme, giyinme, hal, tavır nasıl olmalı? Kanunla tespit edilerek oluşan devletin kudreti yaşatılır. Henüz böylesi bir kudrete erişmeyen erken dönem Beyleri eşitlikçi kandaş örgütlenme içerisinde önderlik eden kişilerdir. Koydukları yasaklar devletli uygar toplumun hukuku ile aynı konumda değildir. Bu çerçevede aşağıdaki emsaller İmparatorluk öncesi Osmanlıların vergi anlayışını gözler önüne serecektir;

> Karaca Hisarı zapt eden Osman Gazi, kadı ve subaşı ataması yapar. Adına hutbe okutur ve pazar kurulur. Germiyandan gelen bir kişi Osman huzuruna çıkarak kurulan pazarın vergisini satın almayı teklif eder. Oysa Osman Gazi verginin ne olduğunu bilmemektedir. Verginin ne olduğu öğrendiğinde öfkelenen Osman Gazi; *"Bir kişinin kazandığı başkasının olur mu? Kendi malı olur. Ben onun malına ne koydum ki bana akça ver diyeyim? Bire kişi! Var, git! Artık bana bu sözü söyleme ki sana ziyanım dokunur"*[7] der. Çevresindekiler bunun adet olduğunu belirtip onu sakinleştirdiğinde pazarda bir yük mal satandan iki akça bac vergisi alınmasını kabullenir. Yine de pazarda mal satamayandan bir şey alınmamasın buyurur.
>
> Vezir Fazlullah hazinede para kalmadığı için halktan zekât adı altında vergi toplanmasını II. Murat'a önerir. Bu tekliften pek hoşlanmadığı anlaşılan II. Murat ise şu cevabı verecektir; *"Bre ebleh köftehor! Bu ne sözdür ki söylersin! Zekât ve sadaka yoksullarındır. Ben zekât yemeğe mi layığım ki Müslümanlardan zorla zekât alayım ve yiyeyim? Benim memleketimde üç helal lokma vardır ki benim elimdedir. Bu üç helal lokma başka ülke padişahlarında yoktur. Birisi gümüş madenleri, biri kâfirlerden alınan haraç, biri de gazalardan alınan ganimet malıdır."*[8] Neticede bu zekât vergisi de toplanmaz.
>
> Yıldırım Bayezid Han, Alaşehir üzerine seferine giderken *"kimsenin çöpünü zulm ile almayalar"*[9] diye askerlerine emir verir. Kadıların usulsüzlüklerini işittiğindeyse tüm kadıların bir eve kapatılıp diri diri yakılmalarını emreder. Vezir Ali Paşa'nın ikna etmesi sonucu hak hukuk bilmesi beklenen bu kadıların neden zulmettiğini sorar, *"maaşları azdır"* cevabı üzerine cezayı kaldıran Sultan kadılara binde yirmi akça vergi bağlayacaktır.[10]
>
> İstanbul'un fethinden sonra şehre yerleştirilen halktan hane karşılığı vergi istenilmesi üzerine Kula Şahin; "*Hey devletli sultanım! Baban, deden bunca memleketler fethettiler. Hiçbirinde mukataa koymadılar. Sultanıma dahi layık budur ki yapmaya*"[11] diye ikaz ederek Fatih'in bu vergiyi bağışlamasını sağlar.

Örneklerden de görüldüğü üzere Osman Gazi, Yıldırım Bayezid, II. Murat ve Fatih Sultan Mehmet, savaş işini esas gelir kaynağı olarak görmekte, kendilerine biat eden ahaliden vergi toplayıp zulmetmekten çekinmektedirler. Osmanlı örgütlenmesi devlet olmadan evvel bir orduydu. Devlet, eğer meşru cebir tekeline sahip bir organizma ise orduyu da onun kurmuş olması gerekirdi. Lakin başlangıçta devletin yaratılmasına yol açacak olanlar sınıfsız silahlı kandaşlardır. Devleti kuran tagallüp ve hüküm ordudan (yani bu silahlı kandaş bütünsellikten) gelir. Kandaşlıktan uygarlığa geçiş üzerine muktedir zümre kendi dışında kalanları silahsızlandıracak ya da kendi haricindekilerden daha iyi silahlanarak üstünlüğünü koruyacaktır. Nitekim daha sonradan "*İlmiye – Seyfiye – Mülkiye – Kalemiye*" şeklinde dörde ayrılacak olan devlet görevlilerinin "askerî sınıf" olarak adlandırılması da bundandır. "Askerî" demek, vergi vermeyen devlet

---

ı izâmım vüzerâsiyle yerler imiş. Ben ref' etmişümdür." Fatih kendinden önce ecdadının vezirleriyle yediklerini kendisinin kaldırdığını bildirir. Osman Gazi'nin omuzdaşlarıyla olan sohbeti Fatih devrinde mümkün değildir artık.

[7] ÂŞIKPAŞAOĞLU, s.28.

[8] ÂŞIKPAŞAOĞLU, s.191.

[9] ÂŞIKPAŞAOĞLU, s.67.

[10] ÂŞIKPAŞAOĞLU, ss.71-72.

[11] ÂŞIKPAŞAOĞLU, s.139.

görevlisi demektir. Bu görevliler kamuya değil sultana hizmet için mevcuttur. Fatih öncesi dönemde Bey omuzdaşlarıyla gazaya giden *primus interpares* (eşitler arasında birinci) iken Fatihten sonra Sultan mutlak otorite olacak, maaşlı ordu büyüyecek ve toplanan vergiler artacaktır. Kandaşların birlikte gazaya vardığı kuruluş devri ile maaşlı düzenli ordunun bulunduğu ilerleyen dönemler elbet farklı olacaktır. Eşitlikçi kandaş dönemde herkes gazada bir olduğundan vergi hem nitelik hem nicelik yönünden istisnadır. İmparatorluk döneminde ise devlet toplumsal bütünselliğin üzerinde yükselir. Sultan, halk ile bir sofrada yemez, ref etmiştir.[12]

Osmanlı Beyliği devrinin benzeri bir durum Regnum (krallık) devri Roma'da gözlemlenir. O devrin Roma ordusu kent ahalisinden oluşmaktadır. Bu askerler teçhizatlarını kendi ceplerinden karşılar. Bu nedenle ancak varlıklı Romalılar equitas yani atlı asker olabilir. O esnada yurttaş sayılmayan plebler askerlik yapmaz, dolayısıyla ganimetten de pay alamazlar. Bey/Rex diğer kentlerle ilişkiler kurar, dini seremonileri idare ederek tanrılardan esenlik diler, orduya komutanlık eder, zafer sonucu ele geçen ganimeti pay eder.[13] Res Publica (cumhuriyet) devrinin başlarında da kentliler arası ilişkiler dolaysızdır, henüz bir tüzel kişi olarak devletin ortaya çıktığı söylenemez. Her şey birlikte yapıldığından kamu harcaması için hazineye de ihtiyaç olmaz. Halkın hayrına olacak işleri görmesi beklenen Magistralık maaş almayan onursal bir makamdır.[14] Oysa ilerleyen dönemlerde genişleyen Roma'ya kent ahalisinden oluşan ordu yetmediğinde maaşlı lejyonerler istihdam edilecek, bu maaşları ödeyecek bir hazine için de vergilere ihtiyaç duyulacaktı. Yani gönüllü alp gazilerin yerini kapı kullarının aldığı ölçüde vergi kurumsallaşacaktır.

Günümüz mahkemelerinin şiarı "*Adalet mülkün temelidir*" öteden beri benimsenen bir devlet teorisine dayanır.[15] Daire-i adalet olarak bilinen bu teori Osmanlı'nın devlet-iktisat anlayışını özetler. "*Adldir mûcib-i salâh-ı cihan, Cihan bir bağdır dîvarı devlet, Devletin nâzımı şeri'attır, Şeri'ata olamaz hiç hâris illâ melik, Melik zapt eyleyemez illâ leşker, Leşkeri cem' edemez illâ mal, Malı cem' eyleyen râiyettir, Râiyeti kul eder pâdişah-ı âleme adl.*" Yani; *"Adalet bütün dünyanın düzenini temin eder, Dünya bir bahçedir duvarı devlettir, Devlet düzenini kuran hukuktur, hukuku ancak devlet korur, Devlet asker olmadan hükmedemez, Mal olmadan devlet ordu toplayamaz, Malı halk üretir, Halkı idare altına alan devletin adaletidir."*[16] Bu veciz ifadeyle belirtilen her madde tıpkı bir daire gibi bir sonraki maddeye dayalıdır (Adalet – Devlet – Hukuk – Asker – Mal – Halk – Adalet şeklinde). Bu maddelerden birinde oluşacak eksiklik tüm sisteme zarar verecektir. Fakat tüm maddeler için temel ve bağlayıcı unsur adalet olarak görülür. Adalet dünyanın düzenidir.[17] Yani, *"Adldir mûcib-i salâh-ı cihan".*

II. İMPARATORLUK DÖNEMİ VERGİ ANLAYIŞI

Şalvarı şaltak Osmanlı, eğeri alçak Osmanlı

Ekende yok biçende yok, yiyende ortak Osmanlı[18]

"Osmanlı devleti merkeziyetçi bir vergi idaresi kuramamış ve batılı anlamda, gelirleri düzenli ödenen vergilere dayanan bir "vergi devleti" olamamıştı. Bunun başlıca nedeni Osmanlı Vergi Sisteminin, toprak

[12] HASSAN, s.234; Bkz. Fatih Kanunnamesi.
[13] KARADENİZ, Özcan: Roma Hukuku, 15.basım, Yetkin, Ankara 2012, s.40.
[14] TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, ikinci basım, Der Yayınları, İstanbul 2001, s.4.
[15] Bu şiarın orijinali "El adlü esasül mülk" şeklinde olup İslâm hukuku uygulanan pek çok devlet tarafından benimsenmiştir. Aslen İslam Peygamberi veya Halife Ömer tarafından söylenmiş olduğu öne sürülür. Aynı veciz ifade Avrupa'da "Iustitia est fundamentum regnorum" olarak bilinir.
[16] KINALIZÂDE ALİ EFENDİ: Devlet ve Aile Ahlâkı, Baskıya hazırlayan: Ahmet Kahraman, Tercüman 1001 Temel Eser, no. 69, s. 283.
[17] FERGUSON, Heather: "*Genres of Power: Constructing a Discourse of Decline in Ottoman Nasihatname*", Osmanlı Araştırmaları, S. 2010-35, 2010, ss.81-116, s.90.
[18] Anonim. Burada ifade edilenin anonim oluşu söylenilenin ne derece yayılıp benimsendiğini de gösterir.

düzeni ve askeri düzenle iç içe geçmesiydi."[19] Osmanlı İmparatorluğu, zapt ettiği memleketleri uzmanlarına inceleterek tahrir defterleri hazırlar bölgenin üretim ve refahını arttıracak önlemler alır ve o eyalete özel bir kanun uygulamaya koyardı. Ardından uygulama üzerine gelen raporlarla değişikliğe gidilebilirdi.[20] Devlet örgütünü ucuza işletmek için tımar sistemi oluşturmuştu, böylece çoğu vergi nakdi değil ayni toplanarak yerinde değerlendirilirdi. Maaş bağlanan devlet görevlileri azdır, esas olan tımar usulüdür. Kadı dahi verdiği adalet hizmetine karşılık reayadan hüccet bedeli alarak geçimini sağlar, kadının rütbesi yükseldikçe daha kalabalık yerlere tayin edilerek geliri arttırılırdı. Vergiden muaf askeri sınıf devlet geliriyle birlikte kendi gelirini reayadan tahsil ederdi. Vergi sisteminde toprak düzeni ve askeri düzen iç içe geçmişliği bu ucuz devlet arzusundandır. Fakat askeri başarısızlıklar bu sistemin bozulmasına sebep olacaktır. *"Viyana'nın kuşatıldığı 1683 yılından imparatorluğun sona erdiği 1922 yılına kadar geçen süre 239 yıldır. Daralmanın ortalama hızı yıllık 4.000 km² civarındadır. Aynı sahanın fethi, genişleme döneminde (1354-1683) 329 yılda gerçekleşmiştir ki bunun da yıllık ortalaması 3.000 km² kadardır. Gidiş ve dönüş hızları arasındaki fark %25-30 civarındadır."*[21] Askeri başarısızlıklar sonucu mali olarak zorlanan devlet vergileri arttıracak, bu da yetmez gibi devlet görevlilerinin zulmü reayanın yarasına tuz basacaktır. "*Adalet*", Frederic Bastiat'ın da belirttiği gibi negatif bir kavramdır. Hukukun gayesi adaletin hüküm sürmesi değil zulmün hüküm sürmesine engel olmaktır. Zira kendi başına mevcudiyeti olan zulümdür, adalete ancak zulüm namevcut olduğunda erişilmiş olur.[22] Bu tanım, Sağlık-Hastalık dikotomisi üzerinden bakılacak olursa belki daha rahat anlaşılır. Hastalıkların da kendi başına bir mevcudiyeti vardır. Bu hastalıkları tek tek tespit edip üzerinde çalışır ve onlardan nasıl kurtulacağımızı keşfederiz. Sağlık, ancak bu hastalıklardan kurtulduğumuzda erişebileceğimiz bir haldir. O halde burada "*Zulüm*" ile anlatılmak istenilen esasen adaletin zıddıdır,[23] fakat Osmanlı bu kavramı askeri sınıfın reaya'ya karşı işlediği suçlar manasında kullanmaktadır.[24] Neticede vergi nedir bilmez Osman Gazi'nin kurduğu devletin hizmetlileri; "*ikramiye, ot baha, tahsildariye, mübaşiriye, ihzariye, müruriye, ondalık, kapu harcı, toprak bastı parası, kaftan baha, nal baha, teşrifiye, öşrî diyet, eşkıya teftişi, kolcu, sarafiye, akça başı, bayrak akçesi, mefruşat parası, kurban akçesi, avayid akçesi, narh akçesi, imhaliye, ağalık, yazıcı akçesi, harc-ı mahkeme, harc-ı muhasebe, hüddamiye, harc-ı ilâm, harc-ı hüccet, harcı defter, konak ve göçek akçesi, selâmetiye, zahire baha*" gibi çoğu uydurma vergiler toplayarak zulmeder.[25] Zulüm öyle artar ki; "*Özi valisi Mehmed Emin Paşa Yanboludan geçerken zahire bahası ve avaid-i saire namıyla bir akçe almayıp ahaliyi sıyanet etti*" denerek zulmetmeyen memur İstanbul'a müjdelenir.[26] Zulmetme imkânı olup da zulmetmeyen kişiler artık müstesnadır.

---

[19] ÖNCEL, Mualla: *Vergi Hukuku*, M.Öncel – N.Çağan – A.Kumrulu, AÜSBF Yayınları: 548, Cilt 1, Baskı 2, Ankara 1985, s. 10

[20] ALTUNDAĞ, Şinasi: "*Osmanlı İmparatorluğunun Vergi Sistemi Hakkında Kısa Bir Araştırma*", Ankara Üniversitesi Dil Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2 (1947), ss.187-197.

[21] GENÇ, Mehmet: Osmanlı İmparatorluğu'nda Devlet ve Ekonomi, 11.baskı, Ötüken Neşriyat, İstanbul 2014, s.35.

[22] BASTIAT, Frederic: Hukuk, çev. Yıldıray Arsan, 3. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2005, s. 22.

[23] MUMCU, Ahmet: Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı, AÜHFY, Ankara 1972, s. 3; *"Arapça bir ad olan zulüm (z-l-m), <bir şeyi kendinden başka yere koymak> anlamına gelir. Bir kimseye <adalet vermek yerine hakkını ondan esirgemek> zulüm kelimesinin esas anlamına uygundur. Bu noktadan hareketle, adalet duygularına aykırı işlerde bulunmak, gadir, eziyet, haksızlık etmek gibi kavramlar da zulüm kelimesiyle belirtilmiş ve bu ad tüm İslâm dünyasında benimsenmiştir. (…) Zulüm, her çeşit haksızlık ve eziyeti içine alan, çok geniş kapsamlı bir ad olarak karşımıza çıkıyor. Erkeğin kadına, satıcının alıcıya, babanın çocuğa <zulmetmesi> mümkündür."*

[24] MUMCU, s.5 "*Zulüm Suçlarının Tanımı*" başlıklı bölüm.

[25] MUMCU, s.13.

[26] MUMCU, s.43.

İslâm hukuku tarihinde vergi, hizmet karşılığı beklenen bir yükümlülük değil can ve mal güvenliğinin bedeli olarak görülmüştür. Halk koruma karşılığı vergi vererek Sultana riayet ettiğini gösterir.[27] Reayanın gözünde mal sevdası hor görülür.[28] Dünya fâni, kefenler cepsiz, rızık veren Allah'tır. Rızık, insanın emeğine değil Yaradan'ın takdirine dayanır. Allah'ın işine akıl sır ermez, kul aramasa da rızık sahibini bulur.[29] Kanuni Sultan Süleyman'ın dahi *"Ben ölünce bir elimi tabutumun dışına atın. İnsanlar görsünler ki padişah olan Süleyman bu dünyadan eli boş gitmiştir"* dediği rivayet olunur. Daire-i adalet ile resmedildiği gibi halk üretecek, devlet kollayacaktır. Fakat bu adalet anlayışı sadece cüzî olmakla kalmaz küllîdir, yani kazaî olduğu kadar içtimaîdir de. Çünkü "*Melik zapt eyleyemez illâ leşker, Leşkeri cem' edemez illâ mal*" yani Sultan asker olmadan hükmedemez, mal olmadan ordu besleyemez, üstelik bu asker de Sultanın hükmettiği memlekette yetişen insandır. "*Râiyeti kul eder pâdişah-ı âleme adl*", yani Sultan adil bir düzen sağlarsa halk ona itaat eder. Öyleyse Sultan ahalinin malını ve canını korumakla kalmamalı onların sefil olmalarına da engel olmalı halkın refahını düşünmelidir. Bu sadece basit popülist bir söylem değil Osmanlıların gözünde ordu-devlet sistemini yürütmenin tek yoludur. Hem halkın hem devletin tüketeceği mal piyasada bulunmalı, kıtlık-yokluk engellenmelidir. Bu çerçevede Osmanlı iktisat politikası iaşe/provizyon ilkesine dayanır.[30] İaşe ilkesine göre üretimin esas amacı kâr etmek değil insanların ihtiyacını karşılamaktır. Piyasada mal arzının yüksek tutulması esas hedef olduğundan ithalat vergisi düşük, ihracat vergisi yüksek tutulur. Tımar beyi sayım yapmadan ürün tarladan kaldırılmaz, vilayet ihtiyacı karşılanmadan üretilen mal o vilayet dışına çıkartılamaz, pazara giden mal ve emek[31] belirlenen narha aykırı satılamaz. Bu şartlar altında sermaye birikimi mümkün olamaz ki zaten merkezin isteği de bu yöndedir. Reaya, millet sistemi ve esnaf loncaları içinde adeta bir ordu gibi düzenlenir. Mülkiyeti Sultanın olan tarlalar ekmeleri için reaya arasında birbirine yaklaşık ölçülerde pay edilir. Narh ile vergiler esnaf ve tüccarın fazla servet biriktirmesine engel olur. Böylece kimse ne zengin olur ne fakir düşer ve adalet sağlanır. Reayanın gözünde mal sevdasının hor görüldüğü yönündeki iddianın gerçekten ispatı mümkün olmasa da tüm iktisadi yapılanmaya hâkim olan devletin mal sevdasına pek imkân bırakmadığı ve bu nedenle mal sevdasının hor görülmesini *sklavenmoral* (köle ahlakı)[32] şeklinde görmemiz de mümkündür. Yani kedi uzanamadığı ciğere mundar demektedir.

---

[27] ORTAYLI, İlber: Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 3.baskı, Cedid Neşriyat, Ankara 2008, s.66.; "*Mamafih Ortadoğu imparatorluklarında asayiş hizmeti, yolların güvenliğinin sağlanması sorunu, köprü, han, hamam gibi bazı tesislerin de yapılmasını gerektirmiştir. Ancak bu hizmetler de büyük ölçüde vakıflar tarafından yerine getiriliyordu.*"

[28] ÇAKMAK, Diren: Osmanlı İktisat Düşüncesinin Evrimi, 2.baskı, Libra Kitap, İstanbul 2011, s.48; *"Osmanlı iktisat zihniyetinde; mal, servet ve emek kendi başına ve kendi cevherinde mutlak bir değer taşımaz. Ancak kendinden üstün bir amacın gerçekleşmesinin aracı olduğu oranda değerli sayılır. Mal, yaşamda huzur içindir; yaşam, mal biriktirmek için değildir."*

[29] ÇAKMAK, s.52

[30] GENÇ, ss.39-48; Mehmet Genç, Osmanlı Devleti'nin iktisadi hayatla alakalı kararlarında iaşe (provizyonizm), gelenekçilik (tradisyonalizm) ve fiskalizm olmak üzere üç ana ilke tespit eder. Bu durum sermaye birikimi için engeldir.

[31] FAROQHI, Suraiya: Türkiye Tarihi -2- Osmanlı Devleti (1300-1600), M.Kunt – S.Faroqhi – H.G.Yurdaydın – A.Ödekan, Ed. Sina Akşin, 7.baskı, Cem Yayınevi, İstanbul 2002, s.191; *"Resmi inşaat işlerinde çalışan usta ve işçilerle ilgili olarak ücretler konusunda bazı verilere sahip bulunmaktayız. Bunlar 16. Yüzyılın ikinci yarısında sürekli artan fiyatlara ve Osmanlı idaresince saptanan ücretlere ayak uyduramamıştır. Aynı gelişme 16. Yüzyıl Avrupa'sında da görülmüştür. Enflasyondan dolayı ciddi kayıplara uğrayan ustaların bu durumdan hiç hoşnut olmadıkları anlaşılmaktadır. 1588 yılında ücretlerin ustaların baskısı altında yeniden ayarlanmasıyla sonuçlanan sıkı pazarlıkların yapıldığı görülmektedir. Artışları ilan eden fermanın sonunda belirlenen ücretlerle çalışmayı reddedenlerin cezalandırılacakları ilan edilmiştir, bu tehdit ise 'fiyat devrimi' dolayısıyla esen gergin havanın bir belirtisi sayılabilir*." İşçi ücretleri de narh ile belirlenebilmekte, lonca bu fiyatların belirlenmesinde adeta bir sendika gibi hareket etmektedir.

[32] NIETZSCHE, Friedrich: The Genealogy of Morals, Translated by Horace Samuel, Boni and Liveright Publishers, New York 1887, s.16-18.

"Lonca sistemi demek, üretim ve tüketimin sınırlandırılmasına yönelik bir ekonomik düzen, yani feodal düzen demektir. Gerek tüketim ve gerekse üretimin sınırlandırılması ise, a. Fiyatta serbestî olmaması (fiyatların seviyesi tespit edilir), b. Kalitenin sabit bir ölçüye göre tespiti, c. İşgücü, işçi sayısının sınırlandırılması ve dolayısiyle mamûl madde arzının sınırlandırılması demektir. Bunun bütün nedeni, hammadde darlığı ve kırsal alanda bir fazla yaratılamadığından alıcı sayısının düşüklüğüdür. Eğer üretim miktarı serbest bırakılırsa, bazı üretim dalları kıt olan hammaddeyi çeker, bu da zincirleme etkilerle diğer zanaat dallarında ihtiyaç duyulan hammaddenin azalmasına sebep olur. Onun için devlet loncalarla müştereken gerek kalite normlarının ve gerekse fiyatların tespitine dikkat eder ki, buna narh işlemi diyoruz. Böylece istihdam, kalite, üretim miktarı ve fiyat üzerindeki bu denetimle rekabet önlenirdi. Çünkü muhtemel işsizlik ve iflâstan çok çekinilirdi."[33]

"Kırsal sanayi, şüphesiz daha önceki dönemde de mevcuttu, ama pek gelişme imkânı bulamamıştı. Bunda Klasik Osmanlı İktisadi Sistemi'nin, provizyonizme uygun olarak biçimlenmiş yapısının payı vardı. Yeterli toprağa sahip küçük köylü ailelerinin hâkim tip olarak benimsenmiş olması, insan/toprak oranının düşüklüğü, zirai toprakların devlet mülkiyeti altında mübadele dışı tutulması, zirai emek mobilitesinin devlet kontrolünde engellenmesi gibi şartlar kırsal sanayinin gelişmesine pek elverişli olmamıştı. Bu nedenle kırsal sanayi zirai imkânların sınırlı olduğu dağ köylerinde, hayvancılığın hâkim bulunduğu veya nüfusun yoğun olduğu yerlerde mevzii bir gelişme imkânı bulabilmişti. Bu bölgelerde de genellikle yaygın olan sınai üretim tipi, köylülerin kendi ürettikleri veya satın aldıkları hammaddeyi işleyip kasaba pazarına bizzat getirerek satmaları tarzından ibaretti. Daha ileri düzeyde gelişebilmesi ve yaygınlık kazanabilmesi ihracatın büyümesine bağlı idi. Osmanlı mamullerinin satılabileceği dünya çok sınırlı idi ve merkantilist korumacı Batı'nın karşısında, aktif bir ihracatçı politika takip edildiği takdirde ancak genişletilebilirdi. Oysa, Osmanlı iktisadi sistemi için ihracat, provizyonizmi gereği vergilendirilen, sınırlandırılan, hatta birçok hallerde engellenen marjinal bir sektördü"[34]

Çiftçi yüksek bir vergi olan *çift bozan akçesi*ni ödemeden tarlasını terk edemez. Esnaf olmak için loncaya kaydolmak gerekir ama onun da üye sayısı kısıtlıdır.[35] Fırtınalar, korsanlar, vergiler nedeniyle ticaret riskli iştir.[36] Sosyal yapı böyle durağanken yükselmenin yolu ya okuyup âlim[37] olmak ya da gazaya varıp yağma etmektir,[38] ama askeri başarısızlıklar bu yükselişi de tatminkâr olmaktan çıkartır. Amerika'nın keşfi, ticaret yollarının kayması, Avrupa'nın merkantalistleşmesi,[39] Akdeniz piyasasına giren bol gümüş ile akçenin

[33] ORTAYLI, s.299.
[34] GENÇ, s.229.
[35] Bkz. Gedik, gedikli olmak.
[36] VOLTAIRE: Türkler Müslümanlar ve Ötekiler, Ed. Osman Yenseni, 2.baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1975, ss.115-116; "*Bizler her zaman Türklerin ayağına gideriz, onlar ise bir kez olsun batıya gelmezler; bu bizim ihtiyaçlarımızın açık belirtisidir. Doğu iskeleleri ticaret filolarımızla doludur. (…) Türkiye'de devlet işlerine harcanan paralar, Fransa ve İngiltere hükümetlerinin sarf ettiklerinin üçte birini tutmaz. Ancak, bu iki devletin kültürleri daha yüksek, sanayileri daha gelişken, ciroları daha dolgun, ticaretleri daha geniştir*." Voltaire 18.yy. Avrupa'sından Türklerin ticaretle fazla uğraşmadığını gözlemler.
[37] Ulemanın tekili âlim ile kastedilen kadılık yahut müderrisliktir.
[38] ŞANDA, Hüseyin Avni: Reaya ve Köylü, Habora Kitabevi, İstanbul 1970, s.46; *"Bu itibarla reayanın bulunduğu toprağa bağlanması reaya sayısının azalmamasını (sahibiarz)ların çıkarını icap ettirmekte idi. Lütfü Paşa, Ata ve dededen sipahi olmıyanların sipahi yapılmamasını ileri sürdükten sonra diyor ki: <O zaman herkes raiyyetlikten kaçıp sipahi olmak lâzım gelir. Raiyyet kalmayınca irad-ı padişahı kıllet bulur.> O halde ne olmalı idi? Reaya, sipahi beylerinin topraklarında sipahi beylerinin reayası olarak kalmalıydı."* Nitekim erken dönemin aksine gazaya varmak da artık zor iştir.
[39] SMITH, Adam: Milletlerin Zenginliği, çev. Haldun Derin, cilt III, Maarif Vekaleti, Marif Basımevi, Ankara 1955, s.7; "*Tâcirlerle sanayicilerin yalnız yurtiçi piyasayı avuçlarına almakla gönülleri hoş olmaz. Bunlar, mallarını uçsuz bucaksız yabancı pazarlarda da satmak isterler. Memleketlerinin, yabancı milletler üzerinde nüfuzû bulunmadığı için, kendilerine oralarda seyrek olarak bir tekel sağlıyabilirler. Ondan dolayı, tâcirlerle sanayiciler, umumiyetle, ihracat*

değer kaybetmesi gibi sebeplerle daha evvelden düzgün işleyen bu sistem bozulmaya başlar. Memurların ve ordunun büyük bölümüne merkez hazineden maaş ödenmek yerine arpalık ve tımar tahsisi zulme kapı aralayacak, vergiler artacak, artan vergileri ödeyemez hale gelen köylü *celâli* olup ayaklanacaktır. Celali ayaklanmaları tarıma dayalı Osmanlı ekonomisini daha da zorlayacaktır.

III. İMPARATORLUK DÖNEMİ VERGİLER

Osmanlı Hukuku'nun iki kaynağı vardır; Şerîat ve Örf. Bu nedenle vergiler de şer-î ve örfî olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlara ek olarak *tekâlif-i şakka* denilen *avarız-ı divaniye* vergiler vardır ki, örfî kanunlarda ve şerîatte yeri olmadığından istisnai yükümlülüklerdir.[40]

"*Örf ve Şerîat arasında Osmanlı hangisini üstün tutmuştur?*" Tartışmasına girilmesine gerek yoktur, uygulamada zamana ve zemine göre hareket edilmiştir. Bunun meşhur örneği *Kanunname-i Âli Osman'*da belirtilen kardeş katli meselesidir. Kanunname kardeş katlinin İslâm'a uygun olduğunu belirtir oysa İslâm hukukunda cinayet suçtur.[41] Hele ki günahsız çocukların öldürülmesine meşruiyet sağlayacak bir hüküm İslâm hukukunda bulunamaz. Anlaşılacağı üzere Osmanlı ne Şeriat devletidir, ne de Seküler devlet. Toplumsal hayatın düzenlenmesinde her iki hukuk da iktidarın uygun gördüğü şekilde uygulanmıştır. Ahali, İslâm hukukuna uygun şekilde Müslüman ve Zımmi olarak ayrılmış, hak ve yükümlülükler millet statüsüne göre tesbit edilmiştir. Bu nedenle vergiler de kişinin inancına göre alınmıştır.[42] Devlet kişilerle olan münasebetini sadece kendi ülkesinde değil sınırları dışında da dine göre düzenlemiştir. İslâm hukukunca üç tür ülke vardır; *Dar-ül İslâm* yani İslâm ülkesi, *Dar-ül Harb* yani gaza edilecek ülkeler ve bu iki kategori arasında kalan *Dar-ül Ahd* veya *Dar-ül Sulh* yani sulh yapılmış ülkeler. Bu halde cihat Allah'ın emri, küffarla sulh istisnadır. Dolayısıyla *Dar-ül İslâm*'ın hazinesi diyebileceğimiz *Beyt-ül Mal* için savaş gelirleri önemlidir. Bunlar gaza ile elde edilen ganimetin beşte bir hissesi[43] ve boyun eğdirilen gayrimüslimden alınan kafa vergisi *Cizye'*dir.[44] Toplanan vergilerin çoğu toplandığı yerlerdeki ihtiyaçları karşıladıktan sonra arta kalanlar merkeze gönderilirken, cizye doğrudan merkeze gider. Eğer küffarla ticaret yapılacaksa ahidname yani kapitülasyon şarttır, yoksa o tacir harbî statüsünde olur ve *Dar-ül İslâm*'a girdiğinde malı yağmalanıp cezalandırılır. Bu ahidle yabancı tacir cizye veren zımmi gibi Sultanın güvencesi altına girer.[45] Oysa Müslüman tüccar için yerli yabancı ayrımı yoktur, Semerkantlı tüccar Bursalıyla aynı gümrük vergisini öder. İslâm hukukunda zekât da bir vergi olarak görülür fakat Osmanlı zekât adıyla bir vergi toplamaz. Nitekim Beylik döneminde görüldüğü üzere II.Murad zekât ve sadakayı yoksulun hakkı olarak görüp kendisi için helal lokmadan saymaz. Bunlardan başka Müslümandan *öşür*, Gayrimüslimden *harac* alınır. Bunlar tarım ürünlerinden alınan hisselerdir, ancak alınacak hisse toprağın verimliliğine göre değişir. Bu halde Osmanlı'nın topladığı şer-î vergiler; Öşür, Haraç ve Cizyedir.[46]

---

için bir takım teşviklerde bulunulmasını dilemekle yetinmek zorundadırlar." Yani Osmanlı yüksek ihracat – düşük ithalat vergileri uygularken Avrupa bunun tam tersini yapar ve hatta ihracatçıyı teşvik eder.

[40] ORTAYLI, s.134.

[41] Kur'ân-ı Kerîm, Nisâ Suresinin 93. Ayeti; *Kim de bir mümini isteyerek öldürürse, artık onun cezası cehennemde ebedi kalmaktır. Allah, ona gazap etmiş, lanetlemiş ve büyük bir azap hazırlamıştır*.

[42] KENANOĞLU, Macit: "*Is Millet System a Real1ty or a Myth? The Legal Position of the Non-Muslim Subjects and Their Religious Leaders in the Ottoman Empire*", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S.2011-12, 2011, ss.17-38, s.22.

[43] Kur'ân-ı Kerîm, Enfâl Suresinin 41. Ayeti; *Şunu da bilin ki, eğer Allah'a ve hak ile batılın ayrıldığı gün, iki ordunun çarpıştığı gün kulumuza indirdiklerimize iman etmiş iseniz, ganimet olarak aldığınız herhangi birşeyin beşte biri Allah'ındır, peygambere, yakınlarına, yetimlere, yoksullara ve yolda kalmışlara aittir.*

[44] Kur'ân-ı Kerîm, Tevbe Suresinin 29. Ayeti; *Kendilerine kitap verilenlerden oldukları halde Allah'a ve ahiret gününe inanmayan, Allah'ın ve Peygamberinin haram ettiğini haram tanımayan ve hak dinini din edinmeyenlere küçülmüş oldukları halde kendi elleriyle cizye verinceye kadar savaşın!*

[45] ORTAYLI, s.338.

[46] Geniş bir zamana ve zemine yayılan bu vergilerin miktarları değişim gösterdiği için, kaç akçe ettikleri belirtilmemiştir.

Şer-î vergiler; Kur'ân, Sünnet, İcma ve Kıyas'a dayanır. Örfî vergilerin kaynağı ise kanunnamelerdir. Fakat imparatorlukta her vilayetin kendine has kanunnameleri olur ve kimi vergiler bu kanunnamelerde belirtilirdi. Erdel, Eflak, Boğdan, Kırım, Ragusa gibi özerk devletler, Cezair-i Bahri Sefid (kaptan paşa eyaleti), Kıbrıs (Veziri Azam hası), Hicaz (Mukaddes topraklar) gibi farklı statüdeki eyaletler vergiler açısından birbirine benzemezler. Bu nedenle örfî vergileri belirtmek kolay değildir. "*Homojen bir Osmanlı 'idare hukuku' yoktu ve örfi hukuk eyaletlere göre değişiyordu. (Fransız ihtilâli öncesi Avrupası'nda da durum buydu) Bu yüzden Osmanlı idari sistemi bir bütünlük içinde bilinmiyordu*."[47] Fatih Kanunnamesi olarak da bilinen, *Kanunname-i Ali Osman*, devletin müesseselerini tanımlayıp devlet hizmetlilerinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasal bir belgedir. Fatih'in "*atam dedem kanunudur*"[48] dediği bu kanun, örfî hukukun oluşum ve işleyişini tarif eden genel bir kanundur. Kanunname-i Ali Osman'dan gayrı, reayanın hukukunu tespit eden bir Fatih kanunnamesi daha vardır ki *Reaya Kanunnamesi* olarak bilinir. Halkın tabi olduğu ceza ve vergileri tespit eden bu kanunname Fatih dönemi uygulanmış genel bir kanunnamedir. Bu kanunun ilk üç bölümü çeşitli suç ve cezalara, dördüncü bölüm ise vergilere ilişkindir. Burada söz konusu olan vergi sistemi, şer-î ve örfî vergileri içine alan çift sistemidir.[49] "*Bir çift yılda üç hizmet veya üç akçe vere*. *Bir orak ve bir döğen ve bir kağnı odun ve boyunduruk resmi iki akçe vere. Bu yedi kullukdan ötürü akçe alınsa, yirmi iki akçe alına.*"[50] Burada yedi kulluktan kast edilen; 3 hizmet + 1 orak + 1 döğen + 1 kağnı + 1 boyunduruk = 7 günlük ücretsiz iş görmedir. Fakat çiftçi 22 akçe bedel ödeyerek bu angaryadan kurtulabilir. Fakat eğer *çeltükci* yani pirinç çiftçisi ise üç gün angarya veya altı ila dokuz akçe ödemekle mükelleftir.[51] Benzer şekilde sanat ehli de sadece üç hizmet veya üç akçeyle mükelleftir.[52] Bu esnada gayrimüslim çiftçi yirmi beş akçe *ispençe* ile mükelleftir.[53] Çift akçesine ilişkin maddenin ardından "*bennakden üç veyahut altı veya dokuz akçe alına*"[54] belirtilir. Bennak resmi evli erkeklerden alınan vergidir, kişinin gelir düzeyine göre alınması amacıyla üç ila dokuz akçe arasında tespit edilmiştir. Aynı kanunda cezalar da kişinin gelir düzeyine göre tespit edilmektedir.[55] Ardından tahtacılardan ve arabacılardan alınacak vergiler belirtilir. Tatar ve yörük, eşkinci olduğu yani sefere katıldığı için bu vergiden muaf tutulur.[56] Pamuk, keten, hububat ve şehirlerdeki bağlardan onda (öşür) alınması, değirmenlerin vergiye tabi olduğu da Fatih Kanunnamesinde belirtilir.[57] Daha sonra yürürlüğe girecek Selim Kanunnamesi, Süleyman Kanunnamesi, Ahmet Kanunnamesi de benzer düzenlemeler yapan genel kanunnamelerdir.[58] İmparatorluk devri boyunca takip edilen usul ve esaslar Fatih Sultan Mehmet tarafından oluşturulmuş ve 19. yüzyıla değin sürdürülmüştür.

---

[47] TİMUR, Taner: Osmanlı Çalışmaları, V Yayınları, Ankara 1989, s.69.

[48] FATİH SULTAN MEHMED: Kanunnâme-i Âl-i Osman, Ed. Abdülkadir Özcan, Kitabevi, İstanbul 2003, s.3; "*Bu Kanunname atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur*" Fatih bu kanunname ile daha önceden mevcut olmayan müesseseler icad etmekte fakat kanun meşruiyetini sağlamak için atalarının örfüne dayanmaktadır.

[49] İNALCIK, Halil: Osmanlı Tarihinde İslâmiyet ve Devlet, 2.baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2016, s.73.

[50] AKGÜNDÜZ, Ahmed: Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuk Tahlilleri I. Kitap, Fey Vakfı, 1990 İstanbul, s.351.

[51] AKGÜNDÜZ, s.352; Pirinç çiftçisi kimi yükümlülüklerden muaf tutularak pirinç üretimi desteklenir. Pirinç her yerde yetişmeyen değerli bir üründür. Günümüzde Çin, Hindistan, Endonezya gibi Güneydoğu Asya ülkelerinin yüksek nüfusu ancak pirinç tarımıyla sağlanabilirdi.

[52] AKGÜNDÜZ, s.353; Terzi, ayakkabıcı gibi sanat ehli diye belirtilen esnaftan yedi yerine üç hizmet talebi doğaldır, zira geri kalan dört hizmet çiftçiliğe dairdir. Ayrıca narha uyan esnafın hizmet adı altında güç işlere koşulmaması gerektiği belirtilir.

[53] AKGÜNDÜZ, s.355.

[54] AKGÜNDÜZ, s.351.

[55] AKGÜNDÜZ, s.347; Zina suçu işleyen bin akçe veya üzerine gücü yeten bey (yani varlıklı) ise üç yüz akçe, orta halli ise iki yüz akçe, daha aşağı halliceyse yüz akçe, daha aşağı halliyse elli akçe, çok fakirse kırk akçe para cezası öder.

[56] AKGÜNDÜZ, s.351.

[57] AKGÜNDÜZ, ss.352-353.

[58] Örneğin Selim Kanunnamesinde çift akçesinin kırk iki akçeye kadar çıktığı görülür. "I.Selim Kanunnamesi", Ed. Selami Pulaha ve Yaşar Yücel, Türk Tarih Kurumu, Ankara 1988, s.21; *"Fasl-ı rabi der beyan-ı reaya ve resm-i zemin;*

Osmanlı vergileri kaynakları açısından şer-î ve örfî olarak ayrılsa da aynı kanunnamelerle uygulanmıştır. Örneğin, şer-î vergi olan öşür ile örfî bir vergi olan bennak resmine ilişkin hükümler Fatih Kanunnamesinde peş peşe gelirler. Fakat *tekâlif-i şakka* da denilen *avarız-ı divaniye* vergiler örfî kanunlarda ve şerîatte yeri olmayan yükümlülüklerdir.[59] Kriz anında maliyenin ihtiyacını karşılayacak istisnai vergiler olarak ortaya çıkmıştır. Avarız arızanın çoğulu, *Arızî* ise *Esasî*'nin zıddıdır. O halde avarız, esasen uygulanmayan istisnaen uygulanan anlamına gelir. Avarız akçesi hane başına dört-beş yılda bir alınan vergidir. Sekban, azeb, kürekçi gibi paralı askerin ücretini karşılamak için toplanırdı. İhtiyaç duyulduğu zaman taşrada halktan gönüllü toplanan sekban "*yerli kulu*" olarak da bilinirdi. Sekbanlar sadece istihdam edildikleri esnada ulufe alırlardı.[60] Teknik ve mali açıdan gelişen Avrupalıların tüfekli piyade sayılarını arttırmaları harp dönemleri Osmanlıları sekban istihdamına zorluyor, fazladan paralı asker fazladan vergiyi beraberinde getiriyordu. Bununla beraber *tekâlif-i şakka* sadece olağanüstü hallerde toplanan vergilerden ibaret değildir. Seferdeki ordunun ihtiyacını karşılamak için ahaliden kimi ürünler iştirâ veya sürsat adıyla devletin belirlediği fiyattan (zorla) alınırdı.[61] Böylelikle bir yandan gelirler arttırılıp bir yandan giderler azaltılarak savaş döneminin yüksek maliyetiyle başa çıkılmaya çalışılırdı.

SONUÇ

Netice itibariyle Osmanlı Devleti için bir kuruluş tarihinin belirlenmesi oldukça zordur. Fatih Sultan Mehmed devrinden evvel kimi vergiler görülse de vergilendirmenin kurumsallaşıp bu yönde bir algının oluştuğu tartışmalıdır. Zira kişinin değil kurumun esas olduğu uygarlık platformuna geçiş vakit almaktadır. Uygarlık öncesi toplumdaki primus inter pares şahsi meziyetleri sebebiyle takip edilirken uygar bir toplum yöneticisinin meziyetleri içinde bulunduğu kurumun önüne geçmez. Bu nedenle uygar toplumda bir çocuk ya da deli devletin başına geçebilirken kandaş toplumda böyle bir uygulama görülmez. Kandaşlar her işi beraber yapar, vergi ve tüzel kişi bilmez. Uygar ise doğrudan ilişki yürütemeyecek kadar kalabalık toplumların hiyerarşik örgütlenmesiyle işbirliği yapabilecek, bu işbirliğini tüzeye dayandıracaktır. "*Etrak-ı bî idrak"* yani "*Akılsız Türkler*" lafı iktisat politikasına uymayan göçebelere karşı öfkeyi gösterir. Han hamam nedir bilmez, yerleşip vergi vermez bu insanlar Osmanlı hanedanı ile aynı kökten gelir ama Osmanlının aksine kafaları uygarlığa ermez, kandaş hayat sürdürürler. Yanlış anlaşılmasın, "*uygar olmayan*" (kandaş) sözü burada pejoratif anlamda kullanılmamakta, "*sınıflı-devletli toplum yapısına yabancı kimse*" anlamında kullanılmaktadır. Göçebe Türkler devleti idrak edemediği, vergi verip sisteme dâhil olmadığı için "*Etrak-ı bî idrak"* olarak anılır. Oysa Osman Gazi ve omuzdaşları da başlangıçta böyle yazı bilmez[62], devlet bilmez, vergi bilmez, yerleşip yatuk olmayı hor görür, asabiyeti yüksek, mücadeleci Türklerdir. Osman'ın oğullarına miras bıraktığı mallar son derece mütevazıdır, çünkü o biriktirmez paylaşırdı.[63] Bu

---

İmdi reayadan resmi çift martda alınır ve resmi çift dahi bazı livada otuz altı akçedir ve nim çift nısf-i zaliktir. Amma Liva-i Hamidde resmi çift kırk iki akçedir." Selim Kanunnamesi, genel kanun olsa da bölgelere göre değişen vergi oranları vermektedir. Bu da tarıma dayalı ekonomi için kaçınılmaz bir gerekliliktir. Her bölgede coğrafi imkânlara göre elde edilen ürün miktarı değişim göstermektedir. Tüm bölgelere aynı vergi oranları uygulansa ya kimi yerlerde fazla vergi toplanarak üreticiye zarar verilir ve uzun dönemde vergi gelirleri düşerdi, ya da alınması mümkün olandan daha az vergi toplanırdı. En iyi halde dahi, belirli bölgeler vergi açısından avantajlı konuma yükselip göçü teşvik eder ve göç veren bölgelerde üretimin düşüşüne neden olurdu. Oysa Osmanlıda arzu edilen çiftliklerin boş kalmamasıydı.

[59] ORTAYLI, s.134.

[60] ÖZCAN, Abdülkadir: "Sekban", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sekban> Erişim Tarihi (18.08.2021).

[61] ORTAYLI, ss.140-141.

[62] SAKAOĞLU, Necdet: Bu Mülkün Sultanları, Oğlak yayıncılık, üçüncü baskı, İstanbul 2000, s.31; "*kendisine bağışladığı köy için berat isteyen derviş Turgut'a okuyup yazma bilmediğini söyleyerek nişan olmak üzere kılıç ve maşrapa vermesi*"

[63] ÂŞIKPAŞAOĞLU, s.42; "*Akça ve altın hiç yok. Osman Gazinin bir sırtlak tekelesi vardı, yenice idi. Bundan başka bir yancığı, tuzluğu, kaşıklığı, bir sokman çizmesi, birkaç iyice atları ve birkaç sürü koyunu vardı.*" Yani yelek, çanta, çizme, kaşık, tuzluk gibi şahsi eşyalardan ibarettir koca Osman Gazinin terekesi.

onun şahsi meziyeti değil kandaş örgütlenmenin gereğidir. Devlet ve sınıf bilmez kandaş toplum içerisinde komşusu açken tok yatan olabilemezdi. Eşitlikçi kandaş yapıdan kopup yükselen Osmanlı, buyurgan vergi tahsildarına döner. Kandaşlıktan uygarlığa geçişi yani devletin oluşumunu idrak edemeyen göçebeler Osmanlı mali sistemine uyum sağlayamazlar. Fatih dönemine kadar eşkinci olmaları sebebiyle kimi vergilerden muaf olan Tatar ve Yörük, mali sıkıntılar nedeniyle yeni vergilerle karşılaşır. İlerleyen dönemde Osmanlı idaresi üretime dâhil olup vergi ödemeyenleri, Avşar Türkleri gibi zorla iskân edecektir;

Kalktı göç eyledi Avşar elleri

Ağır ağır giden eller bizimdir

Arap atlar yakın eder ırağı

Yüce dağdan aşan yollar bizimdir

Belimizde kılıcımız kirmani

Taşı deler mızrağımın temreni

Hakkımızda devlet vermiş Fermanı

Ferman padişahın dağlar bizimdir

Dadaloğlum yarın kavga kurulur

Öter tüfek davlumbazlar vurulur

Nice koç yiğitler yere serilir

Ölen ölür kalan sağlar bizimdir[64]

Kaynakça

AKGÜNDÜZ, Ahmed: Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuk Tahlilleri I. Kitap, Fey Vakfı, 1990 İstanbul.
ALTUNDAĞ, Şinasi: "*Osmanlı İmparatorluğunun Vergi Sistemi Hakkında Kısa Bir Araştırma*", Ankara Üniversitesi Dil Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2 (1947), ss.187-197.
ÂŞIKPAŞAOĞLU: Âşıkpaşaoğlu Tarihi, Ed.Nihal Atsız, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları: 604, Ankara 1985.
BASTIAT, Frederic: Hukuk, çev. Yıldıray Arsan, 3. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2005.
ÇAKMAK, Diren: Osmanlı İktisat Düşüncesinin Evrimi, 2.baskı, Libra Kitap, İstanbul 2011.
FAROQHI, Suraiya: Türkiye Tarihi -2- Osmanlı Devleti (1300-1600), M.Kunt – S.Faroqhi – H.G.Yurdaydın – A.Ödekan, Ed. Sina Akşin, 7.baskı, Cem Yayınevi, İstanbul 2002.
FATİH SULTAN MEHMED: Kanunnâme-i Âl-i Osman, Ed. Abdülkadir Özcan, Kitabevi, İstanbul 2003.
FERGUSON, Heather: "*Genres of Power: Constructing a Discourse of Decline in Ottoman Nasihatname*", Osmanlı Araştırmaları, S. 2010-35, 2010, ss.81-116.
GENÇ, Mehmet: Osmanlı İmparatorluğu'nda Devlet ve Ekonomi, 11.baskı, Ötüken Neşriyat, İstanbul 2014.
HASSAN, Ümit: Osmanlı, 2.baskı, İletişim Yayınları, 2001 İstanbul.
İNALCIK, Halil: Osmanlı Tarihinde İslâmiyet ve Devlet, 2.baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2016.
KARADENİZ, Özcan: Roma Hukuku, 15.basım, Yetkin, Ankara 2012.
KENANOĞLU, Macit: "*Is Millet System a Real1ty or a Myth? The Legal Position of the Non-Muslim Subjects and Their Religious Leaders in the Ottoman Empire*", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S.2011-12, 2011, ss.17-38.

[64] Dadaloğlu.

KINALIZÂDE ALİ EFENDİ: Devlet ve Aile Ahlâkı, Baskıya hazırlayan: Ahmet Kahraman, Tercüman 1001 Temel Eser, no. 69.
MORGAN, Lewis Henry: Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery, through Barbarism to Civilization, Henry Holt and Company, New York, 1877.
MUMCU, Ahmet: Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı, AÜHFY, Ankara 1972.
NIETZSCHE, Friedrich: The Genealogy of Morals, Translated by Horace Samuel, Boni and Liveright Publishers, New York 1887.
ORTAYLI, İlber: Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 3.baskı, Cedid Neşriyat, Ankara 2008.
ÖNCEL, Mualla: *Vergi Hukuku*, M.Öncel – N.Çağan – A.Kumrulu, AÜSBF Yayınları: 548, Cilt 1, Baskı 2, Ankara 1985.
I.Selim Kanunnamesi, Ed. Selami Pulaha ve Yaşar Yücel, Türk Tarih Kurumu, Ankara 1988.
ÖZCAN, Abdülkadir: "Sekban", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sekban> Erişim Tarihi (18.08.2021).
SAKAOĞLU, Necdet: Bu Mülkün Sultanları, Oğlak yayıncılık, üçüncü baskı, İstanbul 2000.
SMITH, Adam: Milletlerin Zenginliği, çev. Haldun Derin, cilt III, Maarif Vekaleti, Marif Basımevi, Ankara 1955.
ŞANDA, Hüseyin Avni: Reaya ve Köylü, Habora Kitabevi, İstanbul 1970.
TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, ikinci basım, Der Yayınları, İstanbul 2001.
TİMUR, Taner: Osmanlı Çalışmaları, V Yayınları, Ankara 1989.
VOLTAIRE: Türkler Müslümanlar ve Ötekiler, Ed. Osman Yenseni, 2.baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1975.

KASTEN ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARININ CANAVARCA HİSLE İŞLENMESİ SUÇ TİPİNDE FAİLİN CEZALANDIRILMASI

Av. Eyvan İPEK*

ÖZET

Kasten öldürme suçu, insanlar var olduğundan beri işlenmekte olan, insanlık tarihi kadar eski bir suçtur. Suçun işlenebilmesi için hayatta olan bir insanın varlığı yeterlidir. İnsan öldürme neredeyse tüm topluluklarda, dinlerde ve kültürlerde yasaklanmış, lanetlenmiş ve işlenmesi halinde çeşitli yaptırımlara tabi tutulmuştur. Yaşam hakkı şüphesiz en temel haklardan biridir zira yaşam hakkının ortadan kaldırılması diğer tüm hakların anlamsız kalmasına yol açacaktır. Öldürme suçlarında failin veya mağdurun kimliği, fiilin işleniş biçimi, failin saiki gibi unsurlar ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Kanunumuzda nitelikli haller başlığı altında yer alan bu suç tiplerinden biri de kasten öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesidir. İnsan yaşamına keyfi son verilmesi olarak karşımıza çıkan bu suç tipi, faildeki tehlikeliliğin ve yoğun kötülük duygusunun cezalandırılması amacını taşır. Ancak canavarca histen ne anlaşılması gerektiği hususunda kanun koyucu bir tanımlama yapmamış, tanım yapma görevini öğretiye ve uygulamaya bırakmıştır. Fakat ne öğretide ne de uygulamada görüş birliği bulunmaktadır. Teorik çerçevenin çizilmemesi ve objektif kriterlerin belirlenmemesi çelişkili kararların verilmesine yol açmış ve hukuk devletinin temel ilkeleriyle bağdaşmayan bir durum yaratmıştır. Failin psikolojisiyle ilgili olan bu nitelikli hal öğretide, normal bir insanın besleyemeyeceği bir güdü, doğal olmayan bir sevinç olarak tanımlanmakta ve ölüm neticesi ile faili cinayete iten neden arasında ciddi bir oransızlık barındırmaktadır. Ancak failin sübjektif durumundan kaynaklanan bu suç tipinde, cezalandırma yapılırken hangi objektif kriterlerin olayda gerçekleşmesi gerektiği belirsizlik taşımaktadır. Kaldı ki öldürme fiili başlı başına bir canavarlık olarak algılanabilir. Özellikle suç tipinin haksız tahrik altında işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır ve mahkeme kararları da çelişkilidir. Kasten öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesi halinde faile hangi koşullar altında ceza vereceğimiz henüz netlik kazanmamışken, kanunumuzda 2020 yılında yapılan bir değişiklikle kasten yaralama suçunun canavarca hisle işlenmesi de nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Yaşanan toplumsal olaylar sonucu yapılan bu düzenlemeyle, canavarca histen sorumluluk için aranacak unsurların netleştirilmesi ve belirsizliklerin giderilmesi daha çok önem kazanmıştır. Biz de bu çalışmayla her iki suç tipinde, failin hangi şartlar altında cezalandırılacağını yabancı hukuk sistemleri, mehaz kanun ve mahkeme kararları çerçevesinde netleştirmeye ve belirsizlikleri gidermeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Canavarca his, Öldürme, Yaralama, Fail.

* ORCID ID: 0009-0009-5048-4035.

THE PUNISHMENT OF PERPETRATORS WHO COMMIT THE CRIME TYPES OF WILLFULL KILLING AND BODILY INJURY WITH MONSTROUS FEELING

ABSTRACT

The crime of willful killing is a crime that has been committed since the existence of humans and is as old as human history. The existence of a living person is sufficient for the crime to be committed. Murder is prohibited, condemned and subject to various sanctions if committed in almost all communities, religions and cultures. The right to live is undoubtedly one of the most fundamental rights, because the abolition of the right to live will make all other rights meaningless. In murder crimes, factors such as the identity of the perpetrator or the victim, the way the act was committed, and the motive of the perpetrator were accepted as aggravating factors. One of these types of crime, which is under the title of qualified cases in our law, is committing the crime of willful murder with a monstrous feeling. This type of crime, which appears as an arbitrary end to human life, aims to punish the perpetrator's dangerousness and intense sense of evil. However, the legislator do not make a definition of what should be understood from the monstrous feeling, and leave the task of defining it to doctrine and practice. However, there is no consensus either in doctrine or practice. The lack of a theoretical framework and the lack of determination of objective criteria led to contradictory decisions and created a situation incompatible with the basic principles of the rule of law. This qualified state, which is related to the psychology of the perpetrator, is defined as an unnatural joy and an incentive that a normal person cannot feed in the doctrine, and contains a serious disproportion between the result of death and the reason that pushes the perpetrator to murder. However, in this type of crime, which arises from the subjective situation of the perpetrator, it is unclear which objective criteria should be fulfilled in the case while punishing. Moreover, the act of killing can be perceived as a monstrosity in itself. In particular, it is controversial whether the type of crime can be committed under unjust provocation, and court decisions are also contradictory. While it has not been clarified yet under which conditions we will punish the perpetrator if the crime of willful killing is committed with a monstrous feeling, with an amendment made in our law in 2020, committing the crime of willful injury with a monstrous feeling has also been acquiesced as a qualified state. With this arrangement made as a result of the social events experienced, it has become more important to clarify the elements to be sought for responsibility out of monstrous feeling and to eliminate ambiguities. With this study, we will try to clarify the conditions under which the perpetrator will be punished in both types of crime, within the framework of foreign legal systems, precedent laws and court decisions, and try to eliminate ambiguities.

Keywords: Monstruous feeling, Killing, Bodily injury, The perpetrator.

GİRİŞ

Canavarca his Türk Hukuku'nda kasten öldürme ve kasten yaralama suçları için nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu nitelikli halin düzenlenmesinin sebebi kişilerin anlamsız bir şekilde öldürülmelerinin ve yaralanmalarının engellenmek istenmesidir. İşlenen her suç toplumun güvensiz ve huzursuz hissetmesine neden olmaktadır. Ancak "canavarca hisle" işlenen suçlarda olduğu gibi bazı özel suç tipleri toplum üzerinde daha çok etkilidir. Suç kamuoyuna yansıdığı andan itibaren vatandaşları korkutur, tiksindirir hatta psikolojilerinin bozulmasına yol açar. İnsanların sosyal yaşantısı bile artık bu olayın etkisi altında şekillenir.

Bu nedenle insanları dehşete düşüren bu suç tipinin nitelikli hal olarak düzenlenmesi yerindedir. Fakat kavram, tanımının yasada yapılmaması, öğreti ve uygulamada da net bir görüşün bulunmaması nedeniyle sorunludur. Ayrıca canavarca his failin zihin ve duygu durumunu tanımlamaktadır. Yargılama esnasında ise failin iç dünyasından emin olmamız mümkün değildir. Bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile canavarca his uygulaması birbiriyle yarışır hale gelmektedir. Ancak ceza hukuku doğasında, faili cezalandırma isteğiyle hata yapma korkusunu her zaman birlikte bulundurur. Hukuk sistemi süjelerine düşen görev ise bu endişeyi en aza indirgemektir.

Kasten öldürmenin canavarca hisle işlenmesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 82/1-b'de eziyet çektirerek öldürme ile düzenlenmiştir. Soyut ve karmaşık olan kavramın bir de eziyet çektirme ile bir arada düzenlenmesi karışıklığa yol açmaktadır. Kasten yaralamanın canavarca hisle işlenmesi ise son yıllarda yaşanan toplumsal olaylar sonucu getirilen bir düzenlemedir. Yaşanan toplumsal olaylar sonucu yasaya madde eklenmesi sürekli karşılaştığımız bir durum olmuştur. Öldürme suçunda canavarca his uygulaması bir sürü şüphe barındırırken, nitelikle hal bir de yaralama suçu için düzenlenmiştir. Bu durum belirttiğimiz endişeyi daha da arttırmış, kavramın anlaşılması önem kazanmıştır.

Çalışma ile öncelikle canavarca his kavramının tanımı yapılmaya çalışılmış, ardından kasten öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesi ve eziyet çektirerek işlenmesi durumları incelenmiştir. Daha sonra ise kasten yaralama suçunun canavarca hisle işlenmesine değinilmiş ve kanun değişikliği eleştirilmiştir.

I. CANAVARCA HİS

Canavarca his kavramı hukukumuzda ilk olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli hal 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu madde 82/1-b bendine "*canavarca hisle veya eziyet çektirerek*" şeklinde alınmıştır. 2020 yılında yürürlüğe giren 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. maddesiyle ise TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasına f bendi eklenerek kasten yaralama suçunun da "*canavarca hisle*" işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Her iki suç tipinin de nitelikli hali olarak düzenlenen kavramın tanımı kanunumuzda yapılmamıştır ancak her kavramın tanımının yasalarda yer almamasının yerinde olduğu, aksi halde yasanın tanımla dolacağı görüşü de savunulmaktadır.[1] Tanım yapılmadığından öğreti ve yargı kararları uygulamaya yön vermektedir. Ancak öğretide görüş birliği bulunmamaktadır ve yargı kararları da çelişkilidir. Failin zihnini ve duygularını tanımlayan bu nitelikli halin değerlendirmesi kişiden kişiye değişmektedir. Zira canavar kelimesi herkesin zihninde farklı bir şekle bürünmektedir. Kanunun canavar kelimesi ile neyi kastettiğinden yola çıkarak canavarca hissin tanımını her iki suç tipi için de geçerli olacak şekilde yapmaya çalışacağız.

A. "Canavar" Kelimesi

765 sayılı kanunda "*canavarca his sevkiyle*" şeklinde belirtilen, 5237 sayılı TCK madde 82/1-b ve 86/3-f bendine "*canavarca hisle*" şeklinde alınan nitelikli hal, aslında 1889 tarihli kaynak İtalyan Ceza Yasası'nın 366/3 maddesinde yer alan "*per solo impulso di brutale malvagita*" sözcüklerinin eksik bir çevirisidir.[2] Münhasıran, sadece anlamlarına gelen "*solo*" kelimesi kanunumuza alınmamış, "*brutale*

[1] SELÇUK, Sami: "Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme", *Yargıtay Dergisi*, C.14, S. 4, Ekim 1988, s. 467-482

[2] SELÇUK, s.467

malvagita" kelimeleri ise Türkçedeki "canavarca" kelimesi ile karşılanmıştır. İtalyanca "*malvagita*" kelimesi; kötülük, kötü yüreklilik, "*brutale*" kelimesi ise "yabani, vahşi, hayvanımsı, kaba, sert, hoyrat, gaddar, acımasız" anlamlarına gelmektedir. Burada en önemli kelime olan "*brutale*" kelimesinin etimolojik kökeninde "*Brutus*" karakteri yer almaktadır; kanunumuza "*canavarca duyguyla insan öldürme*" olarak çevrilen metnin aslı, "*Brutus biçiminde öldürme*" daha doğru bir tercümeyle "*salt kalleşlik /yabanıl, acımasız, vicdansız, zorba kötülük*" dürtüsüyle insan öldürmedir.[3]

Canavar kelimesi TDK' ya göre; masallarda sözü geçen yabani, yırtıcı hayvan, köpek balığı, haşarı, yaramaz çocuk, kurt, domuz vb., cana kıyan yaban hayvanı, acımasız, kötü ruhlu, zalim (kimse), herhangi bir şeye çok düşkün olan anlamlarına gelmektedir.[4] Ayrıca canavar kelimesi can alıcı, kahredici, katleden anlamlarına da gelmekte ve toplumumuzda cinayet işlemiş kişiler için canavar kelimesiyle benzerlik gösteren "*cani*" kelimesi de kullanılmaktadır.[5] Her ne kadar Yargıtay bazı kararlarında canavarca his incelemesi yaparken kelimenin gerçek anlamı olan "yabani, yırtıcı hayvan" anlamlarından yola çıkmışsa da, mehaz kanundan çeviri yapılırken kelimenin mecaz anlamı olan "*acımasız, kötü ruhlu, zalim*" kavramları kastedilmiştir.[6]

B. Tanım

Selçuk'a göre; canavarca his kişiye özgü psikolojik bir kavramdır. Yasa eylemi değil içgüdüyü nitelikli hal olarak benimsemiştir. Failin eyleminin doğurduğu netice ile onu eyleme iten neden arasındaki ölçüsüzlük, oransızlık canavarca hissin varlığını ortaya koyan en nesnel ölçüttür.[7]

Yargıtay'ın bir kararında canavarca his; "*psikolojik bir olgudur ve bu olgu her türlü bulgu ve kanıtla belirlenebilir, faili fiili işlemeye iten nedenlerle sonuç arasındaki oransızlık ölçüt oluşturabilir, ancak hiçbir neden olmaması her zaman bu içgüdünün kanıtı olamayacaktır, yasa kullanılan aracı değil içgüdüyü ağırlaştırıcı neden olarak benimsemiştir, canavarca his sevkinin toplumun ortak bilincinin, duygusunun ve vicdanının hiçbir zaman onaylamayacağı, alçakça bir güdü/içtepi olduğunun gözden uzak tutulmaması gerekmektedir ve kaynak yasayla uyumlu olduğu kabul edilen yeni İtalyan Ceza Yasasının yararsızlık, değersizlik, gereksizlik güdüleriyle çakıştığına ilişkin görüşler doğrultusunda eylemin ağırlığı ile eyleme iten neden arasındaki oransızlığın, failin tehlikeliliği ve kötülüğünü sergileyen ölçütlerle ortaya konulması gerekmektedir, sonuç olarak toplum bilinci ve ahlakının geniş tepkisini çeken, amacı itibarı ile tehlikeli ve vahşi kötülük eğilimini sergileyen psikolojik bir güdüyü ifade eden kavram olarak algılanması gerekmektedir."*[8] şeklinde ifade edilmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta ise canavarca his çeşitli şekillerde düzenlenmektedir. Polonya, Rusya, İspanya gibi ülkeler kanunlarında acımasızca öldürmeyi nitelikli hal olarak saymakta, Fransa ise canavarca hisle öldürmeyi tasarlayarak öldürme kapsamında değerlendirmektedir.[9] Alman hukukunda ise "*öldürme*

[3] SELÇUK, s.467-468; TURAN, Ersin /OTACI Cengiz: *Kasten İnsan Öldürme Suçları*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 718
[4] Türk Dil Kurumu, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (https://sozluk.gov.tr)
[5] KAYGISIZ, Mustafa: *Türkiye'deki Seri Katiller*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2022, s.21
[6] SELÇUK, s.468
[7] SELÇUK, s.468-471
[8] Yargıtay CGK'nin 17.12.2002 tarih ve E: 2002/294, K: 2002/425 sayılı kararı
[9] GÖKCEN, Ahmet/BALCI Murat: "Kasten Öldürme Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*,17/1-2, Şubat 2011, s.95-218

zevkiyle, açgözlülük ve benzeri güdülerle, kalleşçe veya acımasız bir şekilde" insan öldürme nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.[10] Hükümde yer alan "*öldürme zevki*" TCK'nın 82. maddesinin b bendindeki "*canavarca his*" ifadesini, "*acımasız bir şekilde öldürme*" ise "*eziyet çektirerek*" öldürmeyi karşılamaktadır.[11] Öldürme zevki canavarca his ifadesine nazaran daha somut bir kavramdır. Normal bir insanın öldürmekten veya yaralamaktan zevk duyamayacağı düşünülebilir, bu nedenle mahkeme kararlarında failin akıl hastalığı bakımından cezai ehliyete sahip olup olmadığının araştırılması gerektiği vurgulanmaktadır[12]. TCK'daki canavarca his ifadesi kullanımı uygulamada birtakım sorunlara yol açmakta kavramdan neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin soru işaretleri yaratmaktadır bu nedenle "canavarca his" yerine Alman Ceza Kanunu'nda yer alan "öldürme zevki" ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı düşünülmektedir.[13]

Yukarıda yer alan bilgiler ışığında suçun canavarca hisle işlenebilmesi için suç tipinde iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan ilki oransızlıktır. Netice ile faili eyleme iten neden, saik arasında önemli derecede ölçüsüzlük, oransızlık ve anlamsızlık bulunmalıdır. Örneğin, kişinin kendisinden intikam almak için üç yaşındaki bebeğinin öldürülmesi olayında faili cinayet işlemeye iten sebep ile meydana gelen netice arasında ciddi bir oransızlık bulunmaktadır.[14] İkinci şart ise eylemden duyulan zevktir. Yani fail bir insanın hayatına son vermekten ya da yaralamaktan haz duymalıdır. Bu durumda başkalarının yaşamını aşağı görme ve vücut bütünlüğünü hiçe sayma şeklinde duygular failin zihnine egemendir. Fail için mağdurun kim olduğu bir anlam ifade etmemektedir. Son dönemlerde bu duruma örnek gösterilebilecek olaylar yaşanmıştır. Tanımadığı mağduru bir süre takip eden ve evinin bulunduğu apartmana girerken öldüren sanığın ve yine yolda rastgele seçtiği, tanımadığı mağduru samuray kılıcıyla öldüren sanığın eyleminden zevk duyduğundan bahsedilebilecektir. Ayrıca seri katillerin işlemiş olduğu birçok cinayette bu nitelikli hal söz konusu olmaktadır.[15]

Yargıtay'a göre sanığın eyleminin gerekçesinin bilinmemesi tek başına canavarca his olarak değerlendirilemez.[16] Canavarca hissin mağdura karşı beslenip beslenmemesinin bir önemi yoktur zira

[10] Strafgesetzbuch-StGB 211/2 (Alman Ceza Kanunu için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de)

[11] BAŞ, Eylem: "Türk Ceza Hukukunda Canavarca His", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 23/1, Mayıs 2021, s.383-429

[12] Yargıtay 1. CD'nin 18.02.2014 tarih ve E: 2013/5035, K: 2014/883 sayılı kararı.

[13] BAŞ, s.390

[14] Yargıtay 1. CD'nin 12.06.1984 tarih ve E: 1984/2469, K:1984/2730 sayılı kararı; "*…Üç yaşında olan maktulenin annesi Zeytin'in sanığın gayriresmi kocası Gazi ile ilişkisi olmasına kızan sanığın kocası ile ilişki kuran Zeytin'den sırf intikam almak için günahsız üç yaşında maktuleyi boğarak öldürmesinde canavarca bir his içinde olduğu açıkça ortada olduğu halde sanığın TCK'nın 450/3 yerine 448. madde ile cezalandırılması suretiyle öldürme suçunun niteliğinde hataya düşülmesi…"*

[15] Seri katil, seri olarak en az iki cinayeti ayrı yer/zamanda işlemiş, bu cinayetleri işlemesinde etkili olan psikolojik saiklere, olay sonrası olay yeri ve kurban motifleri yönü ile farklılık arz eden katilin psikolojik dengeleri, problemleri faktör olarak ortaya çıkan psikolojik dürtülerin gözlendiği katil tipidir. (KAYGISIZ, s. 23)

[16] Yargıtay CGK'nin 20.09.2016 tarih ve E:2015/334, K:2016/317 sayılı kararı; "*…Sanığın, eşya indiren maktulle birlikte girdiği apartmanın bodrum katında, maktulün, etrafta dağınık şekilde bulunan eşyaların belli bir düzene göre konulmasının uygun olacağını söylediği esnada, depoda bulunan baltanın künt tarafı ile maktulün kafasına vurduğu, daha sonra yere düşen maktule başını gövdeden ayıracak şekilde birçok kez baltayla vurmak suretiyle öldürdüğü olayda; sanığın maktulü öldürme nedeninin tespit edilememesi ve öldürme kastına yönelik çok sayıdaki yaranın tek başına canavarca hisle kasten öldürme suçunun kanıtı sayılamayacağı, sanığın canavarca hisle öldürme amacıyla*

canavarca his failin o an ki psikolojisiyle ilgili bir kavramdır.[17] Eylemin vahşice gerçekleştirilmesi tek başına suçun canavarca hisle işlendiğini kabule yeterli değildir.[18] İnsan kurban etmek gibi bir düşünce de canavarca his olarak nitelendirilmektedir.[19]

Kavramda saik kelimesi yerine his kelimesi kullanılmıştır. Saik faile suç işleme kararını verdiren etken, itici güç olarak tanımlanmaktadır.[20] Ancak his, failin iç dünyasıyla ilgili bir kavramdır ve saik kapsamında düşünülmesi gerekmektedir.[21] Bu nedenle canavarca hisle öldürme ve yaralama suçları genel kastla değil özel kastla işlenmektedir. Diğer saik suçlarında olduğu gibi burada da haksız tahrik uygulanıp uygulanamayacağına dair görüş ayrılıkları mevcuttur. Yargıtay bir kararında canavarca hisle haksız tahrikin bir arada bulunamayacağını belirtmiş[22], ancak başka bir kararında ise haksız tahrikin canavarca hisle bir arada uygulanabileceğini düşünüp, şartlarının oluşup oluşmadığını incelemiştir[23].Ancak canavarca hisle haksız tahrikin bir arada bulunması mümkün görünmemektedir, zira canavarca histe kişiyi öldürmeye iten güdünün anlamsız ve acımasız olması gerekmektedir. Ancak haksız tahrikte failin eylemi belirli ölçülerde haklı görülmektedir. Ayrıca fail başkaca bir güdüyle örneğin kan gütme saikiyle hareket ettiğinde canavarca hissin varlığından söz edilemeyecektir.[24]

---

hareket ettiğini gösterir nitelikte delil bulunmadığı, bu şekilde sanığın fiilinin TCK'nun 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir…"

[17] Yargıtay 1. CD'nin 29.12.2004 tarih ve E:2004/2994, K:2004/4402 sayılı kararı; "*…Sanığın…Neval'e gözdağı verip acı çektirmek için mağduru raporunda belirtilen şekilde toplumun ortak bilincinin hiçbir zaman onaylamayacağı tarzda vahşi bir kötülük eğilimi sergileyerek, ateş etmek suretiyle öldürmeye tam teşebbüs ettiğinden eylemin "canavarca his sevkiyle adam öldürmeye tam teşebbüs niteliğinde olup" TCK'nın 450/3, 62, 81/1-3. maddeleri uyarınca tecziyesi yerine yazılı şekilde suç vasfında yanılgıya düşülerek hüküm tesisi…"*

[18] Yargıtay 1. CD'nin 07.03.2018 tarih ve E:2017/2505, K:2018/1046 sayılı kararı; "*…Suçun vahşice işlenmesinin tek başına suçun canavarca hisle ya da eziyet çektirerek işlendiğini kabule yeterli bulunmadığı…"*

[19] Yargıtay CGK'nin 17.12.2002 tarih ve E: 2002/294, K: 2002/425 sayılı kararı; "*…Sanıkların kendilerine göre satanizm çerçevesinde oluşturdukları örgütsel düşünce doğrultusunda maktuleyi öldürmeleri eylemi TCK.nun 450. maddesinin 3. bendindeki "canavarca bir his şevki ile" adam öldürme cürmünü oluşturacağı hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde açıklığa çıkmaktadır…"*

[20] OTACI, Cengiz: "Saikle Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Sorunu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 6/59, Temmuz 2011, s.29-43

[21] YERDELEN, Erdal/SEÇKİN, Mehmet Beyhan: "Canavarca Hisle Öldürme", *Ceza Hukuku Dergisi*, 15/44, Aralık 2020, s. 789-830

[22] Yargıtay 1. CD'nin 07.10.2003 tarih ve E:2003/1911, K:2003/2232 sayılı kararı; "*…Pek çok öldürücü vasıfta yara ika edilmesinin başlı başına suçun canavarca hisle işlendiğini kabule yeterli bulunmadığı gibi haksız tahrik altında suç işlenmesinde de canavarca his sevkinden söz edilemeyeceği…"*

[23] Yargıtay 1. CD'nin 27.04.2010 tarih ve E:2009/6525, K:2010/3023 sayılı kararı; "*…Birahanede çalışan ve para karşılığı erkeklerle ilişkiye giren maktule ile bir süre birlikte yaşayan, ancak daha sonra onun birahanede çalışmasına ve başkalarıyla birlikte olmasına rıza göstermeyen evli ve iki çocuk sahibi sanığın, olay günü saat 02.00 sıralarında evine gittiği maktulenin kapıyı açmaması üzerine ona küfrederek aşağıya inip bir süre beklediği ve daha sonra maktulenin onu içeri alması üzerine aralarında çıkan tartışma sonrası onu canavarca hisle öldürdüğü olayda; Maktulenin yaşam tarzının sanık yönünden tahrik oluşturmayacağı, olay öncesinde veya sırasında maktuleden kaynaklanan sanık lehine tahrik oluşturacak herhangi bir haksız söz veya eylem bulunmadığı gibi olaydan önce sanığın maktuleye küfretmesiyle ilk haksız hareketin kendisinden kaynaklandığı anlaşıldığı halde, oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayacak gerekçeyle ve sanığın daha az ceza almaya yönelik soyut nitelikteki savunmasına itibarla tahrik hükmü uygulanarak eksik ceza tayini…"*

[24] OTACI, Cengiz: "Karar İncelemesi Kan Gütme Saikiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu", Journal of Istanbul University Law Faculty, 71/1, Ağustos 2013, s.1489-1497

II. KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN CANAVARCA HİSLE İŞLENMESİ

Türk Ceza Kanunu 82. maddenin 2. fıkrasının b bendinde suçun "canavarca hisle veya eziyet çektirerek" işlenmesi birlikte düzenlenmiştir. Madde kapsamında iki seçimlik harekete yer verilmiştir. Aynı bent içerisinde düzenlenmiş olmalarına rağmen burada iki ayrı nitelikli hal söz konusudur.[25] Zira yukarıda bahsettiğimiz üzere canavarca his kişinin manevi durumuyla ilgili bir kavramken, eziyet çektirme suçun işleniş biçimine, yani maddi esasa ilişkin bir kavramdır.[26]

Canavarca his TCK madde 82'nin gerekçesinde; "*Kişinin acıma hissi olmaksızın bir başkasını öldürmesi halinde canavarca hisle öldürme söz konusudur. Canavarca hisle öldürmenin arz ettiği özellik, öldürmenin vahşi bir yöntemle gerçekleştirilmesidir. Kişinin yakılarak, uyurken kulağının içine kızgın yağ dökülerek ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi, buna örnek olarak gösterilebilir.*"[27] şeklinde ifade edilmiştir. Fakat gerekçede suçun canavarca hisle işlenmesiyle işleniş şeklinin canavarca olması birbirine karıştırılmıştır. Fail canavarca his olmaksızın, öldürme eylemini vahşi bir yöntemle, canavarca gerçekleştirmişse eziyet çektirme uygulama alanı bulacaktır.[28] Bu husus yargı kararlarında da birbirine karıştırılmaktadır. Eziyet çektirme ve suçun işleniş biçiminin canavarca olması failde canavarca his olduğuna işaret etse bile kanıtlamamaktadır. Canavarca his failin iç dünyasıyla ilgili bir kavramdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2019 tarihli bir kararında suçun canavarca hisle işlenmesi ile eziyet çektirerek işlenmesini birbirine karıştırarak tartışmalı bir hüküm vermiştir.[29] Zira kişinin yakılarak öldürülmesi failde canavarca hissin varlığını ispatlar nitelikte değildir, bu durumda "eziyet çektirme" uygulama alanı bulacaktır.[30]

A. Eziyet Çektirme ve Canavarca His

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İşkence Yasağı başlıklı 3. Maddesi ne göre; "*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*" Anayasa madde 17/3 "*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*" hükmüyle işkence ve eziyet yasaklanmış, TCK madde 94 ile işkence, madde 96 ile de eziyet suç olarak tanımlanmıştır. TCK madde 96'ya göre; "*Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" Maddenin gerekçesinde "*Eziyet olarak, bir kişiye insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama,*

---

[25] TEZCAN, Durmuş /ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 20. Baskı, Ankara 2022, s. 158

[26] ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.128

[27] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)*, Seçkin Yayıncılık, 30. Baskı, Ankara 2022, s.252

[28] AKBULUT, Berrin: "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri", *Adalet Dergisi*, 65, Aralık 2020, s. 99-165

[29] Yargıtay CGK'nin 05.03.2019 tarih ve E:2017/905, K:2019/146 sayılı kararı;*"…sanığın canavarca saikle maktulü yakması sonucu gerçekleşen ölümden sorumlu tutulmasının hakkaniyete de uygun olacağı, evli olan sanığın, duygusal ilişki içerisinde olduğu maktulün Facebook hesabına girerek eski bir erkek arkadaşıyla yaptığı yazışmaları görmesi üzerine gerçekleştirdiği eyleminin ağırlığıyla onu bu eyleme iten neden arasında aşırı derecede ölçüsüzlük-oransızlık bulunması, sanığın eyleminin toplumun ortak bilinci, duygusu ve vicdanınca hiçbir zaman onaylamayacak oluşu bir bütün olarak değerlendirildiğinde; maktulün üzerine benzin döküp tutuşturmak suretiyle vahşi bir yöntem kullanan sanığın, öldürme suçunu canavarca hisle işlediğinin kabul edilmesi gerekmektedir…"*

[30] AKYÜREK, Güçlü: "YCGK Kararı Işığında Canavarca Hisle veya Eziyet Çektirerek Kasten Öldürme Suçu (TCK m.82/1-b)", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/185-186, Ocak-Şubat 2020, s.9-19

hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak bu fiiller ani olarak değil sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır."[31] ifadesi yer almaktadır.

Kasten öldürme suçunun eziyet çektirerek işlenmesi madde gerekçesinde; "*…kişi hemen değil, belli bir süreç içinde acı çektirilerek öldürülmektedir. Örneğin kişiye gözleri çıkarılarak, kulağı ve sair organları kesilerek acı çektirilmekte ve sonuçta öldürülmektedir.*" şeklinde açıklanmıştır.[32] Öğretide, ölüm neticesini gerçekleştirmek bakımından zorunlu olmayan, mağdura acı ve ıstırap vermeyi amaçlayan, bir süreç içerisinde gerçekleştirilen eylemler eziyet çektirme olarak tanımlanmaktadır.[33] Hareket maddi veya manevi nitelikte olabilir.[34] Örneğin kişi öldürülmeden önce, uzun bir süre ölümle tehdit edilse dahi eziyet çektirmenin varlığından söz edilebilecektir. Zira mağdur uzun bir süre psikolojik işkenceye tabi tutulmaktadır. Yargıtay genel uygulamalarına göre kişinin yakılarak öldürülmesi halinde bu nitelikli halden ceza verilir.[35] Eziyet çektirmenin uygulanabilmesi için mağdurun acı ve ıstırap veren hareketlerin yapıldığı esnada bilincinin yerinde olması gerekmektedir. Bilincini kaybettiği esnadan sonra yapılan hareketler eziyet çektirme olarak kabul edilmemektedir.[36] Ceset üzerinde ölümden sonra gerçekleştirilen hareketler bulunmaktaysa TCK madde 130 uygulama alanı bulacaktır.

Failin kastı mağduru öldürmeye yönelik olup neticeyi eziyet etmek suretiyle yerine getirmiş ise kasten öldürme suçunun eziyet çektirerek işlenmesi suçu oluşacaktır. Ancak failin öldürme kastı yoksa ve icra edilen işkence sonrasında ölüm meydana gelmiş ise TCK madde 95/4 uygulama alanı bulacaktır.

Kasten öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesinin aksine suç eziyet çektirerek işlenmiş ise haksız tahrik incelemesi yapılabilecektir. Ancak suç tipinde her iki nitelikli hal de bir arada bulunuyor ise haksız tahrikin varlığından söz edilemeyecektir.

---

[31] Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, s.275

[32] Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, s.252

[33] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.161; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.130

[34] Yargıtay 1. CD'nin 19.03.2019 tarih ve E:2019/299, K:2019/1691 sayılı kararı; "*…Sanığın mağdura maddi ve manevi acılar çektirerek, ağırlığı ve süresi bakımından öldürme için gerekli olan ölçünün ötesinde eziyet etmesi, her an için ölüm sonucunu gerçekleştirebilme olanağı bulunan sanığın mağdura acı vermek için önce kül tablası ile vurma daha sonra da uzun süreye yayılacak şekilde makasla yaralama eylemlerini tekrarlayarak ölüm neticesini yavaş yavaş gerçekleştirmeye çalıştığı…"*

[35] Yargıtay 1. CD'nin 27.11.2013 tarih ve E:2013/3684, K:2013/7046 sayılı kararı; "*…Olay tarihinde sanığın, mağdurun üzerine elindeki tiner şişesini boşalttıktan sonra ateşe verdiği, daha sonra da 6136 Sayılı Kanun kapsamındaki bıçak ile mağdurun sırtını 20 cm. uzunluğunda kestiği, olay yerinden tesadüfen geçmekte olan tanık G.'ın yanmakta olan mağduru söndürdüğü, mağdurun tüm vücudunun % 43'ünü tutan 2. ve 3. derece yanık oluşacak şekilde yaralandığı, mevcut yaralanması sonucu hayati tehlike geçirdiği anlaşılmakla, sanığın eylemine uyan TCK.nın 82 / 1-b, 35. maddeleri uyarınca canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak eksik ceza tayini…"*)

[36] Yargıtay 1. CD'nin 05.03.2015 tarih ve E:2014/5570, K:2015/1263 sayılı kararı; "*…Oluşa, otopsi raporunun içeriğine ve dosya kapsamına göre; sanığın maktüleyi çok sayıda bıçak darbesi vurmak suretiyle öldürmesinin ardından, baş ile gövdenin ayrılmasına neden olan boyundaki kesiyi gerçekleştirildiği olayda, canavarca hisle eziyet çektirerek öldürme suçunun koşullarının bulunmadığı anlaşıldığından…"*

TCK madde 82'de yer alan nitelikli haller madde 83'te yer alan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu için de söz konusu olabilmektedir.[37] Bu sebeple kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu da canavarca hisle veya eziyet çektirerek işlenebilir. Örneğin, doktor ihmali davranışıyla hastasını tedavi etmemiş ve bu sebeple hasta ölmeden önce yoğun acı ve ıstırap çekmiş ise eziyet çektirme, doktor bu durumdan herhangi bir zevk aldıysa canavarca his uygulama alanı bulacaktır.

Kanunda yer alan; Kanunun Hükmünü Yerine Getirme (madde 24/1), Meşru Savunma (madde 25/1), Hakkın Kullanılması (madde 26/1) hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde kasten öldürme suçu oluşmayacaktır. Ancak İlgilinin Rızası (madde 26/2) kasten öldürme suçu için bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Çünkü yaşam hakkı mutlak bir haktır, ilgilinin serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olmadığından vermiş olduğu rıza geçerli sayılmamaktadır. Kural olarak kasten öldürmenin canavarca hisle veya eziyet çektirerek işlenmesi suçuna teşebbüs mümkündür. Kasten öldürme suçunun canavarca hisle veya eziyet çektirerek işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak TCK madde 44'te yer alan fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.

Kasten öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesi failden kaynaklanan kişisel bir nitelikli hal olması sebebiyle suça iştirak eden fail sorumlu tutulamayacaktır.[38] Kasten öldürme suçunun eziyet çektirerek işlenmesi halinde ise fiilden kaynaklı bir nitelikli hal söz konusu olduğundan suça iştirak eden fail bu nitelikli halin gerçekleştiğini bildiği takdirde sorumlu tutulacaktır.

TCK madde 82/1-b bendinde yer alan her iki nitelikli hal kişide yanılma durumunda uygulama alanı bulacak, sapma durumunda ise amaç kişi bakımından söz konusu nitelikli hale teşebbüs, diğer netice bakımından ise taksirle öldürme söz konusu olacak ve fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.[39]

III. KASTEN YARALAMA SUÇUNUN CANAVARCA HİSLE İŞLENMESİ

7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. maddesiyle TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasına f bendi eklenerek kasten yaralama suçunun "*canavarca hisle*" işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu durumda ceza bir kat oranında artırılır. Gerekçeye göre önceki bentlerde yer alan nitelikli haller ile canavarca his bir arada bulunuyorsa iki ayrı artırım değil sadece f bendine göre tek bir artırım yapılmaktadır.[40] Böyle bir değişikliğin yapılmasının nedeni suçla etkin mücadelenin ve caydırıcılığın sağlanmak istenmesidir.

Canavarca hisle yaralamaya yüze kezzap atmak suretiyle yaralama örnek olarak gösterilmektedir. Son dönemlerde yaşanan kadına şiddet olayları nitelikli halin getirilmesine yol açmıştır. Ancak ilgili nitelikli

[37] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK s. 145

[38] KAYMAZ, Seydi: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/22012, s.117-168

[39] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.163

[40] Türkiye Büyük Millet Meclisi, *Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Denizli Milletvekili Cahit Özkan, Milliyetçi Hareket Partisi Grup Başkanvekili Sakarya Milletvekili Muhammed Levent Bülbül ve Afyonkarahisar Milletvekili Ali Özkaya ile 57 Milletvekilinin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*, Dönemi ve Yılı: 27/3, E. 2/2762, T.31/03/2020, s.17 (Metin için bkz. https://www.tbmm.gov.tr)

hal getirilmeden de hâkimin alt sınırdan uzaklaşarak adil bir hüküm tesis edebileceği düşünülmektedir.[41] Kezzapla yaralamanın tek başına canavarca hisse delalet etmesi mümkün değildir. Zira kezzap suçun işleniş biçimine ait bir unsurdur. Oysa yukarıda kavramın tanımını yaparken canavarca hissin failin iç dünyasına ait bir kavram olduğunu belirtmiştik. Canavarca hisle yaralamadan bahsedebilmemiz için faili eyleme iten neden ile netice arasında oransızlığın bulunması ve failin eylemden haz duyması gerekmektedir.

Yasa koyucu kamuoyunun tepkisini çeken her olayda yasa değişikliği yapmayı adet edinmiştir. Yasalarla yapboz parçaları gibi oynamanın ne topluma ne de hukuka bir faydası vardır. Cezaların artırılması ancak kısa vadeli kazançlar getirebilir. Toplum yapısı ve zihniyeti düzeltilmeden kadına şiddetin ve toplumda infial yaratacak bu gibi olayların önüne geçmek mümkün değildir. Kaldı ki cezaların artırılmasının pratikte bir karşılığı bulunmamaktadır. İnfaz yasasıyla cezaların uygulanabilirliğinin önüne geçilmektedir. Koronavirüs sebebiyle salıverilen ancak tüm tedbirler kaldırıldığı halde cezaevine geri dönmeyen hükümlüler ve sık sık gelen aflar ceza hukukunun temel amaçlarını ortadan kaldırmaktadır.

SONUÇ

Failde canavarca hissin bulunduğundan bahsedebilmemiz için suç tipinde gerçekleşmesi gereken unsurlar ikiye indirgenebilir. Bu unsurlardan ilki oransızlıktır. Yani faili eyleme iten neden ile meydana gelen netice arasında oransızlık bulunmalıdır. Güdü anlamsız olmalıdır. Failde intikam duygusu bulunduğunda canavarca hissin varlığına gidilemeyeceği çünkü güdünün o kadar da anlamsız olmadığı yönünde bir düşünce akla gelse de ilgili nitelikli halin varlığını kanıtlayan en nesnel ölçüt oransızlıktır. Bu duruma örnek olarak, failin intikam almak isteği ile duygunun hedeflediği kişinin aksine onun bir yakınına zarar vermesi eylemi canavarca his varlığını kanıtlar. Zira fail duygusunun öylesine esiridir ki konuyla alakası olmayan kişilerin yaşamını ve vücut bütünlüğünü hiçe sayar. Canavarca his ile haksız tahrikin bir arada uygulanması tartışmalı olsa da uygulanamayacağı ortadadır. Zira failde anlamsız bir güdü aranmaktadır. Ancak haksız tahrikte failin az da olsa haklı olduğu düşünülmektedir.

Kasten öldürmenin canavarca hisle işlenmesi düzenlenme şekli nedeniyle kasten öldürmenin eziyet çektirerek işlenmesiyle karıştırılmaktadır. Birbirinden oldukça farklı olan bu iki durumun birlikte düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Burada iki ayrı nitelikli hal söz konusudur. Çünkü canavarca his failin iç dünyasıyla ilgili bir kavramken, eziyet çektirme fiilin işleniş biçimine ilişkin bir kavramdır. Eziyet çektirmede fail mağduru hemen öldürmek yerine acı ve ıstırap çekmesine neden olmaktadır. Bu eylemler failde canavarca his bulunduğuna dikkat çekse de kanıtlar nitelikte değildir. Ayrıca mağdur normal bir şekilde acı ve ıstırap çekmeden hemen öldürülse de failde canavarca hissin varlığının olup olmadığı incelenmelidir.

Kasten yaralama suçunun canavarca hisle işlenmesinde ise suç tipinin örneğine canavarca hisle öldürmeye nazaran daha az rastlanmaktadır. Çünkü canavarca bir duygunun egemenliğine giren fail genellikle kastını yaralama ile bırakmamaktadır. Fail genellikle öldürme kastıyla hareket etmektedir. Ancak bu suç tipinin işlenemeyeceği anlamına gelmez. Kanun değişikliği teklifinin gerekçesinde örnek olarak kezzap atmak suretiyle yaralama gösterilmiştir. Fakat örnek doğru değildir. Zira kezzap atmak fiilin işleniş biçimine ilişkin bir unsurdur. Canavarca hissi kanıtlar nitelikte değildir. Görülmektedir ki yasa koyucu

[41] ALAN AKCAN, Esra: *7242 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi*, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı 29- 30 Mayıs 2020, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları,1. Baskı, İstanbul 2020, s.635-658

"canavarca his" mantığını çözememiştir. Bu suç tipinde de öldürmede olduğu gibi oransızlığı ve eylemden zevk almayı ölçüt olarak kullanabiliriz.

Kaynakça

AKBULUT, Berrin: "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri", *Adalet Dergisi*, 65, 2020, s. 99-165.

AKYÜREK, Güçlü: "YCGK Kararı Işığında Canavarca Hisle veya Eziyet Çektirerek Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 82/1-b)", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/185-186, 2020, s. 9-19.

ALAN AKCAN, Esra: *7242 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi*, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı 29- 30 Mayıs 2020, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları,1. Baskı, İstanbul 2020.

BAŞ, Eylem: "Türk Ceza Hukukunda Canavarca His", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23/1, 2021, s. 383-429.

GÖKCEN, Ahmet/ BALCI Murat: "Kasten Öldürme Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 17/1-2, 2011, s. 95-218.

KAYGISIZ, Mustafa: *Türkiye'deki Seri Katiller*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2022.

KAYMAZ, Seydi: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/2, 2012, s.117-168.

OTACI, Cengiz/ TURAN, Ersin: *Kasten İnsan Öldürme Suçları*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2022.

OTACI, Cengiz: "Karar İncelemesi Kan Gütme Saikiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu", *Journal of Istanbul University Law Faculty*,71/1, Ağustos 2013, s.1489-1497.

OTACI, Cengiz: "Saikle Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Sorunu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 6/59, 2011, s.29-43.

ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

SELÇUK, Sami: "Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme", *Yargıtay Dergisi*, 14/4 1988, s. 467-482.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 20. Baskı, Ankara 2022.

YERDELEN, Erdal/SEÇKİN, Mehmet Beyhan: "Canavarca Hisle Öldürme", Ceza Hukuku Dergisi, 15/44, 2020, s.789-830

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), Seçkin Yayıncılık, 30. Baskı, Ankara 2022

Türk Dil Kurumu, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (https://sozluk.gov.tr) Erişim Tarihi: 20.07.2023)

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Denizli Milletvekili Cahit Özkan, Milliyetçi Hareket Partisi Grup Başkanvekili Sakarya Milletvekili Muhammed Levent Bülbül ve Afyonkarahisar Milletvekili Ali Özkaya ile 57 Milletvekilinin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, Dönemi ve Yılı: 27/3, E. 2/2762, T.31/03/2020, s.17 (Metin için bkz. https://www.tbmm.gov.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)

Strafgesetzbuch-StGB 211/2 (Alman Ceza Kanunu için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)

Yargıtay CGK'nin 17.12.2002 tarih ve E: 2002/294, K: 2002/425 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay 1. CD'nin 12.06.1984 tarih ve E: 1984/2469, K:1984/2730 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay 1. CD'nin 18.02.2014 tarih ve E: 2013/5035, K: 2014/883 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay CGK'nin 20.09.2016 tarih ve E:2015/334, K:2016/317 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay 1. CD'nin 29.12.2004 tarih ve E:2004/2994, K:2004/4402 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay 1. CD'nin 07.03.2018 tarih ve E:2017/2505, K:2018/1046 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay 1. CD'nin 07.10.2003 tarih ve E:2003/1911, K:2003/2232 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.hukukturk.com) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay 1. CD'nin 27.04.2010 tarih ve E:2009/6525, K:2010/3023 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay CGK'nin 05.03.2019 tarih ve E:2017/905, K:2019/146 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay 1. CD'nin 19.03.2019 tarih ve E:2019/299, K:2019/1691 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay 1. CD'nin 27.11.2013 tarih ve E:2013/3684, K:2013/7046 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)
Yargıtay 1. CD'nin 05.03.2015 tarih ve E:2014/5570, K:2015/1263 sayılı kararı. (Karar metni için bkz. https://www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.07.2023)

ÖNLEME ARAMASI NETİCESİNDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA UYGUNLUĞU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun T: 5.3.2019, E: 2016/359, K: 2019/160 Künyeli Kararının İncelemesi

Dr. Öğretim Üyesi, Fatih Yurtlu [*]

ÖZET

Ceza muhakemesinin temel amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu nedenle sanığa yüklenen suçun her türlü delille ispatlanabilmesi modern ceza muhakemesi sistemlerinde kabul görmemiştir. Sanığa yüklenen suçun mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilen delillerle ispatlanması gerekir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. ve devamı maddelerinde düzenlenen arama koruma tedbiri, şüpheli ve sanığın yakalanmasına yönelik olabileceği gibi delil elde etme amacına yönelik de olabilir. Ancak arama tedbiri sadece 5271 sayılı CMK'da düzenlenmiş değildir. Önleme araması da denilen bir diğer arama işlemi, başta 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 9. maddesi olmak üzere bazı özel kanunlarda ayrıca düzenlenmiştir. Ülkemizde ayrı bir adli kolluk teşkilatının olmaması hem adli hem de önleme aramalarının aynı birimler tarafından yapılmasını sağlamakta, bu da adli aramayla önleme aramasının fiili sınırlarını birbirine oldukça yaklaştırmaktadır. Çoğu somut olayda, önleme aramasıyla başlayan süreç adli soruşturmalara dönüşmekte ve bu süreçte elde edilen deliller ceza yargılamasında sanığın aleyhine hüküm doğuracak şekilde kullanılmaktadır. Hatta çoğu zaman, bu şekilde elde edilen deliller sanığın mahkûmiyeti açısından yegâne ve temel delil niteliğinde olmaktadır. Kabul etmek gerekir ki bu hukuki ve fiili durum, zaman zaman kolluk birimleri tarafından adli aramanın katı şartlarını bertaraf etmek amacıyla da kullanılabilmektedir.

İşte tam bu noktada, önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığı tartışmaları gündeme gelmektedir. Bu tartışmanın sağlıklı bir zeminde yapılabilmesi, her şeyden önce önleme aramasıyla adli arama arasındaki sınırın net bir şekilde ortaya konulmasıyla mümkün olacaktır. Bu tip olaylarda, bu şekilde elde edilen delillerin hangi durum ve şartlarda ceza muhakemesinde kullanılabileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Biz de bu kısa çalışmamızda, konuya ilişkin olarak çok sık karşılaşılan bir örnek olan uyuşturucu suçlarına ilişkin bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararını inceleme konusu yapacağız. Bu örnek olay örgüsü üzerinden bu temel tartışmaya ilişkin tespit ve görüşlerimizi ortaya koyarken, konuya ilişkin benzer yargı kararlarından da geniş ölçüde yararlanmaya çalışacağız.

[*] Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, fatihyurtlu@gmail.com, , ORCID: 0000-0003-2905-7900.

Anahtar Kelimeler: Arama ve elkoyma, adli arama, önleme araması, hukuka aykırı deliller, adil yargılanma hakkı.

GİRİŞ

Günümüz ceza muhakemesi hukuku sistemleri, bir taraftan işlenen suçları cezalandırmak suretiyle toplum menfaatini korumayı amaçlarken, diğer taraftan da aslında suçsuz olan ancak itham altında kalan kişilerin cezalandırılmamasını garanti altına almayı hedeflemektedir[1]. Bu amaçların gerçekleştirilmesi için bir ceza uyuşmazlığı çözüme kavuşturulurken şekli gerçekle yetinilmeyip, maddi gerçeğe ulaşılması gerekir[2]. Görüldüğü üzere ceza muhakemesinin temel amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ancak günümüz hukuk devletlerinde, soruşturma ve kovuşturma makamlarının her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşması kabul edilmemektedir. Önemli olan, insan hakları ihlallerine neden olmadan, insan onuruyla bağdaşır bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bir başka ifadeyle, ceza muhakemesinin temel amacı; hukuka uygun yollarla elde edilen deliller vasıtasıyla, insan hakları ihlallerine neden olmaksızın maddi gerçeğe ulaşmaktır[3]. İşte tam bu noktada, özellikle soruşturma makamları tarafından elde edilen delillerin hukuka uygun olması zorunluluğu gündeme gelmektedir. Bu çağdaş yaklaşıma paralel olarak hem Anayasa[4] hem de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda[5] suçun yalnızca hukuka uygun delillerle ispat edilebileceğini açıkça düzenlemiştir.

Delil elde etme amacıyla da başvurulabilen bir koruma tedbiri olan arama; kişilerin özel hayatı ve konut dokunulmazlığı başta olmak üzere birden fazla temel hak ve özgürlüğe doğrudan müdahale niteliği taşıdığından Anayasal güvence altına alınmıştır[6]. Adli arama olarak da ifade edilen koruma tedbirinin şartları ve unsurları CMK 116 ve devam maddelerinde düzenlenmiştir. Buna karşılık önleme araması da denilen idari arama, farklı özel kanunlarda da benzer düzenlemeler yer almakla birlikte, genel olarak 2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesinde düzenlenmiştir. Aslında benzer durum farklı koruma tedbirleri bakımından da geçerlidir. Örneğin, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi 5271 sayılı CMK'da ayrıntılı olarak düzenlenmişken; idari dinleme ya da önleme dinlemesi de denilen iletişimin denetlenmesine diğer özel kanunlarda da yer verilmiştir. Ancak dikkat edilmelidir ki; kural olarak bir koruma tedbiri uygulanmak suretiyle elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, tedbir kararının 5271 sayılı CMK'daki hükümlere uygun olarak verilmesi ve uygulanmasıyla mümkündür. Aksi halde temel insan haklarının korunması amacıyla maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı arasındaki

[1] TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2009, s. 6.
[2] GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, Mehmet Emin ve ÇAKIR, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku I, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 3; ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 9.
[3] ŞAHİN, Cumhur ve GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2022, s. 27; GÖKCEN, ALŞAHİN ve ÇAKIR, s. 3.
[4] *"Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez"* (Anayasa m. 38, f. 6).
[5] *"(2) Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur:*
a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse" … (CMK, m. 206).
[6] ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 340; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 242.

makul denge, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı lehine açıkça bozulmuş olacaktır. Bu durum da bir hukuk devleti açısından kabul edilemez.

İşte tam bu noktada, uygulamada özellikle uyuşturucu ve kaçakçılık suçlarında sıkça karşılaşılan bir durum olan önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılmasının hukukiliğini incelemek gerekir. Çünkü bahsettiğimiz bu hukuki ve fiili durum, günümüz Türk uygulamasında bir istisna olmaktan çıkarak tabiri caizse kural halini almıştır. Dolayısıyla, önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılamayacağının, kullanılabilecek ise hangi şartlar altında ve hangi durumlarda bunun mümkün olduğunun ortaya konması gerekir. Biz de bu konuyu, örnek bir Yargıtay Kararı üzerinden benzer diğer Yargıtay kararlarına da değinmek suretiyle inceleyeceğiz.

I. İNCELEME KONUSU OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.03.2019 tarihli, 2016/359 Esas ve 2019/160 Karar sayılı hükmüne konu teşkil eden olay özetle şu şekilde cereyan etmiştir:

Yakalama tutanağına göre; 05.09.2014 tarihinde saat 21.00 sıralarında kimliğini vermek istemeyen bir şahıs; … plakalı, beyaz renkli, kapalı kasa kamyonette bulunan bir erkek ve bir bayan şahsın uyuşturucu hap getirip piyasaya sürdükleri ve halen Şarköy ilçesinde oldukları şeklinde ihbarda bulunmuştur. Kolluk tarafından yapılan araştırmalarda, söz konusu aracın aynı gün saat 22.50 sıralarında Cumhuriyet Mahallesi İnönü Caddesi'ndeki … Bar isimli işyerinin 50 metre ilerisinde park halinde olduğu ve içerisinde iki kişinin bulunduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine, kolluk görevlileri aracın yanına gitmiş, araç içerisindeki kişilere polis kimliklerini göstermiş ve akabinde kimlik kontrolü yapmıştır. Yapılan kontrollerde, araç sürücüsün A isimli şahıs, sağ ön koltukta oturanın da B isimli şahıs olduğu tespit edilmiştir. Ardından Şarköy Sulh Ceza Hakimliği'nin 14.08.2014 tarihli önleme araması kararına istinaden araçta ve ilgililerin üzerinde arama yapılmıştır. Yapılan aramada; B'nin sütyeni içerisine sıkıştırılmış iki adet şeffaf poşet, buruşturulmuş kâğıt parçası içerisine toplam 78 adet uyuşturucu nitelikte tablet ve 13 adet çarşaf diye tabir edilen sarma kağıdı ele geçirilmiştir.

Arama sonrası yapılan incelemelerde, Şarköy Sulh Ceza Hakimliği'nin 14.08.2014 tarihli önleme araması kararının olay tarihi ve yerini kapsadığı görülmüştür. Bunun üzerine savcılık makamı tarafından iddianame düzenlenerek kamu davası açılmış ve ilgililerin yargılamalarına devam olunmuştur.

II. OLAYA İLİŞKİN MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKLİ

İlk Derece Mahkemesi (Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesi) yargılama sonucunda; A ve B hakkında TCK m. 188/3, 62, 52, 53, 54 ve 63. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis ve 80 TL adli para cezasıyla müsadereye hükmetmiştir. Hükmün sanık ve müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay 20. Ceza Dairesi önüne gelmiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi:

2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesine göre yapılacak *"önleme aramasının"* ancak bir suç işlenmesinin veya tehlikenin önlenmesi amacıyla yapılabileceğini, dolayısıyla önleme aramasına konu kimselerin ancak *"suç şüphesi altında olmayanlar"* olabileceğini vurgulamış; somut bir suç şüphesinin varlığı halinde artık

aramanın PVSK'ya göre değil, CMK 116. ve 119. maddeleri uyarınca yapılması gerektiğini, ancak somut olayda adli arama kararına istinaden yapılması gereken aramanın önleme araması şeklinde yapıldığına dikkat çekmiştir. Ceza Dairesi'ne göre bu durum da açıkça hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Tüm bu gerekçelerle Yargıtay 20. CD; dosyada faillerin cezalandırılmasını sağlayan delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğinden hükme esas alınamayacağını; dosyada sanıkların mahkûm olmasını sağlayacak başkaca delil de bulunmadığından, sanıklar hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulmasının hukuka aykırılık oluşturduğundan bahisle *"bozma"* kararı vermiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesinin bozma kararına istinaden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı:

1. Olayda her ne kadar PVSK uyarınca yapılan önleme aramasına istinaden uyuşturucu madde ele geçirilmiş ise de, yargılamanın tüm aşamaları boyunca sanıkların hiçbiri aramanın hukuka aykırı olduğu iddiasını gündeme getirmemiştir. Bu nedenle, tek başına bu gerekçeyle önleme aramasıyla ele geçirilen delillerin hukuka aykırı olduğu kabul edilemez.

2. Kaldı ki bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı olarak kabul edilse dahi olayda *"mutlak hukuka aykırılıktan"* değil ancak *"nispi hukuka aykırılıktan"* bahsedilebilir. Dolayısıyla da her ne kadar arama neticesinde ele geçirilen delillerin mahkûmiyet için kullanılamayacağı kabul edilse dahi, yargılamanın birçok aşamasında suçlarını ikrar eden sanıkların bu ikrarlarına dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Gerekçeleriyle Yargıtay 20. CD'nin bozma kararına itiraz etmiştir.

İtiraz üzerine dosyayı değerlendiren Yargıtay Ceza Genel Kurulu:

Söz konusu olaya ilişkin yapılan ihbarın somut olmadığı, ilgililerin adı, eşkali ve yerini içermediği, bu nedenle de 5271 sayılı CMK hükümlerince adli arama kararı alınmasının mümkün/şart olmadığı; bununla beraber aramanın, yapıldığı yer ve tarih itibariyle daha önceden çıkarılmış *"önleme araması kararı"* kapsamında kaldığı gerekçeleriyle önleme araması sonrasında elde edilen delillerin hukuka aykırı kabul edilemeyeceğinden bahisle Yargıtay 20. Ceza Dairesi'nin bozma kararını hukuka aykırı bulmuş ve Başsavcılığın itirazını kabul etmiştir.[7]

III. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Söz konusu olayla ilgili olarak tarafımızca tespit edilen ve çözülmesi gereken temel hukuki problemler şu şekildedir:

[7] YCGK'nin benzer olaylarda verdiği aynı yöndeki kararları için bkz. YCGK, T: 05.03.2019, E: 2016/379, K: 2019/159; YCGK, T: 05.03.2019, E: 2016/1162, K: 2019/152.

Bir başka olayda YCGK; şüphe üzerine durdurulan ilgililerin üzerlerinde bulunan çantanın aranmasının PVSK 4/A kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, 5271 sayılı CMK uyarınca *"adli arama"* ya da PVSK m. 9 uyarınca *"önleme araması"* kararı alınmadan çantanın Polis tarafından açılması neticesinde içinde uyuşturucu madde bulunmasını hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. YCGK, T: 05.03.2019, E: 2017/910, K: 2019/154.

1. Usulüne uygun olarak verilmiş **önleme araması kararı**nın varlığına rağmen, somut bir suç şüphesinin ortaya çıkması üzerine belirli bir yerde bulundukları bilinen ancak açık kimlikleri bilinmeyen kişiler üzerinde arama yapılabilmesi için ayrıca **adli arama kararı** alınmasına gerek var mıdır?

2. Somut suç şüphesinin ortaya çıkması üzerine adli arama kararı alınmadan, var olan önleme araması kararına istinaden yapılan arama sonucunda elde edilen deliller hukuka uygun kabul edilerek ceza muhakemesinde kullanılabilir mi?

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER ve GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıda da vurguladığımız üzere, ceza muhakemesinin temel amacı, insan haklarına saygılı bir biçimde hareket ederek maddi gerçeğe ulaşmaktır[8]. Bu bakımdan, modern ceza muhakemesi sistemlerinde her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşılması değil; hukuka uygun yollarla elde edilen delillerle maddi gerçeğe ulaşılması ve böylece adaletin sağlanması esastır[9].

Koruma tedbirleri; ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi, muhakeme sonunda bir yaptırıma hükmedilmesi halinde ilgili yaptırımın kâğıt üzerinde kalmayıp infazının sağlanabilmesi ve nihayetinde hüküm için gerekli delillerin elde edilebilmesi amacıyla hükümden önce başvurulan ve bazı temel haklara müdahale niteliği taşıyan zorlayıcı işlemlerdir[10]. Uygulama ve doktrinde koruma tedbirlerinin ortak özellikleri şu şekilde ifade edilmektedir: Kanunilik, geçicilik, araç olma, gecikmesinde tehlike, görünüşte haklılık, ölçülülük ve bir karara dayanma[11]. Arama koruma tedbiriyle basit bir hak değil; konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kişi özgürlüğü ve vücut bütünlüğü gibi birden fazla temel hak ihlal edilmektedir[12]. Bu nedenle arama koruma tedbirinin şartları Anayasa'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir[13].

Klasik koruma tedbirlerinden biri olan arama, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. CMK m. 116'da da açıkça belirtildiği üzere arama koruma tedbiri, şüpheli veya sanığın yakalanmasına yönelik olarak uygulanabileceği gibi delil elde etme amacıyla da uygulanabilir. Dolayısıyla, arama sonucunda elde edilen delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi, her şeyden önce aramanın geçerli bir karara dayanmasına ve usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirilmesine bağlıdır. Yapılan arama hukuka aykırı ise bu arama neticesinde elde edilen deliller de otomatikman hukuka

[8] CENTEL, Nur ve ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 6.
[9] YENER / HAKERİ, s. 9.
[10] ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 527; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 287.
[11] ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 291-294; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 528.
[12] CENTEL / ZAFER, s. 423.
[13] *"Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."* (Anayasa m. 20, f. 2).

aykırı olacaktır[14]. Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin de ceza muhakemesinde kullanılması mümkün değildir.

Bu genel açıklamalar kapsamında, YCGK kararına konu olayda çözülmesi gereken temel hukuki problem; somut olayda PVSK m. 9 uyarınca yapılan önleme araması neticesinde elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulup kurulamayacağıdır. Bir başka ifadeyle, önleme aramasıyla elde edilen delillerin ne zaman hukuka aykırı, ne zaman hukuka uygun kabul edileceğidir.

İdari arama olarak da ifade edilen önleme araması, kolluğun potansiyel bir tehlikeyi/suçu engellemek için yaptığı bir işlemdir. Önleme araması; suç işleneceğine dair bir şüphe üzerine, suçun icra hareketleri başlamadan önce (hazırlık hareketleri aşamasında) ilgilileri caydırmak veya engellemek amacıyla yapılabilir[15]. Önleme aramasının muhatapları çoğu zaman daha amaçladıkları suçun icra hareketlerine başlamamışlardır. Önleme aramasının muhataplarının davranışları, daha çok bir suçun hazırlık hareketi evresini oluşturmaktadır. Kural olarak da bir suçun hazırlık hareketleri cezalandırılmaz[16]. Dolayısıyla adından da açıkça anlaşılacağı üzere önleme araması ancak potansiyel bir tehlikenin veya suçun önlenmesi amacıyla yapılabilir[17]. Diğer bir ifadeyle, adli aramadan farklı olarak önleme araması ceza muhakemesi açısından bir delil elde etme yöntemi değil, suçu ve tehlikeyi engellemek için yapılan idari bir faaliyettir.

CMK m. 116'da: *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir"* denilerek, adli aramanın şartları ve niteliği gösterilmiştir. Esasında aramanın amacı da diğer koruma tedbirlerinin amacıyla aynıdır. Ancak diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak aramanın amacı, şüpheli veya sanığın ele geçirilmesi ile suç delillerinin elde edilmesi olarak somutlaştırılmıştır[18]. Bu nedenle, suç işlendikten sonra yapılacak aramanın mutlaka CMK m. 116'ya göre yapılması gerekir.

Bu genel açıklamalar ışığında, somut olayımızda önemli bir nüans göze çarpmaktadır. Yargılama konusu olayda, A ve B hakkında daha önceden yürütülen bir soruşturma bulunmamakla birlikte, kolluğa yapılan ihbarda aracın açık plakası ve modeli ile içerisinde bir kadın bir de erkek şahsın bulunduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan somut olayda bir suç şüphesinin oluştuğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla YCGK'nın bozma kararındaki temel gerekçe olan, *"söz konusu olaya ilişkin yapılan ihbarın somut olmadığı, ilgililerin adı, eşkali ve yerini içermediği, bu nedenle de 5271 sayılı CMK hükümlerince adli arama kararı alınmasının mümkün/şart olmadığı"* tezi isabetli görünmemektedir. Bu bilgiler kullanılarak CMK m. 116 uyarınca ilgili aracın plakası ve modeli yazılarak bir arama kararı çıkarılması mümkündür. Arama kararının içeriğini düzenleyen CMK m. 119/2'de, arama kararında *"**aranılacak kişi**, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya"* açıkça gösterilir denmektedir. Bu bakımdan arama kararında ilgilinin açık kimliğinin bilinmesi şart olmayıp, genel eşkalinin bildirilmesi yeterli olacaktır. Bu kapsamda plakası, modeli

[14] YENER / HAKERİ, s. 396.
[15] CENTEL / ZAFER, s. 431.
[16] ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 501.
[17] YENER / HAKERİ, s. 377.
[18] ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 341.

ve rengi bilinen bir araca ilişkin olarak CMK m. 116 uyarınca arama kararı çıkarılmasının mümkün olduğunun kabulü gerekir.

Biran için bu yaklaşımımızın yanlış olduğunu, YCGK'nın belirttiği gibi açık kimliği bilinmeyen kişiler bakımından adli arama kararı verilmesinin mümkün olmadığını varsayalım. Somut olayımızda, kolluk görevlileri ilgili aracın yanına giderek öncelikle kimlik kontrolü yapmışlardır. Dolayısıyla, PVSK m. 4/A hükmünce[19] kolluğun ilgili kişilerin araçlarını durdurup kimlik sorma işlemi yapmasıyla birlikte artık ilgililerin açık kimlikleri öğrenilmiş bulunmaktadır. Bu durumda artık PVSK uyarınca verilmiş önleme araması kararının uygulama alanı kalmayacak ve derhal CMK kapsamında bir adli arama kararı alınması gerekecektir[20]. Önleme aramasına konu bir olayda suç şüphesi ortaya çıktığı andan itibaren artık CMK'daki

---

[19] *"Durdurma ve kimlik sorma*
Madde 4/A-
Polis, kişileri ve araçları;
a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,
b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,
c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,
ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek,
amacıyla durdurabilir.
Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.
Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir."

[20] Benzer bir olaya ilişkin olarak YCGK da aynı yönde karar vermiştir:
"Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; 16.12.2014 tarihinde saat 18.00'da Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü görevlilerince; "Kel Seydi" olarak tanınan ...'nin … Mahallesi … Caddesindeki ikametinin önündeki sokakta 06.00-11.00 saatleri arasında eroin sattığı yönünde bilgi alınması üzerine bu konuya ilişkin aynı tarihte tutanak tutulduğu, yapılan araştırma neticesinde ...'nin …… TC kimlik nolu, M. ve Z. oğlu, ……. doğumlu, Adana …… nüfusuna kayıtlı olduğu ve …… mahallesi …… Caddesi no: 201/3 …. adresinde ikamet ettiğinin öğrenildiği, görevlilerce 17.12.2014 günü saat 06.00 sıralarında sanığın ikameti olan E. Caddesi civarında tertibat alındığı, saat 06.30 sıralarında ikametinden çıkarak evinin önündeki kaldırımda bekleyip on dakika kadar etrafı gözetleyen sanığın, fiziki takip yapmakta olan görevlileri fark edip, üzerinde bulundurduğundan şüphe edilen uyuşturucu maddeleri yok edeceğinin değerlendirilmesi üzerine yanına gidildiği ve yapılan kaba üst aramasında montunun sol iç cebindeki sigara paketi içerisinde 8 paket eroinin ele geçirilerek muhafaza altına alındığı olayda; kollukça alınan ilk bilgiler ile yapılan araştırma sonucu sanığın kimliğine ve uyuşturucu madde sattığı iddia edilen ikamet adresine ilişkin edinilen bilgilerin uyumlu olması, kolluğun bilgiyi aldığı zaman ile sanığın uyuşturucu madde sattığı iddia edilen saatler arasındaki süre, ayrıca suç şüphesini oluşturan bilgilerin elde edildiği aşamada suçüstü halinin mevcut olmaması, bu durumda kolluk görevlilerinin suçla ilgili edindikleri bilgileri 5271 sayılı CMK'nun 2/e, 158, 160, 161 ve 164. maddeleri uyarınca derhal Cumhuriyet savcısına bildirip bu konuda adli arama kararı talep etmeleri ve Cumhuriyet savcısından alacakları talimat doğrultusunda işlem yapmaları gerektiğinden, adli arama kararı alınmadan yapılacak arama işleminin ve bu arama sonucu ele geçirilecek uyuşturucu maddenin hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olacağı, suçun maddi konusu ve delili olan uyuşturucu maddenin hukuka aykırı yöntemle elde edilmesi durumunda ise hükme esas alınamayacağı ve buna bağlı olarak suçun unsurunun oluşmayacağı gözetildiğinde, yerel mahkemece sanığın üzerinin aranması için CMK'nun 116 ve devamı maddelerine uygun olarak alınmış bir "adli arama kararı" olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma sonucu hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir". YCGK, T: 28.02.2017, E: 2016/800, K: 2017/120.

adli aramaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir[21]. Somut olayda kanaatimizce gecikmesinde sakınca bulunan bir hal söz konusu olup, cumhuriyet savcısının kararıyla arama yapılabilecektir. Hatta o an için cumhuriyet savcısına ulaşılamıyorsa, oradaki kolluk amirinin yazılı emriyle de adli arama yapılabilecektir. Ancak somut olayımızda, bu yol dahi denenmemiş ve dolayısıyla CMK'nın arama koruma tedbirinin uygulanması bakımından getirdiği güvenceler tabiri caizse bertaraf edilmiştir. Bu durum da elde edilen delilleri hukuka aykırı duruma getirecektir.

Durdurma ve kimlik sormayı düzenleyen PVSK m. 4/A-6 maddesinde, durdurma ve kimlik sorma işlemi sonrasında tehlike durumunda ne şekilde hareket edileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: *"Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacına yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, … Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir".*

Bu hüküm, kolluğun durdurulan kişilerin üzerinde veya araçlarında silah ya da patlayıcı/tehlikeli madde olması haline ilişkin olup, kanaatimizce uyuşturucu maddeleri kapsamaz. Dikkat edilmelidir ki bu hükümde Kanun Koyucu, silah ve patlayıcı madde gibi başkalarına zarar verme tehlikesi olan materyaller bakımından dahi kişilerin üzerinin çıkarılmasının istenemeyeceğini hüküm altına almıştır. Somut olayımızda ise delil niteliğindeki uyuşturucu madde *"kadın ilgilinin sütyeni içerisinde"* bulunmuştur. Bu durum, olayda elde edilen delillerin hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiğini göstermektedir. YCGK benzer bir olaya ilişkin kararında; önleme araması kararına istinaden kaba üst araması neticesinde kişiler üzerinde uyuşturucu madde ele geçirilmesini hukuka uygun kabul etmesine rağmen, diğer bir şüphelinin kasık bölgesinde yapılan arama neticesinde uyuşturucu madde ele geçirilmesini hukuka aykırı bulmuştur[22].

Sonuç olarak YCGK'nın somut olay bakımından adli arama kararı verilemeyeceği/verilmesine gerek olmadığı yönündeki hukuki gerekçesini isabetli bulmuyoruz. Hatta bu yöndeki karar, uyuşturucunun kadın

---

[21] ŞAHİN, Cumhur ve GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku Uygulama Kitabı, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019, s.128.

[22] *"Sanık ...'ın üzerinde yapılan arama işleminin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesine gelince; hukuka uygun olarak yapılan arama sonucunda sanık ...'ın elindeki poşette uyuşturucu madde ele geçirilmesi, sanık ... ile birlikte yakalanan ve sanık ...'ın kardeşi olan inceleme dışı sanık ... .'nin, yakalandığı anda ele geçirilen üç paket hâlindeki esrarları sanık ...'ın satmaları için kendilerine verdiğini kolluk görevlilerine beyan etmesi ve sanık ...'ın pantolonunun içinde hayalarının üzerinde yapılan aramanın, kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek ve silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyadan arındırmak amacıyla kişiler üzerinde yapılabilecek yoklama düzeyini aşan nitelikte ve orantısız olduğunun anlaşılması karşısında; usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya yazılı arama emri olmaksızın sanık ...'ın pantolonunun içinde hayalarının üzerinde yaptıkları arama sonucu elde ettikleri suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğinde olduğu ve bu delilin hükme esas alınamayacağı, dolayısıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın sanık ... ile ilgili yapılan arama işleminin hukuka uygun olduğuna ilişkin itirazının yerinde olmadığı kabul edilmelidir".* YCGK, T: 25.09.2018, E: 2015/1071, K: 2018/365.

şüphelinin sütyeninin içerisinde bulunması nedeniyle, YCGK'nın daha önceki içtihatlarıyla da açıkça çelişmektedir[23].

Konuya ilişkin olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itiraz gerekçelerine de kısaca değinmek gerekir. Başsavcılığın ilk itiraz gerekçesi; *"olayda her ne kadar PVSK uyarınca yapılan önleme aramasına istinaden uyuşturucu maddeler ele geçirilmiş ise de, yargılamanın tüm aşamaları boyunca sanıkların hiçbiri aramanın hukuka aykırı olduğu iddiasını gündeme getirmemiştir. Bu nedenle, tek başına bu gerekçeyle önleme aramasıyla ele geçirilen delillerin hukuka aykırı kabul edilemez."* şeklindedir.

Aslında bu gerekçe hukuka aykırı delillere ilişkindir. Hukuka aykırı deliller ya da delillerin hukuka aykırılığı sorunu, güncel ceza muhakemesi hukukunun en geniş kapsamlı konularının başında gelmektedir[24]. Kanaatimizce Başsavcılığın bu gerekçesi isabetli değildir. Çünkü ceza yargılamasında hukuka aykırı bir delilin kullanılması, CMK'ye göre kesin hukuka aykırılık halidir **(CMK m. 288/1-i)**. Bu bakımdan yargılama sürecinde savunma makamının bu delillerin hukuka aykırı olduğuna yönelik bir itirazda bulunmaması, hukuka aykırı delillerin kullanımını meşru hale getirmeyecektir.

Başsavcılığın ikinci itiraz gerekçesi ise şu şekildedir: *"Kaldı ki bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı olarak kabul edilse dahi olayda "mutlak hukuka aykırılıktan" değil ancak "nispi hukuka aykırılıktan" bahsedilebilir. Dolayısıyla da her ne kadar arama neticesinde ele geçirilen delillerin mahkûmiyet için*

---

[23] YCGK benzer bir başka olayda ise, arama yapılan kişi hakkında daha önceden başlatılmış bir soruşturma olduğundan bahisle CMK m. 116'ya göre karar alınmadan yapılan arama neticesinde ele geçirilen uyuşturucu maddeyi hukuka aykırı delil kabul etmiştir:

"Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Suç şüphesi nedeniyle haklarında soruşturma başlatılan ve mahkemelerden alınan iletişimin tespiti, dinlenilmesi ve kayıt altına alınması kararları doğrultusunda takip edilmekte olan sanıklar ... ve ...'nın, gerçekleştirilen telefon görüşmelerinden 05.07.2011 tarihinde ... ilçesi, ... Mahallesi, ... Sokak No: 3 sayılı yerde bulunan ikamete uyuşturucu madde getireceklerinin değerlendirilerek aynı gün saat 10.00 sıralarında bahsi geçen yere intikal eden kolluk görevlilerince gerekli tertibatın alınarak adı geçen şahısların beklenilmeye başlanıldığı, saat 11.35 sıralarında sanıklar ... ve ...'nın ... Sokağa girdiklerinin, sanık ...'nın elinde turuncu renkli bir poşet bulunduğunun, aynı sokak içerisindeki No: 3 sayılı bina önüne gelen sanıkların çevrelerini tedirgin şekilde kontrol ettiklerinin görülmesi üzerine görevlilerce yanlarına gidilip polis tanıtma kartlarının gösterilmesini takiben poşet içerisinde ne olduğunun sorulduğu, sanıkların tedirgin hareketler sergileyerek çelişkili cevaplar vermeleri üzerine sanıklardan ...'nın elinde bulunan poşet içerisinin aranması sonucunda, 3 parça bez ve şeffaf naylona sarılı vaziyette suç konusu eroinin ele geçirildiği olayda;

Sanıklar ... ve ... hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan başlamış ve yürütülmekte olan bir soruşturmanın bulunduğu, suç şüphesi nedeniyle takip altında olan sanıkların tespit edilen telefon görüşmelerinden hareketle fiziki takiplerinin yapılarak suç konusu uyuşturucu maddeler ile yakalandıkları, somut olayda suçüstü hâlinin varlığından söz edilemeyeceği dikkate alındığında; 5271 sayılı CMK'nın 2/e, 161 ve 2559 sayılı PVSK'nın Ek 6. maddeleri uyarınca derhal Cumhuriyet savcısına olayın haber verilip Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine devam edilmesi ve CMK'nın 116 ve 119. maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri veya mahkemeden alınacak adli arama kararı uyarınca sanıkların üzeri ve eşyalarının aranabileceği, sanık ...'nın elinde bulunan eşyası niteliğindeki poşete ilişkin gerçekleştirilen arama işleminin ise usulüne uygun verilmiş bir yazılı arama emri veya adli arama kararı bulunmaksızın gerçekleştirildiği, bu durumun açıkça hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucunda elde edilen suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde bulunması nedeniyle Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınamayacağı gözetilmelidir." YCGK, T: 14.10.2021, E: 2018/232, K: 2021/469.

[24] GÜLŞEN, Recep: *"Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi"*, CHKD, Cilt: 3, 2015(2), s. 228.

kullanılamayacağı kabul edilse dahi, yargılamanın birçok aşamasında suçlarını ikrar eden sanıkların bu ikrarlarına dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır".

Bu gerekçe ise hukuka aykırı delillerin uzak etkisiyle ilişkilidir. Bu kapsamda Başsavcılığın görüşü; söz konusu arama kararı hukuka aykırı kabul edilip muhakemede delil olarak kullanılamasa da, sanıkların kovuşturma evresi boyunca suçlarını ikrar etmeleri mahkûmiyet için yeterli kabul edilmelidir. Şahsi kanaatimiz; bu yaklaşımın da isabetli olmadığı yönündedir. Şöyle ki; eğer hukuka aykırı arama ile şüphelilerin üzerinde uyuşturucu madde bulunup el konulmasaydı, çok büyük bir ihtimalle kovuşturma aşamasında suçlarını ikrar etmezlerdi. Bir başka ifadeyle, burada sanıkların kovuşturma aşamasında suçlarını ikrar etmelerini sağlayan temel faktör, hukuka aykırı olarak yapılan arama sonucu uyuşturucu maddelerin şüpheliler üzerinde ele geçirilmesidir. Dolayısıyla, mahkûmiyete esas teşkil eden ikinci delil olan ikrar delili de hukuka aykırı aramanın doğrudan sonucu olduğundan *"zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir"* prensibi uyarınca bu delilin de hukuka aykırıdır ve hükme esas alınamaz[25].

SONUÇ

5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesiyle beraber en çok eleştirildiği hususlardan biri de, mülga CMUK'tan farklı olarak arama ve elkoyma koruma tedbirlerinde kolluğa yetki vermemesidir. Bu durum, özellikle üst düzey kolluk yetkilileri tarafından sıkça dile getirilmiş ve bu durumun suçlulukla mücadeleyi olumsuz etkilediği, hatta imkânsız kıldığı ifade edilmiştir[26]. Bu eleştirilerin teknik anlamda bir geçerliliği yoktur. Çünkü ceza muhakemesinin amacı, suçun ve suçluluğun önlenmesi değildir. Ceza muhakemesi, bir suçun işlendiği iddiasının araştırılması faaliyeti olup; suç işlenmeden önce değil, işlendikten sonra uygulanacak kuralları düzenler. Bu bakımdan, inceleme konusu olayımızda olduğu gibi birçok olayda, bazı kolluk birimleri, 5271 sayılı CMK hükümlerinin uygulanmasını bertaraf ederek bilinçli ya da bilinçsiz olarak tüm adli işlemleri PVSK hükümlerince yaparak, tabiri caizse Kanun'u dolanabilmektedir. Bu durum da bir hukuk devleti tarafından kabul edilemez. Ancak altını çizmemiz gerekir ki; bu hukuka aykırı ve hatalı uygulamanın devam etmesinde yargı organlarının, özellikle de yüksek yargının da payı vardır. İnceleme konusu olayımızda da görüldüğü üzere, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu isabetli olmayan fiili ve hukuki gerekçelerle kolluğun bu hatalı uygulamasını meşrulaştırmaktadır[27]. Hukuka aykırı nitelikteki bu işlemlerin yüksek yargı makamları tarafından hukuka uygun addedilerek ceza yargılamasında kullanılmaya devam edilmesi de kolluğu bu hukuka aykırı uygulamalara devam etme konusunda cesaretlendirmektedir. Hâlbuki yargı organları bu şekilde elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu net bir şekilde vurgulayıp ceza muhakemesinde kullanılamayacağı hususunda içtihat geliştirse,

[25] Ceza yargılamasında hukuka aykırı delillerin uzak etkisine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AKYÜREK, Güçlü: *"Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu"*, TBB Dergisi, 2012(101), s. 61 v.d.

[26] ÖZTÜRK / ERDEM, s. 574-576.

[27] YCGK bir diğer kararında; haklarında iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı olan ve bu tedbirin uygulanarak araçları tespit edilen kişilerin içinde bulundukları aracı durdurarak kimliklerini tespit etmelerine rağmen CMK'ya göre adli arama kararı almadan önceden çıkarılan önleme aramasına dayanılarak elde edilen delillerin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. YCGK, T: 19.03.2019, E: 2016/707, K: 2019/220.

kolluk birimleri de bir noktadan sonra bu hatalı uygulamadan vazgeçerek, 5271 sayılı CMK'nın getirdiği hukuki güvencelere uygun olarak hareket etmek durumunda kalacaklardır.

Bununla beraber Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talepleri ile uyumlu olarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun süreklilik kazanan içtihatlarında; kural olarak, var olan bir önleme araması kararına istinaden yapılan aramalarda ele geçirilen delillerin ceza muhakemesinde hukuka uygun kabul edildiği görülmektedir[28]. YCGK'nın konuya ilişkin kararları tahlil edildiğinde, kararların birçoğunda *"CMK'ya göre adli arama kararı ya da PVSK'nın 9. maddesine göre önleme araması kararının alınması gerekirken"* ibaresini kullanarak bu iki arama türünü birbirine alternatif, aynı amaca matuf kabul ettiği görülmektedir[29]. Kanaatimizce bu yaklaşım hukuki olmamanın da ötesinde, kolluğun CMK hükümlerini dolanması için bir yol oluşturmaktadır. Çünkü yukarıda da ayrıntılı olarak vurguladığımız üzere bu iki arama türü amaçları ve şartları bakımından birbirinden tamamen farklı olup, birbirinin alternatifi değildir. Dolayısıyla YCGK'nın bu yönde istikrar kazanan konuya ilişkin içtihadını gözden geçirmesi faydalı olacaktır.

Kaynakça

AKYÜREK, Güçlü: *"Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu"*, TBB Dergisi, 2012(101), s. 61-82.

CENTEL, Nur ve ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, Mehmet Emin ve ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

GÜLŞEN, Recep: *"Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi"*, CHKD, Cilt: 3, 2015(2).

MERİÇ, Emre Oğuz: Tesadüfen Elde Edilen Deliller, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 60.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

ŞAHİN, Cumhur ve GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2022.

ŞAHİN, Cumhur ve GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku Uygulama Kitabı*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019.

TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2009.

[28] YCGK, T: 19.03.2019, E: 2016/707, K: 2019/220; YCGK, T: 07.02.2017, E: 2016/1054, K: 2017/56.
[29] YCGK, T: 16.05.2019, E: 2016/71, K: 2019/433; T: YCGK, 05.03.2019, E: 2017/910, K: 2019/154.

ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

YARGITAY KARARLARI

YCGK, T: 07.02.2017, E: 2016/1054, K: 2017/56.

YCGK, T: 28.02.2017, E: 2016/800, K: 2017/120.

YCGK, T: 25.09.2018, E: 2015/1071, K: 2018/365.

YCGK, T: 05.03.2019, E: 2016/379, K: 2019/159.

YCGK, T: 05.03.2019, E: 2016/1162, K: 2019/152.

YCGK, T: 05.03.2019, E: 2017/910, K: 2019/154.

YCGK, T: 19.03.2019, E: 2016/707, K: 2019/220.

YCGK, T: 16.05.2019, E: 2016/71, K: 2019/433.

YCGK, T: 14.10.2021, E: 2018/232, K: 2021/469.

CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ TANIMI BAĞLAMINDA KARŞILAŞTIRMALI BİR DEĞERLENDİRME

Faruk Y. TURİNAY*

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde cinsel saldırı suçu, "cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl" etmek şeklinde tanımlanmış; ayrıca "cinsel davranış"ın "sarkıntılık" mahiyetinde de olabileceği öngörülmüştür. Söz konusu maddede diğer düzenlemeler ise esasen suçun tanımına ilişkin olmayıp nitelikli hallerinden ibarettir. Kanuni tanıma bakıldığında ise suçun maddi unsuru vücut dokunulmazlığını ihlâl mahiyetindeki her türlü cinsel davranış biçiminde görünmektedir. Oysa gerek uygulama gerekse doktrinde cinsel saldırı suçunun maddi unsurunun, haklı olarak, "vücut dokunulmazlığını ihlâl eden cinsel davranış"tan ibaret sayılmadığı, buna ek olarak mağdurun rızasını ortadan kaldırmaya yönelik "cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden" mahiyetindeki araç fiillerin de suçun maddi unsuruna dâhil addedildiği görülmektedir. Bu açıdan, 5237 sayılı Kanun'daki cinsel saldırı suçunun tanımının suçun kanuniliği prensibine uygun olmadığı açıktır. Vakıa, söz konusu suça ilişkin maddenin dördüncü fıkrasında "cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır" şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu fıkra hükmüne göre, "cebir ve şiddet"in doğrudan, "kasten yaralama"nın da dolaylı biçimde "cinsel saldırı için başvurulan" birer araç olarak öngörüldüğü söylenebilir. Ancak son tahlilde söz konusu hüküm, gerek madde sistematiği içindeki yeri, gerekse içeriği itibariyle esasen suçun standart kanuni tanımını değil, suça ilişkin özel bir içtima düzenlemesini ortaya koymaktadır. Kaldı ki, bir an için söz konusu dördüncü fıkranın suçun kanuni tanımına ilişkin eksikliği giderdiği düşünülse bile bu da isabetli bir değerlendirme olmayacaktır, çünkü bu fıkra cinsel saldırının tabii tarifinde olması gereken tehdit gibi araç fiillere gönderme yapmamaktadır. Bu itibarla, her halükârda söz konusu dördüncü fıkranın suçun kanuni tanımına ilişkin noksanlığı telafi ettiği söylenemeyecektir. Öte yandan, gerek Fransız Ceza Kanunu'nun, gerekse İtalyan Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri incelendiğinde cinsel saldırı suçuna dair kanuni tanımların Türk mevzuatındaki tanımda eksik olduğu vurgulanan araç fiilleri içerdiği gözlemlenmektedir. Dolayısıyla hem karşılaştırmalı hukuk açısından hem de suçun doktrinde ve uygulamada esas alınan tabii maddi içeriği açısından cinsel saldırına ilişkin 5237 sayılı Kanun'daki tanımın kanunilik prensibine uygun olmadığı aşikârdır. Bu nedenle Türk kanun koyucu tarafından suçun belirtilen eksikliklerinin giderilmek suretiyle yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Cinsel saldırı, Suçun kanuniliği prensibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Fransız Ceza Kanunu, İtalyan Ceza Kanunu.

* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. E-posta: faruk.turinay@kocaeli.edu.tr ORCID ID: 0000-0003-2427-2062.

A COMPARATIVE ANALYSIS IN THE CONTEXT OF THE DEFINITION OF THE CRIME OF SEXUAL ASSAULT IN THE TURKISH PENAL CODE

ABSTRACT

In Article 102 of the Turkish Penal Code No. 5237, the crime of sexual assault is defined as "violating the physical integrity of a person through sexual conduct"; it was also envisaged that "sexual conduct" could also be in the nature of "sexual importunity". The other regulations in the article are not actually related to the definition of the crime, but only its qualified forms. When looking at the legal definition, the material element of the crime appears to be any sexual conduct that violates physical integrity. However, both in practice and in doctrine, the material element of the crime of sexual assault is rightly not considered to consist of "sexual conduct that violates physical integrity", in addition to instrumental acts of "force, threat, fraud or any other reason affecting the will" aimed at eliminating the consent of the victim. It is also seen that it is considered to be included in the material element of the crime. In this respect, it is clear that the definition of the crime of sexual assault in Law No. 5237 does not comply with the principle of legality of the crime. In fact, in the fourth paragraph of the article regarding the crime in question, a provision is included as follows: "In case the force and violence used for sexual assault cause serious consequences of the crime of intentional injury, the provisions regarding the crime of intentional injury are also applied." According to the provision of this paragraph, it can be said that "force and violence" are directly foreseen and "deliberate injury" is indirectly foreseen as a means "used for sexual assault". However, in the final analysis, the provision in question, both in terms of its place in the article system and its content, does not present the standard legal definition of the crime, but a special assembly regulation regarding the crime. Moreover, even if it is thought for a moment that the fourth paragraph in question eliminates the deficiency regarding the legal definition of the crime, this would not be an accurate evaluation, because this paragraph does not refer to instrumental acts such as threats, which should be in the natural definition of sexual assault. In this respect, in any case, it cannot be said that the fourth paragraph in question compensates for the deficiency in the legal definition of the crime. On the other hand, when the relevant provisions of both the French Penal Code and the Italian Penal Code are examined, it is observed that the legal definitions of the crime of sexual assault include instrumental acts that are emphasized to be missing in the definition in the Turkish legislation. Therefore, it is obvious that the definition of sexual assault in Law No. 5237 does not comply with the principle of legality, both in terms of comparative law and in terms of the natural material content of the crime, which is based on doctrine and practice. For this reason, the crime must be rearranged by the Turkish legislator by eliminating the stated deficiencies.

Keywords: Sexual Assault, The principle of legality in criminal law, Turkish Penal Code No. 5237, French Penal Code, Italian Penal Code

GİRİŞ

Bir suçun kanun tarafından tüm unsurlarıyla kuşkuya yer vermeyecek biçimde tanımlanması, çağdaş ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Bu ilkenin başlıca işlevi, kanunla yasaklanmış davranışı diğer davranışlardan ayıran sınırların belirgin şekilde tespit edilebilmesinin sağlanması suretiyle hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin teminidir. Ancak suç sayılan davranışların kanunla ayrıntılı şekilde tarif edilmesinin yegâne işlevi bu olmayıp kanun yapma tekniğine uygunluğun ve ceza kanununun kendi içindeki tutarlılığı

ve sistematiğinin, burada düzenlenen suçları birbirinden ayıran özelliklerin belirlenebilmesi de söz konusu ilkenin hizmet ettiği amaçlardandır.

Bu çerçevede 5237 sayılı Kanun'da yer alan cinsel saldırı suçuna ilişkin düzenleme incelendiğinde birtakım eksikliklerin mevcut olduğu ileri sürülebilir. Tanımda "cinsel özgürlük" ya da "rıza"ya aykırılık unsuruna yer verilmemesi ve bu doğrultuda, dar anlamıyla cinsel saldırı davranışının araç fiillerinin belirtilmemesi bu eksiklikler arasında sayılabilecektir. Yürürlükteki Fransız Ceza Kanunu ile İtalyan Ceza Kanunu'ndaki muadil düzenlemelerle mukayese edildiğinde, 5237 sayılı Kanun'un cinsel saldırı suçunu düzenleme şekline ilişkin söz konusu tartışmayı daha kapsamlı bir şekilde ele almak mümkün olacaktır.

I. GENEL OLARAK CİNSEL SALDIRI DAVRANIŞININ TANIMI

"Cinsel saldırı" davranışının spesifik olarak ceza kanunlarında nasıl tanımlandığı konusunu ele almadan önce genel hatlarıyla, hukuki bir kavram olarak tanımlanması yararlı olacaktır.

Cinsel saldırı bakımından temel kavramlar cinsel nitelikteki davranış, bu tür davranışa yönelik rıza, cinsel özgürlük ve söz konusu rızayı ve özgürlük türünü ihlal eden araç fiillerdir.

"Cinsel davranış", objektif açıdan cinsellik kapsamında değerlendirilebilecek davranıştır. Cinsel tacizin aksine[1], cinsel saldırıda failin özel kastı, saiki ya da motivasyonu değil, gerçekleştirdiği davranışın nesnel niteliği önemlidir.

Mağdurun rızasının bulunmaması (*absence de consentement de la victime*) cinsel saldırının unsurlarındandır[2]. Cinsel davranışa yönelik rıza, açık ya da zımni olarak gösterilebilir. "Cinsel saldırı" kavramı bakımından önemli olan bu hususdaki rızanın "irade fesadının olmadığı" koşullarda özgürce teşekkül etmesidir[3].

Cinsel özgürlük, kişinin hukuka uygunluk olarak cinsel davranışlarda bulunmasını ve bu konuda özgür iradesinin eseri olmak koşuluyla rızasının geçerli sayılmasını öngören temel bir özgürlük türüdür. Cinsel saldırı suçunu cinsel özgürlüğün ihlali olarak değerlendirmek, kişi özgürlüğünü ve bireyin tercihlerini merkez alan çağdaş ceza hukukunun bir gereği sayılmaktadır.

Araç-fiiller cinsel saldırıyı cinsel ilişkiden ayıran unsur olarak değerlendirilebilir. Gerçekten, cinsel saldırı, özü itibariyle, herhangi bir cinsel davranışı değil, "zorlayıcı" mahiyetteki cinsel davranışı ya da ilişkiyi ("*pénétration sexuelle imposée*") ifade eder[4]. Zorlama olgusu ise cinsel saldırıda araç fiiller vasıtasıyla gerçekleştirilir. Gerçekten, cinsel saldırının bir unsuru olan mağdurun rızasının bulunmaması hali, ancak davranışın şiddet, cebir, tehdit ya da hile yoluyla gerçekleştirilmesi koşuluyla karakterize edilir[5].

Bu çerçevede cinsel saldırının sadece kanundaki, uygulamadaki ya da günlük dildeki anlamı değil, bütün bu anlamları bir bütün olarak dikkate alındığında kavramı şu şekilde tanımlamamız mümkündür: Cinsel saldırı, kişinin rızasına aykırı olarak cinsel özgürlüğünün ihlal edilmesi olup bu doğrultuda cebir,

[1] BAŞ, Eylem: "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, ss. 1135-1215, s. 1173.
[2] LARGUIER, Jean – CONTE, Philippe – FOURNIER, Stéphanie: *Droit pénal spécial*, 15e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2013, s. 265.
[3] ŞARE, Ersin: "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, 2019, ss. 977-1023, s. 995.
[4] LARGUIER – CONTE – FOURNIER, s. 264.
[5] LARGUIER – CONTE – FOURNIER, s. 265.

tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir araç davranış kullanılarak bir kimseyi cinsel davranışta bulunmaya ya da buna maruz kalmaya zorlamaktır.

Negatif yönüyle kişiyi haksız cinsel davranışlardan koruyan, pozitif yönüyle kişinin cinsel açıdan özgür davranmasına izin veren bir değer olarak cinsel özgürlük, genellikle, cinsel saldırıyla korunan temel hukuki değer olarak kabul edilmektedir[6]. Yukarıda yer verilen tanımdan da anlaşıldığı üzere, bu satırların yazarı da aynı görüştedir. Bununla beraber "cinsel özgürlük" ile "cinsel dokunulmazlık" kavramlarının birbirinden farklı olduğu, özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda söz konusu suçla korunan hukuki değerin ikincisi olduğu ve cinsel özgürlük yerine cinsel dokunulmazlık kavramının bilerek kullanılmış olduğu yönünde görüşler de mevcuttur[7].

II. 5237 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN TANIMI

Cinsel saldırı suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen "ırza geçme", "ırza tasaddi" ve "sarkıntılık" suçlarının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki muadilidir[8]. Suç, 5237 sayılı Kanun'un ikinci kitabının ikinci kısmının "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı altıncı bölümünde düzenlenmektedir. Buna göre, cinsel saldırının temel tanımı, "*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal*" etmektir (m. 102/1, 1. cümle). Madde gerekçesinde yer alan "*cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edilir*" ifadesinden[9], kanun koyucunun cinsel saldırıyı vücut dokunulmazlığı ile cinsel dokunulmazlığın kesişim noktasında işlenen bir suç olarak telakki ettiğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Yine, cinsel davranışın hukuki önem ve ağırlık düzeyi itibariyle birden fazla şeklinin mevcut olduğu ve bunlardan birinin de sarkıntılık olarak adlandırıldığı görülmektedir (m. 102/1, 2. cümle). Keza suçu düzenleyen 102. maddenin ikinci fıkrasında, cinsel davranışın "*vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi*"nin suçun işleniş biçimlerinden biri olarak öngörülmesi, cinsel saldırı terimiyle kast edilen davranışların önem ve ağırlık açısından ikiden fazla "düzey"inin mevcut olduğunu ortaya koymaktadır. Buna karşılık, söz konusu maddenin üçüncü ve beşinci fıkralarındaki nitelikli hallere ilişkin düzenlemeler, cinsel davranışının tanımına katkıda bulunacak mahiyette görünmemektedir. Nitekim bu nitelikli hallerin (örneğin suçun *"silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte*" işlenmesinin ya da "suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü"nün) kanunda düzenlenen ve morfolojik olarak cinsel saldırıdan oldukça farklı, cinsel özgürlükle ilgisi bulunmayan suçların da nitelikli hallerini teşkil ettiği görülmektedir. Ancak 102. maddenin dördüncü fıkrasına göre, "*cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*" İlk bakışta, 5237 sayılı Kanun'da cinsel saldırının tanımı bağlamında kesin olarak çıkarılabilecek hükümler bunlardan ibarettir.

---

[6] TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 400-401.

[7] ÖZGENÇ, İzzet: "Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar", *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXIV, Sayı: 1, 2020, ss. 257-283, s. 260.

[8] CENTEL, Nur: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 99, 2012, ss. 269-290, s. 270.

[9] TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 508, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi: Türk *Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt I (Kanunlar)*, 30. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 282.

Kanun'un 102. maddesindeki hükümlerden cinsel saldırının tanımıyla ilgili bazı "kesin sonuçlar" da çıkarmak mümkündür.

İlk olarak, cinsel saldırı "cinsel davranış" unsurunu içermeli ve bu cinsel davranış "vücut dokunulmazlığı"nı ihlal edecek nitelikte olmalıdır. Cinsel davranış dışarıdan biri tarafından da tespit edilebilecek, objektif biçimde "cinsel" olarak nitelenebilecek davranışı ifade etmektedir. Ayrıca cinsel saldırıdan bahsedebilmek için söz konusu cinsel davranışın vücut dokunulmazlığını ihlal ediyor olması gerektiğine göre, objektif anlamda cinsel sayılabilecek davranış mağdurun vücuda temasla sonuçlanmalıdır.

İkinci olarak, cinsel saldırı hukuki önem ve ağırlık itibariyle en az üç düzey cinsel davranıştan oluşmaktadır: Basit cinsel saldırı (102/1, 1. cümle), sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı (m. 102/1, 2. cümle) ve "vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle" cinsel saldırı. Kanun'dan kesin olarak çıkarılabilecek bu tasnif, 102. maddenin ilk fıkrasında anılan "*vücut dokunulmazlığını ihlal*" ibaresiyle birlikte değerlendirildiğinde, cinsel saldırı tanımının gerektirdiği objektif anlamda cinsel davranışın mağdurun vücuduna temasının muhtelif yoğunluk düzeylerinde olabileceğini göstermektedir. Bu düzeyler mağdurun vücuduna yönelik basit bir dokunuştan organ veya bir cisim sokulmasına kadar çok çeşitli ağırlıkta davranışları içermektedir.

Üçüncüsü ve cinsel saldırının tanımı konusundaki tartışmalar bağlamında en önemlisi, "*cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddet"*ten söz eden hükümdür (m. 102/4). Zira burada kanun koyucu cinsel saldırı bağlamında ilk (ve son) defa, cinsel saldırının birden fazla davranıştan oluştuğunu ya da (en azından) oluşabileceğini, bunların bir kısmının araç fiil mahiyetinde olduğu anlaşılan cebir ve şiddet olduğunu belirtmektedir. Oysa bu hüküm ilk bakışta esasen bir iştirak düzenlemesi olup söz konusu durumun *"kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulan"*masını düzenlemektedir. Fakat gerçekte söz konusu hüküm, cinsel saldırının suçunun tanımı bağlamında çok önemli bir ayrıntıyı, yalnızca sınırlı şekilde ve ancak dolaylı biçimde ortaya koymaktadır: Cinsel saldırının genel tanımında olması gereken araç fiillerin varlığı. Gerçekten, ilgili hüküm, bazı araç fiillerden söz etmekte ve bu fiillerin cinsel saldırının doğal bir unsuru mahiyetinde olduğunu/olabileceğini ima etmektedir: Bu araç fiiller ilgili hükümde cebir ve şiddetten ibaret olarak düzenlenmiştir. Ne var ki, bilindiği üzere, yukarıda "genel olarak cinsel saldırı davranışının tanımı" kısmında da ortaya koyduğumuz üzere, cinsel saldırı davranışına içkin araç fiiller cebir ve şiddetten ibaret olmayıp en azından tehdit ve hileyi de kapsamakta, ayrıca cebir, şiddet, tehdit ve hile dışında iradeyi etkileyebilecek diğer araç fiilleri de potansiyel olarak içermektedir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme cinsel saldırı davranışının doğal unsuru olan araç fiillere ancak kısmen ve sınırlı şekilde değinmektedir. Öte yandan, 102. maddenin dördüncü fıkrasındaki düzenleme araç fiillere "ancak dolaylı biçimde" yer vermektedir. Zira bu düzenleme hem özü itibariyle bir iştirak düzenlemesidir, hem de birer araç mahiyetindeki cebir ve şiddet fiillerinin cinsel saldırının doğal bir parçası, zorunlu birer unsuru olma özelliğini açıkça ortaya koymamaktadır.

Araç fiillere ilişkin olarak kanundaki suç tanımında açık bir düzenleme olmamasına karşılık, madde gerekçesinde cinsel saldırının mağdurun iradesi dışında icra edilen bir fiil olduğu, buna yönelik cebir, tehdit yahut hile gibi vasıtalara başvurulabileceğine dair açıklamalara yer verildiği görülmektedir[10]. Bu durumda

[10] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi: Türk *Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt I (Kanunlar)*, 30. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 284.

kanun koyucunun cinsel saldırıda araç fiillerin varlığını yadsımadığı, ancak bu yaklaşımın doğrudan kanun metnine yansımamış olduğu söylenebilir.

Öte yandan, araç fiillerin suçun bir niteliği sayılamayacağı yönünde bir görüşün mevcut olduğunu ve bu görüşe "*zorlayarak, cebir, tehdit veya şiddet*" gibi araç fiillerin kanunda gösterilmemiş olmasının gerekçe gösterildiğini belirtmek gerekir[11]. Kanaatimizce bu gerekçe münhasıran lafzi bir yoruma dayanmakta olup isabetli değildir. Zira cinsel saldırıya "saldırı" mahiyetini veren asıl unsur olan araç fiiller suçun bir özelliği sayılmazsa suçun kapsamının aşırı derecede genişlemesi riskinin oluşabileceği açıktır. Diğer taraftan, bu görüşle ilgili olarak, Yargıtay'ın da benimsediği ileri sürülen diğer bir gerekçe ise cinsel saldırıda zorlamanın kanıtlanamaması halinde yine de rızai cinsel ilişkiden söz edilemeyeceği hususudur[12]. Ne var ki, Yargıtay'ın söz konusu kararından bu sonucu çıkarmak makul görünmemektedir. Kaldı ki, "cinsel saldırı suçunun ispatı" ile "rızai cinsel ilişkinin ispatı" birbirinden farklı şeylerdir; ceza yargılamasında kanıtlanması gereken, bir fiilin rızailiği ya da hukuka uygunluğu değil, suçun kendisidir.

Neticede, 5237 sayılı Kanun'da cinsel saldırı suçunun özellikle maddi unsurunun standart tanımında araç fiillerin açıkça ve ayrıntılı şekilde tanımlanmamasının bir eksiklik oluşturduğu savunulabilecektir. Bu bağlamda ilginç bir husus, "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar"dan bir diğeri olup cinsel saldırı suçuyla esasen mağdurun yaşı bakımından ayırt edilebilecek olan[13] çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin düzenlemede cinsel istismarın tanımı içinde "*cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar*" ifadesine yer verilmiş olmasıdır (m. 103/1-b). Dolayısıyla kanun koyucunun morfolojik olarak birbirine yakın iki suçtan, cinsel istismarda araç fiilleri açıkça düzenlemiş olmasına rağmen, cinsel saldırıda düzenlememiş olması dikkat çekmektedir. O halde kanun koyucunun söz konusu araç davranışları cinsel saldırının doğal bir unsuru olarak telakki ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

III. FRANSIZ CEZA KANUNU'NA GÖRE CİNSEL SALDIRI

Yürürlükteki Fransız Ceza Kanunu'nda cinsel saldırı fiillerine ("*les agressions sexuelles*") ilişkin hükümler Kanun'un m. 222-22 ve devamında düzenlenmiş olup bu kategorideki suçlara ilişkin incelemeler de söz konusu başlık altında ele alınmaktadır[14]. Fransız kanun koyucunun da "cinsel saldırılar" olarak adlandırdığı cinsel suçlar kategorisindeki suçları ırza geçme ("*le viol*"), diğer cinsel saldırılar ("*les autres agressions sexuelles*") ve cinsel taciz ("*le harcèlement sexuel*") olarak sınıflandırdığı görülmektedir[15]. Buna karşılık, söz konusu hükümler her ne kadar bu kategoride yer alan, çocukların cinsel istismarı da dâhil olmak üzere farklı suçları düzenleseler de cinsel saldırının bir unsuru olan araç-fiiller bakımından birbiriyle örtüşmektedir. Bu çerçevede örnek düzenleme olarak ırza geçme ("*le viol*") suçuna ilişkin hükmü incelemeye esas almak mümkündür.

---

[11] KORKUSUZ, Gülşah: "Cinsel Saldırı Suçu (TCK md. 102)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, ss. 815-854, s. 825.

[12] "*Dosya içeriğine göre, suç tarihinde reşit olan mağdurenin sanıkla cinsel ilişkiye girmesinin zora dayalı olduğunu gösteren bir delil bulunmaması nedeniyle ilişkinin rızaya dayalı olarak gerçekleştiğinin kabulü ile bu eylemin de suç oluşturmayacağı gözetildiğinde tebliğnamedeki bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.*", Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 4870-2996, 10.04.2006, KORKUSUZ, s. 825, 54 numaralı dipnot.

[13] TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, s. 400.

[14] ANDRÉ, Christophe: *Droit pénal spécial*, 2e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2013, s. 154 vd.

[15] ANDRÉ, s. 154.

Irza geçmek suretiyle cinsel saldırı suçunun temel tanımı m. 222-23'te düzenlenmiştir. Buna göre, "*fail ya da bir başkası tarafından uygulanan şiddet, cebir, tehdit ya da hileyle gerçekleştirilen, hangi mahiyette olursa olsun her türlü cinsel penetrasyon ya da oral cinsel davranış cinsel saldırıdır.*"[16]

Düzenlemeyle öngörülen suç tanımından da anlaşıldığı üzere, Fransız Ceza Kanunu'na göre, cinsel saldırı fiilinin esasen kümülatif olarak iki ayrı davranış tipinden teşekkül ettiği açıktır. Bu davranış tiplerinden ilki, bir dizi alternatif araç-fiillerden oluşmaktadır. Şiddet *("violence")*, cebir *("contrainte")*, tehdit ("*menace")* ve şaşırtma ya da hile ("*surprise")* kanunun belirttiği söz konusu araç fiillerin alt türleridir. Cinsel saldırı fiilini teşkil eden ikinci davranış tipi ise sözü edilen araç fiiller yoluyla amaçlanan ve "saldırı"ya "cinsel" niteliğini veren davranıştır.

IV. İTALYAN CEZA KANUNU'NA GÖRE CİNSEL SALDIRI

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İtalyan Ceza Kanunu'nda ırza geçme ve ırza tasaddi şeklindeki ayrımı esas alan eski düzenleme, yerini tek bir cinsel saldırı suçuna bırakmıştır[17]. Bu doğrultuda, cinsel saldırı ya da özgün ifadesiyle cinsel şiddet ("*violenza sessuale*") suçunun tanımı, İtalyan Ceza Kanunu'nun, 66 sayılı ve 15 Şubat 1996 tarihli Kanun'un 3. maddesi uyarınca eklenen ve son olarak 69 sayılı ve 19 Temmuz 2019 tarihli Kanun'un m. 13/1 hükmüyle değişikliğe uğrayan 609-bis maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, "*şiddet ya da tehditle veya hakkını kötüye kullanmak suretiyle bir kişiyi cinsel davranışta bulunmaya ya da buna maruz kalmaya zorlayan kişi altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"[18]

Fransız Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer şekilde, İtalyan Ceza Kanunu'ndaki cinsel saldırı düzenlemesinde de suçun maddi unsurunun araç-fiil ve amaç fiil olmak üzere iki ayrı tipte davranışı zorunlu olarak içerdiği görülmektedir. Buna göre, cinsel saldırının araç-fiilleri şiddet ("*violenza*"), tehdit ("*minaccia*") ve hakkın kötüye kullanılması ("*abuso di autorità*") olarak belirtilmektedir. Kanaatimizce, bu fiiller "cinsel saldırı"ya "saldırı" niteliğini veren unsuru oluşturmaktadır. Diğer yandan, cinsel saldırıda amaç fiil ise "*cinsel davranışta bulunmaya ya da buna maruz kalmaya zorlamak*"tır. Vurgulamak gerekir ki, amaç fiil ile araç fiil arasında bağlantıyı sağlayan yasal ibare "zorlayan" ("*costringe*") ibaresidir. Zira cinsel davranışta bulunmak ya da kendisine cinsel davranışta bulunulmasına izin vermek kişinin cinsel özgürlüğü kapsamında olup bu halin hukuka aykırı gelmesi için cinsel özgürlüğün ihlal edilmesine yol açan, bir başka tabirle kişiyi "zorlayan" araç fiillerden en az birinin işlenmiş olması zorunludur.

İtalyan düzenlemesinde dikkat çeken önemli bir husus, cinsel saldırı için öngörülen alternatif araç fiillerden birinin "hakkın kötüye kullanılması suretiyle" ("*mediante abuso di autorità*") ifadesiyle belirlenmesidir. İlk olarak, "hak" kelimesini bu bağlamda kişinin cinsel özgürlüğünü kullanma hakkı olarak telakki etmek yanlış olmayacaktır. İkinci olarak, açıkça anlaşıldığı üzere, hakkın kötüye kullanılması genişletici yoruma elverişli bir ifadedir. Gerçekten İtalyan düzenlemesinde cinsel saldırının araç fiilleri şiddet ya da tehdide indirgenmemiş olup kişiyi cinsel davranışlar bakımından zorlamak için bunlar dışında

---

[16] "*Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol.*", Code pénal, Légifrance, https://www.legifrance.gouv.fr/, erişim tarihi: 20.05.2023.

[17] TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, s. 400.

[18] "*Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da sei a dodici anni*", Codice penale, Art. 609-bis. Violenza sessuale, "Articolo aggiunto dall'art. 3, L. 15 febbraio 1996, n. 66 (Gazz. Uff. 20 febbraio 1996, n. 42), Comma così modificato dall'art. 13, comma 1, L. 19 luglio 2019, n. 69, a decorrere dal 9 agosto 2019.", Altalex, https://www.altalex.com/, erişim tarihi: 20.05.2023.

başka araç fiillerin de kullanılması mümkündür. Bu fiiller, cebirin "şiddet"ten daha hafif zorlama içeren çeşitli derecelerindeki davranışlar, mağduru mecbur hissettiren her türlü fiil, icbar ya da hile / aldatma şeklinde olabilecektir.

V. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN TANIMI BAĞLAMINDA TÜRK, FRANSIZ VE İTALYAN DÜZENLEMELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

A. Araç-Fiiller Bakımından

Mağdurun rızasının olmamasının açıkça karakterize edilebilmesi ve cinsel saldırı davranışının net bir şekilde diğer davranışlardan ayırt edilebilmesi, bu araç-fiillere başvurulup başvurulmadığının tespitine bağlıdır[19]. Doktrinde de açıkça kabul gördüğü üzere, "suçta kullanılan araçlar", cinsel saldırı suçunun maddi unsuru kapsamında zorunlu bir öğe olup ayrı bir başlık altında ele alınacak kadar suçun önemli bir bileşenidir[20]. Öyle ki, cinsel saldırının unsurlarına ilişkin bir incelemede sadece "suçta kullanılan araçlar" şeklinde genel bir başlığın değil; bu araçların şiddet, cebir, tehdit, hile şeklindeki türleri[21] ile fiile direnememe sonucu yaratan başka nedenlerin ayrı alt başlıklar halinde ayrıntılı olarak ele alınmasına[22] ihtiyaç olduğu bir gerçektir. Karşılaştırmalı hukukta söz konusu suçun unsuru addedilen, mağdurun özgürlüğünü ve rızasını ortadan kaldıran vasıtaların 5237 sayılı Kanun'daki suç tanımında düzenlenmemiş olmasının doktrinde de eleştiriye konu edildiği gözlemlenmektedir[23].

Cinsel saldırı bakımından araç fiiller, kanaatimizce, bir "cinsel davranış"ı "cinsel saldırı"ya dönüştüren, dolayısıyla suça asli, ayırt edici vasfını sağlayan unsur olarak tanımlanabilir. Gerçekten, kişinin cinsel özgürlüğünü kullanması kanunların çizdiği sınırlar içinde tümüyle kendisine ait bir haktır. Bu çerçevede cinsel özgürlüğün kullanılmasının suç teşkil etmeyeceği izahtan varestedir. Ancak cinsel özgürlük başkası tarafından kısıtlandığı takdirde bir cinsel saldırıdan söz etmek mümkün olabilecektir. O halde cinsel özgürlüğün kısıtlanması cinsel saldırının zorunlu unsurudur. Bu itibarla, cinsel özgürlüğün ne şekilde, hangi vasıtayla ihlal edildiğinin bilinmesi cinsel saldırı suçunun oluşması bakımından büyük önem taşımaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, cinsel saldırıda araç fiillere yer verme kıstası bakımından Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin Fransız ve İtalyan Ceza Kanunlarındaki düzenlemelerden belirgin şekilde ayrıştığı aşikârdır. Yukarıda vurgulandığı üzere, 5237 sayılı Kanun'un 102. maddesinin ilk fıkrasındaki cinsel saldırı suçunun tanımında araç davranışlara yer verilmemiştir. Bir başka deyişle söz konusu araç fiillerin cinsel saldırı suçunun zorunlu bir unsuru olduğu kanunla genel olarak geçerli bir suç tanımı altında açıklığa kavuşturulmamıştır. Sadece, ilgili maddenin dördüncü fıkrasında, suçun olası gerçekleşme biçimlerinden yalnızca birisi (*cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması*), esasen bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş, gerçek içtima uygulanması gereken bir hal olarak hükme bağlanmıştır. Hükmün lafzına bakılırsa, gramatik bir yorumla, söz konusu fıkrada belirtilen cebir ve şiddetin cinsel saldırının her halükârda geçerli zorunlu bir unsuru olduğu çıkarımını yapmak mümkün görünmemektedir. Kuşkusuz, söz konusu hükümden, cebir ve şiddetin cinsel saldırıda kullanılması ihtimal dâhilinde olan birer araç olduğu çıkarılabilir. Fakat, şüpheli ve tartışmalı olan, söz konusu araç fiillerin

[19] ANDRÉ, s. 156.
[20] TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 406; LARGUIER – CONTE – FOURNIER, s. 265 vd.
[21] ANDRÉ, s. 156 vd.
[22] TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 408-414.
[23] AYDIN, Öykü Didem: "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 2, 2004, ss. 152-162; s. 159; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 406-407.

cinsel saldırı suçunun genel tanımında *muhtemel* bir unsur olarak değil, *zorunlu* bir unsur olarak düzenlenmesi meselesidir.

Buna karşılık, Fransız ve İtalyan Ceza Kanunlarında cinsel saldırıyı oluşturan araç fiillerin cinsel saldırı suçunun standart tanımının doğal bir parçası olarak düzenlendiği görülmektedir. Vurgulamak gerekir ki, Türk Ceza Kanunu'nun aksine, bu düzenlemelerde araç fiillerin yer aldığı düzenlemeler suçun özel görünüş biçimlerinden biri olarak, iştirak gibi dolaylı bir bağlamda değil; bilakis doğrudan suçun maddi unsuruna ilişkindir.

Üstelik söz konusu düzenlemelerde araç fiiller yalnızca genel bir ifadeyle tarif edilmemiş, aynı zamanda bu araç fiillerin türleri de belirlenmiştir. Bu bağlamda, Fransız Ceza Kanunu'ndaki cinsel saldırı tanımında araç fiiller tüketici ve kapsamlı şekilde sayılmıştır. Bunlar, şiddet *("violence")*, cebir *("contrainte")*, tehdit ("*menace")* ve şaşırtma ya da hile ("*surprise")* araç fiillerinden ibarettir. Bilhassa şiddetten ayrı bir cebir araç fiiline ve bunun yanı sıra şaşırtma ya da hile ("*surprise")* olarak ifade edilen araç fiile yer verilmesi oldukça dikkat çekicidir. Böylece Fransız kanun koyucu olumlu olarak değerlendirilmesi gereken iki hukuki tercihi hayata geçirmiştir. Bu doğrultuda ilk olarak Fransız düzenlemesinde, suçun kanuniliği prensibi uyarınca cinsel saldırının araç fiillerinin tüketici biçimde belirlendiğini vurgulamak yararlı olacaktır. İkinci olarak, Fransız Ceza Kanunu, diğer kanunlardan farklı olarak, cinsel özgürlüğü ihlal eden bu araç fiillerin kapsamını genişletmiş, şiddet ve tehdide ek olarak cebir ve özellikle şaşırtma/hileye yer vererek cinsel özgürlüğün korunma alanının daha geniş olmasını temin etmiştir. Böylece müessir fiil oluşturacak kadar ağır davranışlardan mağdurun rızasını aldatma yoluyla sağlanmasına kadar çok çeşitli ağırlıklardaki "zorlayıcı" davranışları cinsel özgürlüğe karşı bir saldırı addetmiştir. Bu mahiyette bir düzenleme karşısında, örneğin hilenin cinsel saldırıda araç olup olamayacağı şeklindeki tartışmalara gerek duyulmayacağı açıktır.

Fransız düzenlemesinde olduğu gibi, İtalyan Ceza Kanunu'ndaki cinsel saldırı tanımında da cinsel saldırıya sebebiyet veren araç fiiller suçun zorunlu unsurları kapsamında düzenlenmiştir. Gerçekten, İtalyan kanun koyucu mağdurun cinsel davranışa "zorlanması" gibi bir genel ifadeyle yetinmemiş; zorlama araçlarını şiddet ("*violenza*"), tehdit ("*minaccia*") veya hakkın kötüye kullanılması ("*abuso di autorità*") olarak suçun maddi unsuruna dâhil etmiştir. Yalnız İtalyan kanun koyucu Fransız kanun koyucudan farklı bir yöntem izleyerek, söz konusu araç fiillerden en yaygın ya da önemli olanlarını, şiddet ve tehdidi açıkça belirtmiş; fakat cinsel özgürlüğün bunlar dışında başka araç davranışlarla da ihlal edilebileceğini "hakkın kötüye kullanılması" ibaresiyle açıklığa kavuşturmuştur. Bu bağlamda, cinsel özgürlüğü kısıtlayan, kişiyi cinsel davranışta bulunmaya ya da cinsel davranışa maruz kalmaya "zorlayan" durumların şiddet ya da tehdide indirgenememesini; cebirden hileye kadar çok farklı ağırlık ve mahiyetlerdeki araçların da cinsel irade özgürlüğünü ihlal eden hallerden sayılabilmesini mümkün kılmıştır.

B. Asıl Fiil Bakımından

Cinsel saldırı suçu bakımından "asıl fiil" ifadesi, kanaatimizce, saldırıya "cinsel davranış" mahiyetini veren unsurunu; bir başka deyişle, araç fiillerle sağlanan neticeyi ifade etmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, cinsel saldırıda asıl fiil, Türk Ceza Kanunu'nda "cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl" (m. 102/1), Fransız Ceza Kanunu'nda "*her türlü cinsel penetrasyon ya da oral cinsel davranış*" (m. 222-23), İtalyan Ceza Kanunu'nda ise "*bir kişiyi cinsel davranışta bulunmaya ya da buna maruz kalmaya zorlamak*" (m. 609-bis/1) olarak tarif edilmiştir.

Bütün bu düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, Türk Ceza Kanunu'ndaki tarifin çok genel mahiyette olduğu söylenebilir. Zira "cinsel davranış" eylemini gerçekleştiren kişinin ilk bakışta yalnızca fail olabileceği anlaşılmaktadır. Örneğin, failin bizzat cinsel davranışta bulunmadığı, ancak mağduru bir cinsel davranışta bulunmaya zorladığı durumların lafzi olarak değerlendirildiğinde, suç kapsamında ele alınması güç görünmektedir. İkinci olarak, "vücut dokunulmazlığını ihlâl" ifadesinin cinsel saldırıyı failin mağdurun vücuduna temas etmesine indirgemesinden söz etmek mümkündür. Oysa mağdurun vücuduna temasta bulunulmamasına karşılık cinsel özgürlüğünün ağır bir şekilde ihlal edilmesi imkânsız değildir.

Buna karşılık Fransız düzenlemesinde, cinsel davranışın daha ayrıntılı tanımlandığı ileri sürülebilir. İlgili düzenlemede cinsel ilişkinin yanı sıra tüm oral cinsel davranışları ("*tout acte bucco-génital*") kapsayan bir tanıma yer verilmesi bunun göstergesidir. İtalyan Ceza Kanunu'ndaki düzenlemede ise asıl fiilin "cinsel davranışlar" *(atti sessuali*) şeklinde çok genel bir ifadeyle karşılanması söz konusudur. Buna karşılık, söz konusu düzenlemede sadece "mağdurun cinsel davranışa maruz kalmaya zorlanması"nın değil, aynı zamanda "mağdurun kendisinin cinsel davranışta bulunmaya zorlanması" halinin de ayrıca ve açıkça cinsel saldırıda asıl fiile dâhil edilmesi isabetli bir düzenleme tercihi olarak değerlendirilebilecektir.

SONUÇ

Cinsel saldırı suçunun tanımına ilişkin Fransız ve İtalyan Ceza Kanunlarındaki muadil düzenlemelerle karşılaştırıldığında, Türk Ceza Kanunu'ndaki cinsel saldırı tanımında birtakım eksiklikler olduğu anlaşılmaktadır.

Bunların ilki ve en önemlisi, cinsel saldırıya yönelik araç fiillere suç tanımında yer verilmesi meselesidir. Gerçekten, yukarıda da açıklandığı üzere, "cinsel saldırı"yı meşru bir "cinsel davranış"tan asıl ayırt eden unsur, cinsel özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikteki araç fiillerdir. Öte yandan, kanun koyucunun 5237 sayılı Kanun'un cinsel saldırıya maddi unsur itibariyle oldukça benzer mahiyetteki çocukların cinsel istismarına ilişkin maddesinde "cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar" (m. 103/1-b) ibaresiyle sözü edilen "araç fiiller" kategorisine yer verdiği aşikârdır. O halde cinsel saldırı suçunun yasal tanımına söz konusu araç fiillerin eklenmesi, sadece kanunilik ilkesinin ve karşılaştırmalı hukuktaki durumun bir gereği değil, aynı zamanda 5237 sayılı Kanun'un kendi iç tutarlılığı bakımından da bir gerekliliktir. Bu itibarla, Kanunun 102. maddesinin ilk fıkrasındaki cinsel saldırının genel tanımına "*cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir vasıtayla*" şeklinde araç fiilleri havi bir unsurun ilave edilmesi uygun olacaktır. Bu mahiyette bir değişiklikle, hem suçta kanunilik ilkesinin belirlilik unsurunun gereği yerine getirilmiş olacak, hem kanunun cinsel suçlara dair sistematiğinin daha tutarlı olması temin edilmiş olacak, hem de cinsel saldırıda cinsel özgürlüğü hukuka aykırı şekilde kısıtlayan araçların neler olabileceğine dair tartışmaların ortadan kaldırılması mümkün olacaktır.

İkinci olarak, cinsel saldırı suçunun tanımında "asıl fiil"in daha açık tanımlanması ve asıl fiil ile araç fiiller arasındaki bağlantının vurgulanması da bir gereklilik olarak ele alınabilir.

Cinsel saldırıda "asıl fiil" ifadesiyle kast edilen, söz konusu saldırıya önemli düzeyde "cinsel davranış" mahiyetini kazandıran unsurdur. Fransız Ceza Kanunu'ndaki düzenlemede, yukarıda arz edildiği gibi, "cinsel penetrasyon ya da oral cinsel davranış" ibaresi kullanılmıştır. 5237 sayılı Kanun'da ise cinsel saldırıda amaç fiili tarifine yönelik "cinsel davranış" ve "vücut dokunulmazlığını ihlâl" ibareleri bulunmaktadır. "Cinsel davranış" ibaresinin madde metninde gramatik açıdan sadece failin mağdura yönelik cinsel davranışını ifade edecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Oysa gerçekte cinsel saldırıdaki cinsel davranış, doğrudan "failin mağdura yönelik cinsel davranışı" olabileceği gibi, failin zorlaması ile "mağdurun faile yönelik cinsel davranışı" da olabilir. O halde cinsel saldırıda asıl fiilin tarifinde fiilin sadece

maruz kalınan bir cinsel davranışı değil, aynı zamanda failin zorlamasıyla mağdur tarafından bir cinsel davranış gerçekleştirilmesini de kapsaması gerekmektedir. Diğer bir sorun da "vücut dokunulmazlığını ihlâl" ibaresinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi, bu ibare failin mağdurun vücuduna temas etmesini zorunlu kılmaktadır. Oysa failin mağduruna fiziken temas etmediği halde cinsel özgürlüğünü ağır bir şekilde ihlal ettiği durumların gerçekleşmesi mümkündür. O halde cinsel saldırının "vücut dokunulmazlığını ihlâl"e indirgenmemesi ve suç tanımından bu ibarenin çıkarılması uygun olacaktır.

Son olarak, asıl fiil olan "cinsel davranış" ile alternatif araç fiiller olan cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka vasıtalar arasındaki bağlantının suç tanımında vurgulanması da bir gereklilik olarak değerlendirilebilir. Şöyle ki, cinsel saldırı suçuna asıl karakterini veren husus "zorlama" davranışıdır. Cebir, tehdit, hile gibi araçlar esasen genel anlamda cinsel davranışın araçları değil, spesifik olarak, mağdurun cinsel davranışta bulunmaya ya da buna maruz kalmaya "zorlanmasının" araçlarıdır. O halde cinsel saldırının tanımında hem araç fiillerin ayrıntılı olarak belirtilmesi, hem asıl fiilin uygun biçimde tarif edilmesi, hem de bu iki fiil tipinden ilkinin ikincisine yönelik "zorlama" işlevine yer verilmesi yerinde olacaktır. Bu açıklamalar ışığında 5237 sayılı Kanun'un cinsel saldırı suçunun tanımının şu şekilde değiştirilmesinin uygun olabileceği kanaatindeyiz:

"Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir vasıtayla, bir kimseyi cinsel davranışta bulunmaya ya da buna maruz kalmaya zorlayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

Kaynakça

ANDRÉ, Christophe: *Droit pénal spécial*, 2e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2013.

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi: Türk *Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt I (Kanunlar)*, 30. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

AYDIN, Öykü Didem: "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 2, 2004, ss. 152-162.

BAŞ, Eylem: "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, ss. 1135-1215.

CENTEL, Nur: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 99, 2012, ss. 269-290.

Code pénal, Légifrance, https://www.legifrance.gouv.fr/, erişim tarihi: 20.05.2023.

Codice penale, Altalex, https://www.altalex.com/, erişim tarihi: 20.05.2023.

KORKUSUZ, Gülşah: "Cinsel Saldırı Suçu (TCK md. 102)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, ss. 815-854.

LARGUIER, Jean – CONTE, Philippe – FOURNIER, Stéphanie: *Droit pénal spécial*, 15e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2013.

ÖZGENÇ, İzzet: "Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar", *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXIV, Sayı: 1, 2020, ss. 257-283.

ŞARE, Ersin: “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, 2019, ss. 977-1023.

TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

MALPRAKTİS DAVALARI BAKIMINDAN CEZA YARGILAMASININ HUKUK YARGILAMASINA ETKİSİ

Av. Feyza DİRİ*

ÖZET

Kişilerin sağlıklarıyla ilgili olarak karşılaştıkları sorunları azaltmak yahut ortadan kaldırmak veya kişilerin gelecekte karşılaşmaları muhtemel olan sağlık sorunlarını önlemek amacıyla uygulanan tıbbi müdahaleler, hak ehliyeti olan gerçek kişiler üzerinde uygulanmaktadır. Bu müdahaleler aslında hukuk düzenince koruma altına alınan kişilik hakların kanun koyucunun, tıbbi müdahalelerin yetkili kişilerce uygulanabilmesi ve bireylerin sağlık hizmetlerine kolayca erişim sağlayabilmesine ilişkin kamusal menfaatin bu suretle sağlanması için izin verdiği alan dahilinde, bu müdahaleler hukuka uygun olarak kabul edilmekle beraber hukuki ve cezai sorumluluğu gerektirmemektedir.

Hukuki sorumluluk yönünden sağlık personelinin hastaya uygulamış olduğu fiilden kaynaklı olarak haksız fiil sorumluluğu, sözleşmeden kaynaklı sorumluluk veya vekaletsiz iş görmeye dayanan sorumluluktan bahsedilebilecektir.

Sağlık personelinin tıbbi müdahalesinden dolayı cezai anlamda sorumlu tutulabilmesi için ise başta Türk Ceza Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlenen suçların unsurlarının oluşması gerekmektedir. Ceza hukuku son çare olarak uygulanabilen ve ikincil karakterde bir hukuk olduğundan bir eylemin ceza hukuk kapsamında yargılanması ve cezalandırmaya değer görülmesi daha zor gerçekleşebilecek bir ihtimal olup, hukuk yargılamasının zarar görene tanımlamış olduğu koruma alanı bundan daha geniş bir alandır.

Sağlık çalışanı hakkında gündeme gelebilecek sorumluluk türü esasen hukuki sorumluluk olmakla birlikte ceza yargılamasının şartlarının somut olayda meydana gelmesiyle beraber sağlık çalışanı hakkında ceza davası da açılabilecektir. Bu ihtimal dahilinde tıbbi müdahaleden kaynaklı hem ceza yargılaması hem hukuk yargılaması yürütülecektir.

Hukukumuzda ceza mahkemesinin işleyişinin hukuk mahkemesinin işleyişinden tamamen bağımsız olduğuna ilişkin düzenleme ihtiva eden Türk Borçlar Kanunu md.74 hükmü ile bu iki yargılamanın birbirinden tamamen bağımsız olduğu vurgulanmış ve ceza hakiminin vermiş oluğu kararın hukuk hakimini bağlamayacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Ancak bu iki yargılamanın birbirinden bağımsız olması kuralı mutlak olmayıp bu durumun istisnaları mevcuttur.

* Avukat, Samsun Barosu, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Enstitüsü, Sağlık Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, av.feyzadiri@gmail.com, 22281077@stu.edu.tr, ORCID ID: 0009-0009-9134-6640.

Bu çalışmada esas itibariyle; sağlık çalışanlarının haklarında açılan hatalı tıbbi müdahale(malpraktis) sebebiyle açılan ceza ve hukuk davaları ile bu davaların birbirlerinden bağımsız olması ile istisnai olarak bu davaların birbirlerine etki ettikleri bazı durumlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Yargılaması, Hukuk Yargılaması, Ceza Yargılamasının Hukuk Yargılamasına Etkisi, Malpraktis.

IN TERMS OF MALPRACTICE CASES EFFECT OF CRIMINAL PROCEEDINGS ON LEGAL JURISDICTION

ABSTRACT

Medical interventions applied in order to reduce or eliminate the problems that people face with regard to their health or to prevent the health problems that people may encounter in the future are applied to real persons with legal capacity. These interventions are considered in accordance with the law, but do not require legal and criminal responsibility, within the scope of the lawmaker, in order to ensure the public interest in the implementation of medical interventions by authorized persons and that individuals can easily access health services.

In terms of legal liability, it can be mentioned that the liability of wrongful act arising from the action applied by the health personnel to the patient, the liability arising from the contract or the liability based on the work without a power of attorney.

In order for the health personnel to be held criminally responsible for their medical intervention, the elements of the crimes regulated in various laws, especially the Turkish Penal Code, must be formed. Since criminal law can be applied as a last resort and has a secondary character, it is more difficult for an action to be tried within the scope of criminal law and to be considered worthy of punishment.

Although the type of responsibility that may come to the fore about the healthcare worker is essentially legal responsibility, a criminal case may also be filed against the healthcare worker when the conditions of the criminal trial occur in the concrete case. In this possibility, both criminal and civil proceedings will be carried out due to medical intervention.

In our law, with the provision of article 74 of the Turkish Obligations Law, which contains a regulation that the functioning of the criminal court is completely independent from the functioning of the civil court, it is emphasized that these two proceedings are completely independent from each other and it is stipulated that the decision of the criminal judge will not bind the civil judge. However, the rule that these two proceedings are independent from each other is not absolute and there are exceptions to this situation. In this study, mainly; criminal and civil cases brought against health workers due to malpractice will be examined and the independence of these cases from each other and the situations in which these cases affect each other will be examined.

Keywords: Criminal Judgment, Civil Trial, Effect of Criminal Judgment on Civil Judgment, Malpractice.

GİRİŞ

Tıbbi müdaheleler sonucu istenilen sonucun alınamaması yani malpraktis durumunda tıbbi müdahaleden kaynaklı olarak sağlık çalışanının hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelmektedir. Biz bu sunumda, sağlık çalışanının hakkında hatalı tıbbi müdahale(malpraktis) sebebiyle açılan davalardan ceza davasının hukuk davasına olan etkisini inceleyeceğiz. Bu çalışma bünyesinde malpraktis davası olarak ifade ettiğimiz husus, genel olarak tıbbi müdahale sebepli zarar ortaya çıkınca açılan davaları ifade etmektedir.

I. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Tıbbi müdahaleler esasen hukuk düzenince koruma altına alınmış olan beden bütünlüğü, yaşama hakkı gibi kişilik haklarına etki etmekte iken; kanun koyucunun, bireylerin sağlık hizmetlerine erişebilmesi için izin vermiş olduğu alan dâhilinde tıbbi müdahale hukuka uygun sayılmakta ve bu sayede uygulayıcının hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelmemektedir.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmadığı takdirde ihlal edilecek kişilik değerlerine bakacak olursak, ilk karşımıza çıkan norm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesidir. Sözleşmenin 2. Maddesinin 1. fıkrası *"Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez."* şeklinde olup bireylerin yaşama hakkını uluslarası bir düzenleme dâhilinde korumaktadır.

Yürürlükte bulunan 1982 Anayasası'nın 17. Maddesinin 1. Fıkrasında yer verilen *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."* hükmü ise bireylerin yaşama hakkını anayasal bir düzenleme kapsamında korumaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında, *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."* hükmü ile gerçek kişilerin vücut bütünlüklerinin korunması hakları da anayasal güvence altına alınmıştır. Bu hakkın istisnası olarak ise tıbbi müdahalelere yer verilmiştir.

Tıbbi müdahalelerin yapılması sırasında müdahaleyi yapan sağlık personeli tarafından icra edilen fiiller, aslında yukarıda kapsamı çizilen kişilik değerlerini ihlal etmekte ve Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin 1. ve 2. fıkraları olan *"Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez."* ve *"Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz."* hükmünü ihlal etmektedir.

Ceza Hukukumuza göre bir bireyin kanunlarda tanımlanmış bir suçun hareketlerine ait kanunlarda belirlenen hareketleri yaparak tipikliği sağlamış olması, o kişinin henüz cezalandırılabilir olduğu anlamına gelmemektedir. Bir bireyin işlemiş olduğu bir fiilden ötürü cezalandırılabilmesi için, fiilin; tipik, hukuka aykırı ve kusurlu şekilde icra edilmiş olması şarttır. Doktrinde, eylemde tipikliğin gerçekleşmesi halinin, işlenen fiilin hukuka aykırılığına karine teşkil ettiğine ilişkin görüşler bulunmakla beraber, bu durumun istisnalarının da mevcut olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda hukuk düzeni, tipiklik ile formüle edilmiş olan yasağı hukuka uygunluk nedenleri mevcut olduğunda kaldırmaktadır. Dolayısıyla, bir fiilin hukuka

aykırı olduğunu belirten bir cezalandırma hükmü, ancak olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı durumda verilebilecektir.[1]

Hukuka uygunluk nedenleri, yasal düzenlemelerde sınırlı sayıda (numerus clausus) olarak sayılmamıştır. Ve hatta bu sebepler örf-adet hukukuna göre bile belirlenebilmektedir. Bu durum Ceza Hukuku bakımından geçerli olan kıyas yasağına aykırılık teşkil etmemektedir[2]

Bu nedenlerin bir kısmının Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Konumuzla alakalı olan sebep, TCK md. 26 *"Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası"*dır. Kanaatimizce tıbbi müdahalenin Ceza Hukuku bakımından hukuka uygunluğunu sağlayan temel norm TCK md. 26/1 *"Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez."* hükmüdür.

Doktrinde; TCK md. 26/1 belirtilen hakkın; kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi yasal düzenlemelere dayanması yahut hukuken, tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından doğması şartının arandığı ifade edilmektedir.[3]

Sağlık personellerine tıbbi müdahalede bulunma yetkisi veren yasal düzenlemelerin başında Tababat ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun gelmektedir. Bu kanunun 1. maddesi, *"Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır."* şeklindedir. Bu düzenleme hekim olan sağlık personelleri bakımından tıbbi müdahalede bulunma yetkisine dair düzenleme içermektedir.

Tababat ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'da "birinci fasıl" olarak ifade edilen ilk bölüm doktorlar hakkında, ikinci bölüm diş hekimleri hakkında, üçüncü bölüm ebeler hakkında, beşinci bölümde ise hastabakıcı hemşireler hakkında düzenleme getirilmiş ve bu meslek gruplarının görev ve yetkileri tanımlanmıştır.

Tababat ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'un 1928 tarihinde kabul edilmiş olmasından ve zaman içerisinde sağlık alanında yeni gelişmeler ortaya çıkmasından ötürü kanuna pek çok ek madde eklenmiştir. Bu maddelerden olan ek madde 13 ile; yukarıda saydığımız gruplara girmeyen klinik psikolog, fizyoterapist, diyetisyen, anestezi teknisyeni gibi diğer sağlık meslek mensuplarının görev ve yetkileri düzenlenmiştir.

Ek madde 13 bünyesinde bu meslek grupları sayıldıktan ve görev sınırları çizildikten sonra, *"Tabipler ve diş tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz. Sağlık meslek mensuplarının iş ve görev ayrıntıları ile sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının sağlık hizmetlerinde çalışma şartları, iş ve görev tanımları; sertifikalı eğitime ilişkin usûl ve esaslar Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."* şeklinde ifadelere yer verilerek kalan düzenlemelerin yönetmelikle yapılacağı belirtilmiştir.

[1] HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, 17. Baskı, s. 283.
[2] HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 284.
[3] HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 326.

Bu hükümler bünyesinde görüldüğü üzere, meslek icrasına dair bu hak; sağlık çalışanlarına ait mevzuat çerçevesinde tanımlanmakta olduğu için, sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale gelmektedir. Ve bu sayede yapılan eylem öldürme veya yaralama suçu olarak değerlendirilmemektedir.

Sağlık çalışanlarının uyguladıkları bu tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk koşullarına gelirsek; bu koşulların neler olduğuna dair net bir kanuni düzenleme bulunmamakla beraber; doktrinde kabul edildiği üzere bu koşullar; tıbbi müdahalenin bu müdahale bakımından yetkili bir personel tarafından yapılmış olması, tıbbi müdahale yapılan hastanın müdahaleye dair aydınlatılmış ve buna dayalı olarak müdahaleye rıza göstermiş olması, tıbbi müdahalenin yapılması için gerekli tıbbi zorunluluk-gereklilik(endikasyon) bulunması, müdahalenin tıp biliminin verilerine göre ve özenli şekilde uygulanmış olması şeklindedir.[4]

Kanaatimizce tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak ortaya çıkmasını sağlayan bu şartlarda eksiklik olması halinde tıbii müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedilemeyeceği için hukuk düzeninin tıbbi müdahaleleerin yapılabilmesi için tanımlamış olduğu alan da söz konusu olmayacak ve müdahale edenin hukuki ve cezai sorumluluğu doğacaktır.

II. TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN CEZAİ SORUMLULUK

Yukarıda da belirttiğimiz üzere tıbbi müdahaleler; esasen hukuk düzeninin yasakladığı ve hatta yapılması halinde cezai yaptırımlar öngördüğü eylemler iken hukuk düzeninin bu eylemlere izin vermesi sayesinde hukuka uygun kabul edilmektedir.

Bu müdahaleler esasen Türk Ceza Kanunu bünyesinde *"Kişilere Karşı Suçlar"* başlığı altında düzenlenen öldürme ve yaralama gibi suçlara karşılık gelmektedir. Ancak tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak yapılması halinde, yukarıda yer verdiğimiz TCK md. 26/1 *"Hakkın Kullanılması"* hukuka uygunluk nedeni uygulama alanı bulmakta ve müdahale edenin cezai sorumluluğu doğmamaktadır.

Bundan hareketle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları olan; müdahalenin yetkili bir personel tarafından yapılmış olması, hastanın müdahaleye dair aydınlatılmış ve buna dayalı olarak müdahaleye rıza göstermiş olması, müdahalenin yapılması için gerekli tıbbi zorunluluk-gereklilik(endikasyon) bulunması, müdahalenin tıp biliminin verilerine göre ve özenli şekilde uygulanmış olması şartlarında eksiklik bulunması durumunda uygulayıcının cezai sorumluluğundan bahsedilebilecektir. Zira artık sağlıkla alakalı bir mesleğin uygulanmasına dair hakkın kullanımından bahsedilmemektedir.

Bunun yanısıra doktrinde, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan koşullardan hangisinde eksiklik olduğuna göre suçun kast veya taksir çerçevesinde değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Aşağıda tekrar değineceğimiz üzere Ceza Hukuku anlamında suçu oluşturan unsurlardan olan manevi unsur; kast veya taksir olarak ortaya çıkabilmektedir.

Doktrindeki bu görüşe göre tıbbi müdahale uygulanmasında bu müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan unsurlardan; müdahaleyi yapan kişinin yetkili olması, müdahaleye dair hastanın aydınlatmaya

[4] HAKERİ, Hakan; *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, 25. Baskı, s. 294.

dayalı rızasının olması ve tıbbi zorunluluk unsurlarının eksik olması halinde müdahale edenin sorumluluğu kast çerçevesinde değerlendirilmekle beraber, müdahalenin tıp biliminin verilerine göre ve özenli şekilde uygulanması gerektiğine dair şartın bulunmaması halinde sorumluluğun taksir çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.[5]

Kanaatimizce; müdahalenin tıp biliminin verilerine göre ve özenli şekilde uygulanması gerektiğine dair şartın bulunmaması halinde de sorumluluğun kast çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün olduğu için bu görüşe iştirak edilmemekle birlikte, şayet bu görüş kabul edilecekse, tıbbi müdahalenin hangi unsur bakımından eksiklik taşıdığının tespit edilmesi, müdahale edenin cezai sorumluluğunu belirlemek bakımından önem arz edecektir.

Ceza hukuku; bireylerin haksız eylemlerine karşı her zaman ve daima başvurulabilecek bir yol değildir. Cezalandırmayı gerektirecek olan eylemin, hukuka aykırı ve kusurlu olarak ortaya çıkmasının yanı sıra; kanun koyucunun hukuka aykırılığı ağır görmesi de cezalandırma için şarttır. Bu bağlamda ceza hukukunun ikincil karakterinden bahsedilir. Bir uyuşmazlıkta ceza hukukunun uygulama alanı bulması ancak ultima ratio (son çare) olarak gündeme gelmektedir.[6]

Kanaatimizce tıbbi müdahaleye ilişkin açılacak davalar bakımından da hukuki öncelik Medeni Hukuk ve bu bağlamda yapılacak hukuk yargılamasında olmalı ve öncelik tıbbi müdahale sonucu zarar gören hasta ve hasta yakınlarının zararını tazmin etme amacına yönelik olmalıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun şartlarında eksiklik olması durumu veya bu şartların mevcut olmasına rağmen cezai sorumluluğu doğuracak kadar önemli ve ağır koşulların varlığı halinde tıbbi müdahale uygulayıcısının cezai sorumluluğu istisnai olarak gündeme gelecektir.

Sağlık personelinin tıbbi müdahalesinden dolayı cezai anlamda sorumlu tutulabilmesi, başta Türk Ceza Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlenen suçlar kapsamında olmaktadır. Bu bağlamda tıbbi müdahalenin tanımlamış olduğu hukuka uygunluk alanının dışına çıkıldığında yahut tıbbi müdahalenin yapılması sırasında gereken özenin gösterilmemesi ihtimalinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca kasten öldürme, ihmali davranışla kasten öldürme, kasten yaralama, ihmali davranışla kasten yaralama, taksirle ölüme sebep olma, taksirle yaralama, insan üzerinde deney yapma, organ ve doku ticareti yapma, çocuk düşürtme, kısırlaştırma, kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme, rüşvet ve görevi kötüye kullanma gibi suçlar gündeme gelebilecektir.

III. TIBBİ MÜDAHALE NETİCESİNDE ORTAYA ÇIKAN SUÇLARIN UNSURLARININ İNCELENMESİ

Doktrinde genel olarak kabul görmüş olan *"Suç Genel Teorisi"*ne göre, suçların oluşumu için gerekli olan dört unsur bulunmaktadır. Bunlar; kanuni unsur, hukuka aykırılık unsuru, maddi unsur ve manevi unsur olarak sayılabilir.[7]

---

[5] HAKERİ, *Ceza Hukuku*, s. 355,356.
[6] HAKERİ, *Ceza Hukuku*, s. 4.
[7] AKYILDIZ, Sunay: "Üçüncü Gün- Dokuzuncu Oturum"/"Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar", *V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Tıp Hukukunun Güncel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 974-1008*, s.* 979.

A. Kanuni Unsur

Kanuni unsur, fiilin kanunen suç olarak tanımlanmış yani tipik olmasıdır. Bu unsur, "Suçta ve Cezada Kanunilik" ilkesine dayanmaktadır.[8] Ancak, tipikliğin gerçekleşmiş olması demek fiilin mutlak olarak hukuka aykırı olduğu anlamına gelmeyecektir. Tipiklik unsurunu sağlayan eylem, kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak somut olayda işlerlik kazanan bir hukuka uygunluk nedeni mevcutsa bu kural geçerli olmayacaktır.[9]

Tıbbi müdahaleden kaynaklı suçlarda yukarıda da belirttiğimiz üzere; şayet müdahale hukuka uygun olarak ortaya çıkmış bir tıbbi müdahale ise hakkın kullanımına ilişkin hukuka uygunluk nedeninden dolayı tipiklik sağlansa bile suç oluşmayacaktır.

B. Maddi Unsur

Suçun maddi unsuru ise, kanunda tanıma uygun olan hareketi ifade eder. Maddi unsurda, hareket, netice ve bu iki noktayı birleştiren nedensellik bağı ögeleri bulunur. Hareket, iradenin olumlu veya olumsuz olarak dışa vurumu ile ortaya çıkar. Bu dışa vurum icrai veya ihmali surette olabilmektedir. Bu husus sağlık personeli açısından oldukça önem arz eder. Çünkü uygulamadaki uyuşmazlıklar, çoğunlukla ihmalden kaynaklı olarak gündeme gelmektedir.[10]

Bu bağlamda ihmali davranış; beklenen hareketlerin hiç yapılmaması ya da geç yapılması şeklinde ortaya çıkabilir. Bunun yanısıra ihmalden bahsedebilmemiz için tıbbi müdahalede bulunanın hastada oluşacak zararı/neticeyi önleyebilecek hareketi yapmasının mümkün olması ve müdahalede bulunandan zararı önlemek için harekete geçmesinin beklenebilir olması gerekmektedir.[11]

İhmal suretiyle icra edilen suçlar ile taksirli icrai suçları birbirine karıştırmamak gerekir. Taksirli icrai suçlarda söz konusu olan dikkat ve özen yükümlülüğüne uymamak şeklinde tezahür eden pasif hareket, ihmal suretiyle icra suçlarındaki ihmali hareket ile aynı değildir. Taksirli icrai suçlar bakımından bahsettiğimiz pasif hareket; kanunun düzenlemiş olduğu özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. İhmal suretiyle icra suçlarında ise suçun failinin neticenin ortaya çıkmasını önleme imkânı mevcut olduğu halde gereken hareketi yapmaması ve söz konusu hareketi yapmasının failden beklenebilir olması önem arz etmektedir. Bu bağlamda ihmal suretiyle icra suçlarının yani nitelikli ihmali suçların faili ancak, ortaya çıkacak olan neticeyi önlemekle yükümlü olan bireyler olabilecektir.[12]

Doktrinde tıbbi müdahalede bulunan sağlık personelinin bir hekim olması durumunda, ihmal kavramının temelinin; vekalet akdinden kaynaklanmakta olan özen gösterme borcu olduğu ifade edilmektedir.[13]

[8] AKYILDIZ, s. 979.
[9] HAKERİ, *Ceza Hukuku*, s. 136, 137.
[10] AKYILDIZ, s. 979.
[11] AKYILDIZ, s. 979.
[12] AKYILDIZ, s. 980.
[13] AKYILDIZ, s. 979.

Yine başkaca görüşler bünyesinde, vekalet ilişkisi ile tedaviye dair yükümlülük altına giren sağlık personellerinin sadece doktorlar olmadığı, hemşirelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.[14]

Kanaatimizce, sağlık personellerinin hasta bireylerle kurmuş oldukları hukuki ilişki; sağlık personelinin tedaviye ilişkin belli ödevleri yerine getirmesi yükümlülüğünü içerdiği için sağlık personelinin cezai sorumluluğu da bu tedaviye dair bu sözleşmenin var olup olmamasına göre şekillenebilmektedir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru, suç oluşturan fiile hukuk düzenince izin verilmemesi durumudur. Bu bağlamda yapılan eylemi hukuka uygun hale getiren bir nedenin mevcut olmaması gerekmektedir.[15] "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Yasal Dayanakları" başlığı altında daha detaylı olarak incelediğimiz üzere hukuk düzenince belirlenen bu hukuka uygunluk nedenleri, yasal düzenlemelerde sınırlı sayıda (numerus clausus) olarak sayılmamıştır.[16]

Bu sebeplerin bir kısmı Türk Ceza Kanunu kapsamında düzenlenmiştir. TCK md. 24 *"kanunun hükmü ve amirin emri"*, TCK md. 25 *"meşru savunma ve zorunluluk hali"*, TCK md. 26 *"hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası"* hükümleri bu sebeplerin bir kısmını hüküm altına almaktadır.

Kanaatimizce tıbbi müdahaleler bakımından geçerli olan sebep çoğunlukla TCK md. 26/1 kapsamında hakkın kullanılmasıdır. Bu hak da yukarıda da değindiğimiz üzere mesleki mevzuat dahilinde tanımlanan tıbbi müdahalede bulunma yetkisidir.

D. Manevi Unsur

Manevi unsur ise; kusurluluk unsurunu ifade etmektedir. Bu kapsamda failin isnad yeteneğine sahip olması ve hareketin istenerek yapılmış olması gerekmektedir. Bu unsur, somut olayda kast ya da taksir şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Mevzu bulunan 5237 sayılı TCK md. 83/1,2 gerekçesinde örnek olarak tıbbi müdahalede bulunan bir hekim gösterilmiştir. Bu kapsamda hekimin, yapmakla yükümlü olduğu bir icrai davranışı yerine getirmemesi durumunda, oluşabilecek neticeyi öngörebilmişse olası kasttan bahsedilmiştir. Bu varsayımda hekim, objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak neticeyi öngörememişse taksirden bahsedilmektedir.[17]

Doktrinde olası kast konusuna ilişkin olarak; failin eylemleri sonucu gerçekleşecek olan neticeyi öngördüğü halde, neticeyi doğrudan istememekle beraber eylemde bulunmaktan kaçınmaması şeklinde tanımlama yapılmaktadır.[18]

[14] KURŞAT, Zekeriya: "Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008; 66/1, s. 293-321, s. 306.
[15] AKYILDIZ, s. 981.
[16] HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 284.
[17] AKYILDIZ, s. 982.
[18] HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 219.

Kanaatimizce sağlık personelinin olası kast kapsamında sorumluluğundan, uygulayıcının müdahale sonucu hastada oluşacak neticeyi öngördüğü hususunun muhakkak olduğu ancak buna rağmen müdahalede bulunulan istinai hallerde bahsedilebilecektir.

Bu bağlamda tıbbi müdahaleden kaynaklı olarak tartışılabilecek bir diğer husus bilinçli taksir kapsamında sorumluluktur.

Konuya ilişkin düzenleme ihtiva eden Türk Ceza Kanunu'nun 22. Maddesinin 3. fıkrasına göre *"Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır."* şeklindedir.

Tıbbi müdahalede bulunan sağlık personelinin bilinçli taksir kapsamında sorumluluğundan bahsedebilmemiz için kanunda yer alan *"öngörmeye karşın neticenin meydana gelmesini istememe"* unsurun yanında sağlık personelinin *"sonucun gerçekleşmemesi için her türlü eylemde bulunmuş olması"* şartı da bulunmaktadır. *"Bilinçli taksir"* kapsamında sorumluluğu *"olası kast"* ile sorumluluktan ayıran husus budur.[19]

Kanımızca istisnai bir durum olarak, tıbbi müdahalede bulunan kişinin hastaya doğrudan kast ile zarar vermesi halinde sağlık hukukuna ilişkin düzenlemelerden tamamen bağımsız şekilde zarar verenin hukuki ve cezai sorumluluğu doğacak olup, bu ihtimal; bu incelemede tartıştığımız hususlardan tamamen bağımsız bir durum teşkil etmektedir. Suç işleyen kişinin sağlık personeli olması fiilin vasfını hiçbir surette etkilemeyecek olup, eylem cezalandırmaya konu olacaktır.

IV. TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Doktrinde ifade edilen görüşler dahilinde; sağlık personelinin tıbbi müdahaleden kaynaklı sorumluluğunun temel olarak sözleşmeye dayalı sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre; tedavi konulu bir sözleşmenin bulunduğu hallerde sözleşmeye dayanan sorumluluk, tedavi sözleşmesinin mevcut olmadığı veya sözleşme ilişkisi mevcut olmakla beraber uygulanan müdahalenin aynı zamanda suç teşkil ettiği durumlarda haksız fiil sorumluluğu devreye girecektir. Dava konusu olayın niteliğine göre sözleşme ve haksız fiil hükümleri dışında vekaletsiz iş görme hükümleri de uygulama alanı bulabilecektir.[20]

Tıbbi müdahalede bulunanın hukuki sorumluluğu; sağlık personelinin mesleğini icra ettiği yer ve personelin o işyerindeki konumu sebebiyle değişebilmektedir. Tıbbi müdahale uygulayıcısının çalıştığı işyerinin bir özel hastane veya devlet hastanesi olması veya uygulayıcının bağlı çalışan veya bağımsız çalışan bir kişi olması, sorumluluğun tabii olduğu hukuki düzenlemeleri değiştirecektir.[21]

Doktrinde; hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklı sorumluluğun kural olarak sözleşmeden kaynaklı sorumluluk olduğu ifade edilmektedir.[22] Kanaatimizce de sağlık personelinin tıbbi müdahaleden

[19] AKYILDIZ, s. 982.
[20] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 1235.
[21] GÖKCAN, Hasan Tahsin: *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, 4. Baskı, s. 1287.
[22] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 1235.

kaynaklanan hukuki sorumluluğu; esasen, tedavi sözleşmesi ile hastanın ulaşmak istediği hukuki neticeye ulaşamamasından kaynaklı yani sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluktur. Sözleşmeye aykırılığın söz konusu olamayacağı durumlarda diğer sorumluluk sebeplerinin gündeme gelmesi mümkün olacaktır.

Yine kanaatimizce tıbbi müdahaleye dayalı olarak açılan bir tazminat davasında hasta yani zarar gören, hukuki sorumluluğa dair birden fazla sebebe dayanabiliyorsa bu durumda Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen *"sebeplerin yarışması"* durumu söz konusu olacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesine göre *"Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."*

Dolayısıyla tıbbi müdahaleye dayanan tazminat davalarında zarar gören yani hasta aksini talep etmedikçe veya kanunlarla belirtilen aksi bir durum yoksa, hastanın en lehine olan sorumluluk sebebine göre karar verilecektir.

V. HUKUK VE CEZA YARGILAMALARININ BİRBİRİNE ETKİSİ

Yukarıda da detaylıca irdelendiği üzere, tıbbi müdahaleden kaynaklı olarak yapılacak olan yargılama ceza yargılaması ve hukuk yargılaması olmak üzere iki boyutta karşımıza çıkmaktadır. Bu iki yargılamanın aynı olayda gündeme gelmesi ve aynı zaman diliminde yürütülmeleri, yargılamaların birbirine olan etkisini sıklıkla getirmektedir.

Mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin, Anayasa'mızın 138. Maddesinin 1. ve 2. fıkraları *"Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler."* ve *"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."* şeklindedir.

Kanaatimizce mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığını güvence altına alan bu madde uyarınca aynı olaya ilişkin yargılama yürüten ceza hâkimi de hukuk hâkimi de Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermekle mükellef olup bu mükellefiyeti ihlal etmedikleri sürece kendi yetki alanları dahilinde uyuşmazlığı istedikleri şekilde çözümleme hürriyetine sahiptirler.

VI. GENEL OLARAK CEZA YARGILAMASININ HUKUK YARGILAMASINA ETKİSİ

Hukukumuzda ceza mahkemesinin işleyişinin hukuk mahkemesinin işleyişinden tamamen bağımsız olduğuna ilişkin düzenleme ihtiva eden TBK md.74 hükmü, *"Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz."* şeklindedir.

Doktrinde; ceza yargılaması ve hukuk yargılamasının aynı olaya dair yürütülmesi konusunda; hukuk yargılamasına esas olarak *"haksız fiil"* kavramı baz alınarak bu kavram ceza yargılamasındaki *"suç"*

kavramı ile karşılaştırılmıştır. Buna göre; bir olayda tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için başkaca bir özel sebep olmadığı durumlarda haksız fiil sorumluluğunun şartlarının aranacağı ifade edilmektedir.[23]

Aynı görüş bünyesinde haksız fiil oluşması ve suç oluşması ihtimalleri karşılaştırımış ve bir eylemin haksız fiil oluşturması ancak suç oluşturmaması, suç oluşturması ancak haskzı fiil oluşturmaması ve hem suç hem haksız fiil oluşturması ihtimalleri sayılmıştır.[24]

Kanaatimizce bu görüşe iştirak edilmekle beraber, bu ihtimaller bünyesinde de hukuk yargılaması ile ceza yargılamasının sorumluluk esasları birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Zira bir eylemin haksız fiil olması, suç olmasını zorunlu kılmamaktadır.

Ayrıca; bu görüş bünyesinde ağırlık olarak haksız fiilden bahsedilse de; malpraktis davaları bakımından ağırlıklı olarak gündeme gelecek olan sorumluluk sebebinin, yukarıda da bahsettiğimiz üzere sözleşmeden kaynaklı sorumluluk olduğu göz ardı edilmemelidir.

Doktrinde bir başka görüş bünyesinde ise; ceza davası kapsamında yapılan yargılamanın, hukuk davasındaki yargılamadan daha özgür şekilde yürütüldüğü, ceza yargılamasında hâkimin *"re'sen araştırma"* ilkesi uyarınca hareket ettiği için daha geniş kapsamda bir inceleme yaptığı ve daha fazla delile ulaşarak uyuşmazlığı karara bağladığı; hukuk yargılamasında ise mahkeme hakiminin tarafların sundukları deliller ile bağlı olduğu için kapsamın daha dar tutulduğu ifade edilmektedir. Bu sebeplere dayanılarak ceza davasının görülmesi esnasında tespit edilen hususların hukuk davasında dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır.[25]

Tarafımızca bu görüşe iştirak edilmemektedir. Zira yukarıda yer verdiğimiz kanuni düzenlemelere göre her hâkimin çalıştığı hukuk branşının kendi usullerine göre karar vermesi gerekmektedir. Ceza yargılamasında hâkime tanınan bu serbestinin amacı hukuk davalarına fayda sağlamak olmadığı için kanaatimizce bu argüman değildir.

Kaldı ki hukuk yargılamasındaki işleyişin aynı olaya dair yürütülen bir ceza yargılamasının mevcut olup olmamasına bağlanması da hakkaniyete aykırıdır. Konuya tıbbi müdahaleler açısından bir örnek getirecek olursak, hekimin hatalı tıbbi müdahalesinden kaynaklı tazminat sorumluluğunun tartışıldığı bir hukuk davası bünyesinde, hekimin hakkında yürütülmüş bir ceza yargılamasının olmasından dolayı, hekimin daha fazla tazminat ödemesine hükmedilmesi veya hekimin hakkında ceza yargılaması yürütülmemesi sebebiyle hekimin daha az tazminat ödemesine hükmedilmesi hakkaniyetsiz birer sonuç olacaktır.

Ceza yargılamasının yürütülebilmesinin şartları, hukuk yargılamasının yapılabilmesi için gereken şartlardan çok daha farklı olduğu için; bu iki davanın birbirine bağlı olması pek çok sorunu da beraberinde

---

[23] KAPANCI, Kadir Berk: "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi (TBK m. 74)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2016; 7/1, s. 511-552, s. 512, 513.
[24] KAPANCI, s. 514, 515.
[25] TÜRKER, Gamze/ HATEMİ, Hüseyin: *"Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Medeni Hukuk Yargılamasına Etkisi"*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü "Working Paper Series" Dergisi, 2021; 2(2), (s.16-22), s.16.

getirecektir. Yukarıdaki örnek üzerinden gidecek olursak ve olayda şikâyete tabii bir suçun gerçekleştiğini varsayarsak, her iki davanın birbirine bağlı kabul edilmesi halinde, zarar gören hastanın; hekim hakkında şikâyette bulunmaması; tazminat davasını olumsuz etkilemesi gündeme gelecektir. Bu durumun da hakkaniyete aykırı olacağı açıktır.

Doktrinde TBK md. 74 ile getirilen bu bağımsızlık prensibinin istisnaları bulunduğu ifade edilmekle beraber, ceza mahkemesince verilen bazı kararların, hukuk yargılaması açısından kesin delil niteliği taşıyabileceği ifade edilerek bu kararların başında mahkumiyete ilişkin kararların geldiği ifade edilmektedir. [26]Yine benzer şekilde istisnai hallere örnek olarak, aynı olaya dair yürütülen ceza yargılamasında elde edilen kesin delilin hukuk yargılamasında dikkate alınmasının zorunlu olması örnek olarak sayılmaktadır.[27]

Tarafımızca da ceza yargılamasında elde edilen delillerin ve yapılan tespitlerin, ancak istisnai hallerde hukuk yargılamasında esas alınması gerektiği düşünülmektedir. Konumuz bakımından bu istisna hallerden bazıları aşağıda örneklenecek olmakla beraber; yukarıda açıkladığımız kanuni düzenlemeler uyarınca, zorunlu ve gerekli durumlar haricinde ceza yargılamasının hukuk yargılamasına etki etmemesi gerekmektedir.

VII. CEZA YARGILAMASININ HUKUK YARGILAMASINA BEKLETİCİ MESELE YAPILMASI

HMK md. 165/1, *"Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir."* hükmü ile hukuk hâkiminin davası ile bağlantılı olan ceza davasını bekletici mesele yapabilmesi mümkün kılınmıştır.

Hukuk davasına bakan hâkim, ceza yargılamasının sonucunda verilecek kararın beklenmesine dair kararı vermeden önce iki yargılamanın da gelmiş olduğu aşamayı ve ceza yargılamasında verilecek hükmün görülmekte olan hukuk davasını ne ölçüde etkileyeceğini değerlendirerek bu kararı verecektir.[28]

Bazı hallerde ise hukuk davasının hakiminin, ceza yargılamasını bekletici mesele yapması zorunluluk olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Senedin sahte olduğu iddiasıyla aynı olaya dair açılan hukuk ve ceza davaları bu duruma örnek teşkil etmektedir.[29] Ceza yargılamasında senedin sahte olduğu hususu tespit edilmişse bu durum hukuk yargılaması açısından kesin delil olarak kabul edilecektir. Ancak yürütülen ceza yargılamasında sanığın beraat etmesi durumunda bu tespit hukuk yargılaması açısından kesin delil olarak kabul edilemeyecek ve hukuk hâkimi senedi inceleyerek borç ilişkisinin mevcut olup olmadığını değerlendirecektir.[30] Dolayısıyla ceza davasının sonucunun kesin delil kabul edilmesi

[26] TÜRKER, HATEMİ, s. 17.
[27] TÜRKER, HATEMİ, s. 18.
[28] TÜRKER, HATEMİ, s. 17.
[29] TÜRKER, HATEMİ, s. 17.
[30] TÜRKER, HATEMİ, s. 18.

ihtimalinden ötürü hukuk davasının devam edebilmesi için ceza davasının sonucunun beklenmesi söz konusu olacaktır.

VIII. MALPRAKTİS DAVALARINDA CEZA YARGILAMASININ HUKUK YARGILAMASINA ETKİSİ

Kanımızca tıbbi müdahaleye dayalı yargılama yapan hukuk hâkimi de ceza hâkimi de birbirinden tamamen bağımsız iki yargılama süreci yürütmektedir. Bu bağlamda bu iki yargılamanın istisnai haller dışında birbirine etki etmemesi gerekmektedir. Yine bu davalarda; ceza mahkemesinin vermiş olduğu beraat kararının veya kusurun değerlendirilmesine ilişkin kararın da hukuk hâkimi açısından hükme esas alınamayacağı yasal olarak düzenlenmiş bir husustur.

Yukarıda da değindiğimiz üzere Ceza Hukuku son çare olarak uygulanabilen bir hukuk dalı olduğundan bir eylemin Ceza Hukuku kapsamında yargılanması ve cezalandırmaya değer görülmesi daha zor gerçekleşebilecek bir ihtimal olup, hukuk yargılamasının zarar görene tanımlamış olduğu koruma alanı bundan daha geniş bir alandır.

Malpraktis davalarında ise; şayet *"malpraktis"* kavramı, hukuka uygun olarak ortaya çıkmış bir tıbbi müdahalede hedeflenen neticenin alınamaması olarak baz alınırsa, yürütülebilecek ceza davasında en fazla taksirli sorumluluk hallerinden bahsedilebilecektir. Uygulamada sağlıkla ilişkili yapılan müdahalelere karşı açılan davaların çoğunlukla hekimlere karşı açıldığı ve hasta ile hekim arasındaki vekalet sözleşmesine dayandığı düşünülürse, malpraktis davalarında ceza yargılaması ile hukuk yargılamasının birbirine önemli ölçüde bir etkisinin bulunmayacağı sonucuna ulaşılacaktır. Zira taksirli sorumluğun esasları ile vekalet sözleşmesindeki vekilin özen borcunun esasları birbirinden bağımsız olup her iki sorumluluk türü de kendi esaslarına göre değerlendirilmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunumuz, ceza yargılaması sonucu verilebilecek hüküm çeşitleri olarak; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarını tanımlamıştır. Bu ihtimallerin hiçbiri, hukuk mahkemesindeki yargılama sürecini bağlamayacaktır.

Kanımızca yalnızca ceza mahkemesince yapılacak olan tespitin, hukuk mahkemesince dikkate alınmasının hakkaniyet ve yasa gereği zorunlu olduğu istisnai durumlarda; malpraktis davalarında ceza yargılaması sürecinin hukuk yargılamasına etki edebileceğinden bahsedilebilir.

Örneklemek gerekirse; hastaya müdahalede bulunan kişinin hekim olmadığı halde üzerine önlük giyerek hastanede gezmesi ve kendisini hekim olarak tanıtarak hastaya müdahalede bulunması ve hastayı kolunda kemik kırılmasına yol açacak şekilde yaralaması varsayımında, olayda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından olan yetki koşulu gerçekleşmemiş olacaktır. Dolayısıyla eylem Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin sağlamış olduğu hukuka uygunluk alanına girmeyeceği için cezai sorumluluk gündeme gelecektir.

Bu eylemi cezalandıran ve müdahale edenin yetkisi bulunmadığı halde hastaya müdahele ettiği yönünde tespit içeren bir ceza hükmünün; olayın üstünden iki yıl geçtikten sonraki bir tarihte verildiğini varsayalım.

Olayda uygulama alanı bulan Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinin 1. fıkrası; *"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın…geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır."* şeklindedir. Örneğimizde müdahalede bulunan kişiyi ve zararı bilmesine rağmen tazminat davası açmayan davacı dava zamanaşımı süresini kaçırmış olacaktır.

Olaya ilişkin ceza yargılaması yapılabilmesi yönünden, suç şikâyete tabii olmadığından, ceza davası zamanaşımı süresi olan 8 yıl içinde bu olaya ilişkin ceza yargılaması yürütülebilecek ve karara bağlanabilecektir. Tazminat davası bakımından zamanaşımını kaçırmış olan zarar gören bu ceza hükmü sayesinde uzamış zamanaşımından faydalanabileceği için bu olayda hakkaniyet sebebiyle ceza yargılamasının hukuk yargılamasına etki etmesi gerekecektir.

Konuya ilişkin bir başka örnek getirecek olursak; hekim olan bir sağlık personeli aleyhinde yürütmüş olduğu bir ameliyat gerekçesiyle ceza davası ve hukuk davası açıldığını varsayalım. Yürütülen ceza davasında ameliyatta görevli bir başka sağlık personelinin fiili nedeniyle olumsuz neticenin ortaya çıktığı, incelenen kamera kayıtları ile tespit edilmiştir. Bu sebeple hekim hakkında, Ceza Muhakemesi Kanunu 223/2-b bendi uyarınca *"yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması"* gerekçesi ile beraat kararı verildiğini varsayalım.

Hekim hakkında verilmiş olan bu beraat kararı, eş zamanlı olarak yürütülen tazminat davasında da dikkate alınmak zorundadır. Bu karar gereğince davalı hekimin hukuki sorumluluğunun bulunmadığı tespiti yapılacağından ötürü; örneğimiz bakımından ceza mahkemesinin kararı hukuk hakimini bağlamak zorunda olacaktır.

Yine başlangıçta yer vermiş olduğumuz; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları veya uygulayıcının kamuda veya özel sektörde çalışması gibi hususlar da ceza yargılamasında kesin olarak tespit edilmişse, bu tespitler hukuk yargılamasında da kullanılmak zorunda olacaktır. Zira hukuk hakiminin tabii olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun *"Usul Ekonomisi İlkesi"* başlıklı 30. maddesi; *"Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür."* şeklindedir.

Kanaatimizce bu gibi istisnai haller saklı kalmak şartıyla malpraktis davalarında, hukuk ve ceza yargılamalarının birbirlerine etkisi bulunmamalıdır.

Özellikle değinmek istediğimiz bir diğer husus Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 223. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen beraat kararı fiilin kanunda suç olarak tanımlanmış olmaması(223/2-a), suçun sanık tarafından işlenmediğinin kesin olması(223/2-b), suç açısından failin kast veya taksirinin mevcut olmaması(223/2-c), fiili sanık tarafından işlenmekle beraber somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olması(223/2-d) ve suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması(223/2-e) ihtimalleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Konumuz yönünden bu ihtimallerin her biri başka sonuçlar doğuracağı için beraat kararının hukuk yargılamasında dikkate alınması veya alınmaması gibi bir ayrıma gidilemeyecektir.

Örnek olarak, sağlık personelinin tıbbi müdahaleine ilişkin yürütülen ceza yargılamasında suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması kararının verilmiş olmasına rağmen hukuk yargılamasında sağlık personelinin tazminata mahkûm edilmesi mümkündür. Zira ceza yargılamasında mahkumiyete esas alınacak kadar kuvvetli bir delil bulunamamış olması, hukuk yargılamasında tazminat sorumluluğunun doğmasına engel olmayacaktır. Dolayısıyla delil yetersizliği sebepli beraat kararı tazminat yükümlülüğünün doğmasına engel değildir.

Bununla beraber yukarıda da izah ettiğimiz üzere beraat kararı, suçun sanık tarafından işlenmediği gerekçesi ile verilmişse bu olay özelinde beraat kararının tazminat sorumluluğunun doğmasına engel olduğu görülecektir.

Dolayısıyla ceza yargılamasında verilen beraat kararının, hukuk yargılamasına etki etmesini tartışırken bu beraat kararının hangi gerekçe ile verildiği hususunu dikkate almamız gerekecektir.

Ayrıca doktrinde; suç oluşturan ancak haksız fiil oluşturmayan eylemlerin de olabileceği ve bu olaylar bakımından tazminat sorumluluğunun doğmayacağı da ifade edilmektedir. Buna göre olayda zarar unsuru mevcut değilse, suç olan bir fiil mevcut olsa bile tazminat sorumluluğu doğmayacaktır.[31]

Kanaatimizce bu durum, tazminat sorumluluğunu doğuran diğer haller bakımından da söz konusu olabilecektir. Konumuz özelinde konuşacak olursak, tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluk; ağırlıklı olarak sözleşmeden kaynaklı sorumluluk olacağı için, tıbbi müdahalenin yapılması esnasında suç teşkil eden bir eylemin ortaya çıkması, ancak bu eylem sonucunda hastada zarar ortaya çıkmaması da ihtimal dahilindedir. Bu durumda tıbbi müdahale uygulayıcısı hakkında ceza yargılaması yürütülebilecek ancak tazminat davası açılamayacaktır.

Ayrıca yukarıda da değindiğimiz üzere tıbbi müdahaleden kaynaklı tazminat davasındaki sorumluluk sorumluluğu; sağlık personelinin mesleğini icra ettiği yer ve personelin o işyerindeki konumuna göre değişebildiği için[32] ceza yargılamasında hukuki sorumluluğa etki edecek bu tip bir bilgiye ulaşılması halinde bu verinin hukuk yargılamasına esas kabul edilmesi kaçınılmaz olacaktır.

Örneğin, devlet hastanesinde çalışan bir memurken istifa ederek özel hastanede çalışmaya başlayan bir hekim hakkında tıbbi müdahale sebebiyle yürütülen bir ceza davasının mevcut olduğunu ancak hekim hakkında tazminat davasının henüz açılmadığını varsayalım.

Ceza yargılamasında, hekimin tıbbi müdahaleyi özel hastanede mi yoksa devlet hastenesinde mi yaptığının tespit edilmesi halinde bu tespit; hastanın açacağı tazminat davasını idari yargıda veya adli yargıda açması hususunu belirleyecektir. Bu varsayım bünyesinde, ceza yargılamasında yapılan bir tespit hukuk yargılamasına etki etmiş olacaktır.

IX. Malpraktis Davalarında Ceza Yargılamasının Hukuk Yargılamasına Bekletici Mesele Yapılması

Yargısal uygulamalarda tıbbi müdahaleden kaynaklı davalarda sıklıkla ceza davasının hukuk yargılaması için bekletici mesele yapıldığı görülmektedir. Kanaatimizce bu durum, hukukun genel ilkeleri

[31] KAPANCI, s. 515.
[32] GÖKCAN, s. 1287.

ve hakkaniyet gereği iki yargı sürecinin, istisnai haller saklı olmak üzere birbirinden tamamen ayrı şekilde yürümesi gerektiği için doğru değildir. Bu ihtimalde; hukuk yargılamasına, ceza yargılamasından tamamen bağımsız olarak devam edilmelidir.

Ayrıca uygulamada ceza davasının sonuçlanmasının beklenilmesi çoğunlukla hukuk davasının sonuçlanmasını geciktirmekte ve bu durum zarar gören kişinin zararının giderilmesini de geciktirmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muzun 30. maddesi "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür." şeklindedir. Bu kanun maddesinin konumuz bakımından izdüşümü ise; tıbbi müdahale sebebiyle dava açan hastanın davasının mümkün olabilecek en kısa sürede sonuçlanması ve en kısa sürede zararının giderilmesinin hâkim için bir ödev olarak gündeme gelmesidir.

Uygulamada ise tıbbi müdahaleye dair hukuk yargılaması ve ceza yargılamasının eş zamanlı olarak yürütüldüğü durumlarda hukuk hâkimi zorunluluk mevcut olmasa dahi ceza yargılamasının sonucunu bekleyerek yargılamayı uzatmaktadır.

Kanaatimizce; aynı olay bakımından iki yargılamanın da eş zamanlı olduğu durumlarda; ceza yargılaması sonucunda kesin delil tespit edilmesi ihtimali gibi önemli ve zaruri durumlar haricinde, ceza davasının sonucunun beklenilmemesi ve hukuk yargılamasının mümkün olabilecek en kısa süre içerisinde bitirilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda beyan ettiğimiz görüşlerimizi tekrarla; her hukuk dalı kendi prensiplerine sahip olduğundan dolayı ve mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığı anayasal hükümlerle güvence altına alınmış olduğundan ötürü; her hâkim olaya yargılama yapılan disiplinin penceresinden bakmak mecburiyetindedir. Bu sebeple hakimler; kendi yetki alanları dahilinde uyuşmazlığı istedikleri şekilde çözümleme hürriyetine sahiptirler.

Kanaatimizce örnek olarak gösterdiğimiz durumlara benzer nitelikte; istisnai ve zaruri haller olmadığı müddetçe malpraktis yargılamalarında hukuk yargılaması ve ceza yargılaması birbirinden tamamen bağımsız iki süreç olarak yürütülmeli ve her hukuk disiplini davayı kendi esaslarına göre çözümlemelidir.

Tıbbi müdahaleden kaynaklı olarak hem ceza yargılaması hem hukuk yargılamasının yürütüldüğü hallerde; hukuk yargılamasında devam eden davanın hakkaniyetli şekilde sonuçlanması için zorunlu olmadıkça ceza yargılamasının sonucu beklenilmemeli ve bu şekilde davanın gereksiz şekilde uzamasının önüne geçilmelidir.

Kaynakça

AKYILDIZ, Sunay: "Üçüncü Gün- Dokuzuncu Oturum"/"Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar", *V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Tıp Hukukunun Güncel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 974-1008.

GÖKCAN, Hasan Tahsin: *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, 4. Baskı

HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, 17. Baskı

HAKERİ, Hakan*: Tıp Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, 25. Baskı

KAPANCI, Kadir Berk: "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi(TBK m. 74)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2016; 7/1, s. 511-552.

KURŞAT, Zekeriya: "Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008; 66/1, s. 293-321.

TÜRKER, Gamze/ HATEMİ, Hüseyin: "Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Medeni Hukuk Yargılamasına Etkisi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü "Working Paper Series" Dergisi*, 2021; 2/2, s.16-22.

VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇU VE VERGİ ZİYAI KABAHATİNDE NE BIS IN IDEM İLKESİ: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI VE TÜRK VERGİ HUKUKUNA ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Fulya MERCİMEK*

ÖZET

Türk vergi hukukunda vergi kaçakçılığı suçunda hapis cezası ile cezalandırılan fiillerin aynı zamanda vergi ziyaına sebebiyet vermesi halinde idari nitelikli vergi cezası ile yaptırıma tabi olması, ne bis in idem ilkesi bağlamında değerlendirilmesi gereken bir husustur. Suç niteliği nedeniyle vergi kaçakçılığı fiilleri, adli prosedürleri ve ceza yargılamasını zorunlu kılmaktadır. Bu fiiller, vergi ziyaı ile de sonuçlanabilmektedir. Vergi ziyaı kabahati, idari ceza ve veya yargılamalar ile müeyyidelendirilen bir kabahattir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), vergi ceza hukukunda uygulanan bu idari ve adli cezaların "ne bis in idem ilkesi" hükümleriyle değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunsalını yorumlamıştır. AİHM, pek çok davada, vergi kaçakçılığı suçunun unsurlarının ve bu suçun cezalandırılma amacının, vergi ziyaı kabahatinin unsurlarından ve yaptırım amacından farklı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bu davalarda, ne bis in idem hükümlerindeki "aynı suç" kriterini vergi ceza hukukunda gramatik yorum yöntemiyle yorumlamış ve vergi kabahatlerini "aynı suç" kapsamına almamıştır. Buna rağmen Glantz kararında, Zolotukhin kararında ortaya koyduğu, "aynı sanıkla ilgili, zaman ve yer bakımından aynı fiille ilgili adli suç ve kabahat (idari suç)" kriterini vergi ceza hukuku alanına uygulamıştır. AİHM, vergi kabahatleri ile ilgili idari yaptırımın cezai niteliğini hatırlatıp bu kabahatleri de "aynı suç" kapsamına almıştır. Glantz davasında, zaman ve yer bakımından aynı fiil ve aynı olay nedeniyle hem idari ve hem de adli cezaya hükmedilmesini, ne bis in idem ilkesine aykırı kabul etmiştir. Bu yaklaşımını Case of A and B davasında değiştirmiş ve aynı fiil nedeniyle adli ve idari cezaya neden olunması hususunda, adli veya idari mercilerin nihai kararı kesinleşmeden derdest olabilen adli ve idari yargılamalar ya da idari inceleme ve adli soruşturmalar neticesinde "esas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantı" kriteri ihlal edilmediğinde hem idari hem de adli ceza ve yaptırımlara hükmedilebileceği ve bunun ne bis in idem ilkesine aykırı olmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla "esas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantı" kriteri adli soruşturma ve idari vergi incelemesinde ve veya adli ve idari yargılamada dikkatle muhakeme edilmediğinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ne bis in idem hükümleri ihlal edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Ne bis in idem, AİHM, Vergi ceza hukuku, Vergi ziyaı kabahati, Vergi kaçakçılık suçu.

NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN CASE OF TAX EVASION CRİME AND TAX OFFENCES: JUDGEMENTS OF THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS COURT AND ITS IMPACT ON TURKISH TAX LAW

ABSTRACT

One of the issues that should be interpreted in the context of the principle of ne bis in idem is that acts punished with imprisonment for tax evasion are also subject to sanctions with administrative tax penalties

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fulyamercimek@sdu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2531-7704.

if they cause tax loss. Acts of tax evasion crime necessitate judicial procedures and criminal proceedings and when these acts result in tax loss, they constitute a tax offense. The European Court of Human Rights (ECtHR) has interpreted the problematic issue of whether these administrative and criminal penalties applied in tax criminal law would be evaluated with the provisions of the "ne bis in idem principle". The ECtHR has stated in many cases that the elements of the crime of tax evasion and the purpose of punishment for this crime are different from the elements of the offense of tax loss and the purpose of sanction. In these cases, the Court interpreted the "same crime" criterion in the ne bis in idem provisions with the method of grammatical interpretation in tax criminal law and did not include tax offenses within the scope of "the same crime". Despite those decisions, ECtHR applied the criterion of "same conduct" at crimes and offenses related to the same defendant at the same time or in the same location, which it put forward in the Zolotukhin decision, to the field of tax criminal law in the Glantz decision. The ECtHR reminded the criminal nature of the administrative sanctions related to tax offenses and included these offenses within the scope of the "same crime". In the Glantz case, the Court considered the imposition of both administrative and criminal punishment for the same act and the same event in terms of time and location as contrary to the principle of ne bis in idem. The ECtHR changed its approach in Case of A and B and stated that if the "sufficiently close connection in substance and time" criterion is not violated at criminal and administrative proceedings or administrative reviews and judicial investigations that may be pending before the final decision of the judicial or administrative authorities, both administrative and judicial penalties and sanctions would be imposed and that this will not be contrary to the principle of ne bis in idem. Therefore, if the criterion of "sufficiently close connection in substance and time" is not carefully considered in judicial investigation and administrative investigation or criminal jurisdiction and administrative jurisdiction, the ne bis in idem provisions of the European Convention on Human Rights would be violated.

Keywords: Ne bis in idem, ECtHR, Tax criminal law, Tax offences, Tax evasion crime

GİRİŞ

Pek çok ülkede ve Türkiye'de vergi kanunlarında benimsenen normatif düzen nedeniyle vergi kaçakçığı eylemi birden fazla cezayı gerektirmektedir[1]. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'un "Ceza Hükümleri" Başlıklı Dördüncü Kitabının "Vergi Cezaları" başlıklı İkinci Kısmının Birinci Bölümünde "Vergi Ziyaı Cezalarına", Üçüncü Bölümünde "Kaçakçılık Suçları ve Cezaları"na yer verilmektedir. Vergi ziyaı; mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade etmektedir. Vergi ziyaına sebebiyet verildiği takdirde, mükellef hakkında kayba uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyaı cezası kesilmektedir. Vergi ziyaına kaçakçılık fiilleriyle sebebiyet verilmesi halinde bu ceza üç kat uygulanmaktadır. VUK m. 359'da sayılı kaçakçılık fiillerinden hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar, defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler, defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunmaktadır. Defter,

[1] ATTARD, Robert: "The ECtHR's Recent Tax Judgments on the Non Bis in Idem Rule", *EC Tax Review*, Volume 26, Issue 6, 2017, s. 335.

kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. VUK'un "Ceza Hükümleri" Başlıklı Dördüncü Kitabının Birinci Kısmının genel esaslarında, vergi cezasıyla cezalandırılan vergi ziyaı fiillerinin aynı zamanda vergi kaçakçılığı suçu teşkil etmesi hususunda bu fiiller nedeniyle idari vergi cezası kesilmesinin vergi kaçakçılık suçuna istinaden adli takibat yapılmasına, kaçakçılık suçunu işleyenler hakkında hapis cezasının uygulanmasının da vergi ziyaı cezasının ayrıca uygulanmasına engel olmayacağına hükmedilmiştir. Dolayısıyla vergi kaçakçılığı fiillerini işleyen mükellefler, bu filleri nedeniyle hapis cezası ve de üç kat vergi ziyaı cezasının muhattabı olabilecektir.

Mükellefin VUK 359. maddede sayılı kaçakçılık fiilleri ile vergi ziyaına neden olması, vergi ceza hukukunda ne bis in idem ilkesinin değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Ne bis in idem ilkesi, aynı fiilden dolayı iki kez yargılanmama veya cezalandırılama hakkını ifade etmektir. Vergi mahkemesi ve vergi idaresi kararlarının ceza mahkemelerini bağlamayacağına, ceza mahkemesi kararlarının da vergi mahkemelerini ve vergi idaresi kararlarına etkili olmadığına hükmedilen VUK'un 367. maddesinin 5. fıkrası, AİHM'nin ne bis in idem kriterleri argüman kabul edilerek Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir[2]. Dolayısıyla, "vergi mahkemeleri" ile "ceza mahkemeleri" yargılamalarında AİHM'nin vergi ceza hukukununda benimsediği "ne bis in idem" kriterlerinin ihmal edilmesi hususunun AİHS'nin ihlalini oluşturabileceği anlaşılmaktadır. Türkiye, ne bis in idem hükümlerinin yer aldığı AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokol'ü 10.03.2016 tarihinde 6684 sayılı Kanun'la kabul edilen ve Bakanlar Kurulunun 28.03.2016 tarihli ve 2016/8717 sayılı Kararıyla onaylamıştır. AİHS'nin ne bis in idem hükümleri, AİHM kararlarıyla yorumlanmaktadır. AİHM, tek fiilinin genel ceza hukuku ve idare hukuku yaptırımıyla müeyyidelendirilmesi ile ilgili davalarda "aynı fiil (same conduct: *idem factum*)[3], "aynı fiilin farklı neviden suçlar oluşturabilmesi ve fikri içtima (several offences: *concours idéal d'infractions)*[4]", "aynı fiilin farklı neviden suçlar oluşturabilmesi ve gerçek içtima (several offences: *concours idéal d'infractions)*[5]", "temel unsurlar (essential elements)[6]", "aynı olay (same facts)[7]", "esas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantı[8]" kriterlerini geliştirmiştir.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN NE BIS IN IDEM KRİTERLERİ

A. AİHS'nin Ne Bis in Idem Hükümleri ve Türkiye

1949 yılında kurulan Avrupa Konseyi'nin (Council of Europe)[9] kuruluşundan sonra 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, devletlerin

[2] AYM'nin 04.11.2021 tarih ve E: 2019/4 K: 2021/78 sayılı kararı.
[3] *Gradinger v. Austria*, Başvuru No: 15963/90, 23.10. 1995.
[4] *Oliveira v. Switzerland*, Başvuru No: 84/1997/868/1080, 30.07.1998.
[5] *Oliveira v. Switzerland*, Başvuru No: 84/1997/868/1080, 30.07.1998.
[6] *Göktan v. France*, Başvuru No: 33402/96, 02.07.2002.
[7] *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Başvuru No: 14939/03, 10.02.2009.
[8] *A and B v. Norway*, Başvuru No: 24130/11 and 29758/11, 15.11.2016.
[9] Council of Europe, https://www.coe.int/en/web/portal/46-members-states: Avrupa Konseyi üye ülkeleri; Arnavutluk, Andora, Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Karadağ, Hollanda, Kuzey Makedonya, Norveç, Polonya, Portekiz, Moldova, Romanya, San Marino, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye, Ukrayna, Birleşik Krallık'tır.

vergilendirme ve ceza yetkisi sınırlarında önemli etkiye sahip "Anayasal Belge" iken bu belgeyi yorumlama sorumluluğu nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de mükellef hakları alanında "Avrupa Anayasa Mahkemesi" işlevine sahip bir yargı merciidir. AİHM'nin verdiği nihai kararlar bağlayıcıdır ve ilgili sözleşme ve veya ek protokollere taraf olan devletler bu kararlara uymakla yükümlüdür[10]. AİHS'nin ulusal hukukta normlar hiyerarşisindeki yeri Avrupa Konseyine (Council of Europe) üye ülkelerin ulusal hukuk düzenlerince belirlenmektedir[11]. "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"un 7. maddesiyle Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz." hükmüne, *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır"*[12] fıkrası eklenmiştir. Dolayısıyla Türkiye'nin kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşmeye Ek Protokoller, Türk hukukunda kanun üstünde yer almaktadır. Türkiye, ne bis in idem hükümlerinin yer aldığı AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokol'ü onaylamıştır[13].

Ne bis in idem hükümlerinin yer aldığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesi birinci fıkrasına istinaden *"Hiç kimse, bir devletin hukuku veya ceza muhakemesi usulüyle kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargı yetkisindeki ceza yargılamaları kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılamaz".* Bu fıkra hükmü, ne bis in idem ile ilgili davalarda AİHM'nin "aynı suç", "aynı fiil: idem", "nihai karar", "yargılamaların veya suçlamaların tekrarı: bis", "aynı kişi: idem personam" hususlarında yorum yapmasını zorunlu kılmaktadır[14].

B. AİHM'nin Genel Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem Kriterleri

1. Aynı Fiil (Same Conduct, Idem Factum) Kriteri

AİHM'nin ne bis in idem ilkesini yorumlarken "aynı fiil" (idem factum) kriterine odaklandığı ilk dava, Gradinger davasıdır. Bu davada, Bay Gradinger alkollü araç kullanırken taksirle ölüme sebebiyet vermiştir. Gradinger, taksirle ölüme sebebiyet vermekten Avusturya genel ceza hukuku normlarına istinaden Bölge Mahkemesi kararıyla hapis ve adli para cezasına mahkûm edilmiştir. Alkollü araç kullanma nedeniyle de Trafik Kanunu uyarınca idari para cezası ve hapis cezasına tabi tutulmuş, idari mahkemede de bu cezalar

[10] ÜNAL, Şeref: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No: 89, 2001, s. 13-18; ÖZDEK, Yasemin: *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye (AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye)*, TODAİE, Ankara, 2004, s. Önsöz, 27; Utrecht University Centre for Taxation and Public Governance, *Constitutional Effects On The Tax System*, Netherlands, 2006, s. 7; YALTI, Billur: *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, 1.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 8; AİHS; Hollanda'da Anayasa üstünde, Avusturya'da Anayasa değerindedir. AİHS; Danimarka, Finlandiya, Almanya, İzlanda, İtalya, Lihtenştayn, Litvanya, İsveç'te yasalarla eşdeğerdir. ÜNAL, s. 72; ÖZDEK, s. 80-88.

[11] ÜNAL, s. 72; ÖZDEK, s. 80-88.

[12] 1982 Any Ek cümle: 7/5/2004 5170/7.

[13] Bakanlar Kurulunun 28.03.2016 tarihli 2016/8717 sayılı Kararı. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ile ilgili "ne bis in idem" hükmünün yokluğu sebebiyle Anayasa Mahkemesi şikâyet yolu başvurularında ilkeyi, adil yargılanma hakkı ile yorumlamaktadır. Mahkeme aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama ve cezalandırılmama hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının unsuru olduğu, dolayısıyla AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokol ile Anayasa'nın da koruması alanında bulunduğu belirtmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamındaki inceleme yetkisinin aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkını da kapsadığı kanaatindedir. *Ünal Gökpınar Başvurusu*, Başvuru No: 2018/9115, K. 27/3/2019, R.G. 27/3/2019.

[14] ATTARD, s. 335-338.

onanmıştır. AİHM, genel ceza hukuku normlarının ihlalinin müeyyidesi cezanın ve trafik hukuku normlarının ihlalinin müeyyidesi cezanın niteliği ve amacının farklı olmasına rağmen, her iki mahkeme kararın da başvuranın aynı fiiline dayanması nedeniyle 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir[15].

2. Aynı Fiilin Farklı Neviden İki Ayrı Suç Oluşturması (Fikri İçtima, Several Offences, Concours İdéal d'infractions) Kriteri

Fikri içtima kriteri (several offences: *concours idéal d'infractions)*, Oliveira davasında geliştirilmiştir. Bu yaklaşım "aynı fiilin" ayrı yargılamalarda yargılanabilecek suçları (concours ideal d'infractions) oluşturabileceği öncülünden hareket etmektedir. Oliveria'ya, aracının hız sınırını kontrol etmemesi nedeniyle trafik hukuku normlarını ihladen Sulh Ceza Hakimliği kararıyla idari para cezası verilmiştir. Zürih Bölge Mahkemesi de taksirle fiziksel yaralanmaya neden olma suçundan adli para cezasına hükmetmiştir. Yargıtay, ulusal mevzuatta kabul edilen fikri içtima hükümleri nedeniyle bu adli para cezasını tespit ederken idari para cezasını mahsup edip Bölge Mahkemesi kararı kararını onamıştır. AİHM, davanın olaylarının tek bir fiilin tipik bir örneği olduğu, bu fiilin farklı neviden suçları oluşturduğu ve fikri içtima nedeniyle sadece en ağır cezanın verildiğini hatırlatıp, ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir[16].

3. Aynı Fiilin Farklı Neviden İki Ayrı Suç Oluşturması (Adli ve İdari Suç Tasnifi) Kriteri

AİHM, Uyuşturucu kaçakçılığı ile ilgili Göktan'ın müteakip davasında da aynı fiilin farklı neviden iki ayrı suç oluşturması kriterini yorumlamıştır. Mahkeme, genel ceza hukukunda yasadışı ithal edilen uyuşturucu ticareti suçu nedeniyle hapis cezası ile gümrük hukuku normlarını ihlalden para cezası uygulamasını "tek fiiilin birden fazla suç oluşturması" kriteriyle yorumlamış, başvuranın mahkûm edildiği aynı fiili farklı neviden iki ayrı suç oluşturması nedeniyle, 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir[17].

4. Temel Unsurlar (Essential Elements) Kriteri

AİHM Fischer davasında, "temel unsur" kriterini formüle etmiştir. Bu davada, Bay Fischer'ın alkollü araç kullanma fiili nedeniyle Trafik hukuku normlarını ihlalden idari para ceza alması ve taksir sonucu ölüme neden olma suçunun "bir kimsenin kendi isteğiyle sarhoş olup taksirle ölüme sebebiyet vermesi" hükmüne istinaden genel ceza hukuku normlarını ihlalden mahkumiyetine hükmedilmesi "temel unsurlar" kriterinin örneğidir. AİHM, Fischer davasında, bu idari ve adli cezanın sebebi fiilin temel unsurlarının aynı olduğuna karar verip 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir[18].

5. Aynı Olaylar (Same Facts) Kriteri

Sergey Zolotukhin davasında ilgiliye polis karakolunda polislere hakaret etmek fiili nedeniyle, bu "Huzur bozucu küçük eylemlerden" dolayı İdari Suçlar (kabahatler) Kanunu ihlalden Bölge Mahkemesi kararıyla idari gözetim cezası verilmiş ve aynı fiil ile ilgili "huzur bozucu eylemlerden" dolayı Rusya Ceza Kanunu'nu ihlalden ceza davası açılmıştır. İHAM Sergey Zolotukhin davasında 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin üç farklı güvenceyi temin ettiğini ve idari suçların (kabahatler) da 7 No'lu Protokolun 4. maddesi hükmündeki

[15] *Gradinger v. Austria*, Başvuru No: 15963/90, 23.10. 1995; *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Başvuru No: no. 14939/03, 10.02. 2009.
[16] *Oliveira v. Switzerland*, Başvuru No: 84/1997/868/1080, 30.07.1998.
[17] *Göktan v. France*, Başvuru No: 33402/96, 02.07.2002.
[18] *Franz Fischer v. Austria*, Başvuru No: 37950/97, 29.05.2001.

"aynı suç" kapsamında yorumlanması zorunluluğunu belirtmektedir. AİHM kararına istinaden "ne bis in idem ilkesi", ilgilinin aynı suçtan dolayı "kovuşturulamaması", "yargılanamaması" ya da "cezalandırılamaması"dır. Mahkeme, Sergey Zolotukhin davasında, 7 No'lu Protokolün 4. maddesi 1. fıkrasının "aynı olaylardan doğan ikinci suçun (adli ya da idari)" yargılanmasını, cezalandırılması, kovuşturulmasını yasakladığını tespit etmiştir. Mahkeme, fiilin yasalardaki idari ya da adli suç tasnifini ve veya cezanın amacını değil "aynı olay" kriterini benimsemiştir. Mahkeme, "aynı sanığı, aynı zamanı ilgilendiren aynı fiili"; "aynı olay" kriteriyle yorumlamayı tercih etmiştir. AİHM, "aynı olay" nedeniyle yeni bir suç (idari ya da adli) isnadıyla kovuşturma, yargılama ya da cezalandırma yapılmasının 7 Nolu Protokolün 4. madde hükümlerini ihlal ettiğine hükmetmiştir[19].

B. VERGİ CEZA HUKUKUNDA AİHM'NİN NE BIS IN IDEM KRİTERLERİ

AİHM, Glantz davasına kadar vergi ceza hukuku ile ilgili bir dizi davada, idari vergi cezası (vergi ziyaı kabahati) ve adli vergi cezasının (vergi kaçakçılığı suçu) temel unsurları ve cezai amaçları bakımından farklılık gösterdiği tespit etmiştir.

1. Manasson v. Sweden Davası: Temel Unsurlar Kriteri

AİHM, Manasson davasında, temel unsurlar kriterini benimsemiştir. Mahkeme, mükellefin, belirli gelir ve ücret ödemelerini defterlere kasten kaydetmemekten suçlu bulunması nedeniyle ulusal mahkemece hükmedilen hapis cezası ile vergi beyannamesinde verdiği bilgilerin yanlış olduğunun tespit edilmesi nedeniyle idarece hükmedilen vergi para cezasının aynı fiilden kaynaklanmadığını tespit etmiştir. Vergi Kanunu'nu ihlal nedeniyle uygulanan idari para cezasında "temel unsur", başvuranın vergi beyannamelerini sunarken defterlerde yer alan yanlış bilgileri esas alıp vergi idaresine bu bilgileri vermesidir. Mahkemece hükmedilen hapis cezasının temel unsuru ise ilgili gelir ve ödemeler kasten defterlerlerine kaydetmemektir. AİHM, taraflar aralarında anlaştıklarından, bu davayı listeden çıkarmıştır. Bu nedenle 7 Nolu Protokol'ün 4. Maddesinin ihlali ile ilgili bir hüküm kurmamıştır[20]. Mahkeme böyle bir anlaşma olmasaydı adli ve idari cezanın temel unsurlarının farklı olduğunu belirtip 7 No'lu Protokol'un 4. Maddesinin ihlal edilmediğine hükmedecekti.

2. Ponsetti and Chesnel v. France Davası: Temel Unsurlar Kriteri

Ponsetti davasında, mükellef, vergi makamlarından talepler almasına rağmen 1988, 1989 ve 1990 yılları ile ilgili gelir vergisi beyannamesi vermemiştir. İlgiliye vergi dairesince kayba uğrattığı vergi ziyaının katları nispetinde tespit edilen idari para cezası verilmiştir. Vergi dairesi, Bay Ponsetti'ye karşı vergi kaçakçılığı yaptığı iddiasıyla savcılığa suç duyurusunda bulunmuş, Valence Ceza Mahkemesi ilgiliyi vergi kaçakçılığı suçundan hapis cezası ve adli para cezasına mahkûm etmiştir. Ponsetti, Yargıtay'a temyiz başvurusunda bulunmuş, buna rağmen mahkeme hapis ve adli para cezasını yükseltip başvuranın mahkumiyetini onamıştır. AİHM, idari para cezası ile ceza mahkemesi tarafından hükmedilen hapis cezasını Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 4. md. hükümleriyle yorumlamıştır. Mükellef, beyannamelerini yasal süresinde vermeme fiili nedeniyle Vergi İdaresince Genel Vergi Kanunu'nun m. 1728 hükmüne istinaden idari para cezasına, Genel Vergi Kanunu'nun "...bu Kanunun ilgili olduğu vergilerin tahakkukundan veya ödenmesinden kısmen veya tamamen kaçınan mükellefin vergi kaçakçlığı fiili ile isnad edileceği..." hükmünü düzenleyen 1741. maddesini ihlal nedeniyle hapis ve adli para cezasına mahkum edilmiştir. İtalya Yargıtay Ceza Dairesi içtihadını yorumlayan AİHM, adli vergi suçunun (vergi kaçakçılığı suçu) temel

[19] *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Başvuru No: 14939/03, 10.02.2009.
[20] *Manasson v. Sweden*, Başvuru No: 41265/98, 20.07.2004.

unsurunun "kast" olduğunu, Vergi Genel Kanunu'nun 1728. maddesinde belirtilen idari cezanın tespitinde kasıt unsurunun aranmadığını, sadece ilgili fiilin işlenmesi şartının arandığını belirtip, adli vergi cezası ile idari vergi cezasının kurucu unsurlarının farklı olduğunu tespit etmiştir. Genel Vergi Kanunu'nun 1728. maddesinde belirtilen ve beyannamenin süresinde beyan edilmemesi nedeniyle verilen idari cezanın temel unsurunda kast aranmamaktayken vergi kaçakçığını nedeniyle hükmedilen hapis ve adli para cezasının temel unsuru, fiilin kasten işlenmesidir. Bu nedenle AİHM, Genel Vergi Kanunu'nun 1741 ve 1728. maddelerinin "aynı suçla" ilgili olmadığı, cezaların temel unsur ve amaçlarının da aynı olmadığını belirtip 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesi kapsamında herhangi ihlal tespit edilmediğine hükmetmiştir[21].

3. Glantz v. Finland Davası: Aynı Olay Kriteri

Glantz Finlandiya davasında AİHM, Sergey Zolotukhin davasında benimsediği "aynı olay" kriterini vergi ceza hukuku alanına uygulamıştır. Mahkeme Glantz Finlandiya davasında, idari ve adli yargıda derdest davalar, hükmedilen cezaları şöyledir:

> *İdari Müeyyide (Ek Vergi Cezası):* Glantz Finlandiya davasında vergi müfettişleri, 2006 yılında başvurucunun vekaletinde yaptığı vergi incelemesinde 5 yıllık örtülü temettü nedeniyle eksik tahakkuk eden vergi miktarını hesaplamıştır. 1079/2005 Sayılı Finlandiya Vergi Usul Kanunu'nun "vergi mükellefi; vergi beyannamelerini vermemesi veya eksik bildirmesi, vergi makamlarına yanıltıcı veya yanlış bilgi vermesi ve bu nedenlerle verginin eksik veya geç tahakkuk etmesi nedeniyle ek bir vergi ile birlikte ödenmemiş vergiyi ve gecikme zammını ödemeye mahkum edilir" hükmüne istinaden idarece ilgiliye vergi kanununu ihlalden ek idari vergi cezası verilmiştir. Mükellef, idareye ilgili ek verginin iptali amacıyla itiraz başvurusunda bulunmuş, idare bu başvuruyu reddetmiştir. 2007 yılında mükellef, Helsinki İdare Mahkemesi'ne idari para cezasının iptali amacıyla dava açmıştır. 2008 yılında Helsinki İdare Mahkemesi başvuranın davasını reddetmiştir. Mükellef, 2009 yılında Danıştay'a temyiz başvurusunda bulunmuş, 2010 yılında Danıştay, İdare Mahkemesi'nin kararını onamıştır. Dolayısıyla mükellefin idareye ve olağan kanun yolllarına başvurma tarihleri şöyledir[22]:
>
> > *09.03 2007'de mükellef, idareye itiraz başvurusu yapmıştır.*
> >
> > *30.05.2007'de idare, bu başvuruyu reddetmiştir.*
> >
> > *11.06.2007'de mükellef, İdare Mahkemesi'ne dava açmıştır.*
> >
> > *22.12.2008'de İdare Mahkemesi davayı reddetmiştir.*
> >
> > *27.02. 2009'da mükellef, Danıştay'a temyiz başvurusu yapmıştır.*
> >
> > *11.01.2010'da Danıştay İdare Mahkemesi'nin kararını onamıştır.*
>
> *Adli Müeyyide (Hapis cezası ve adli para cezası):* 2008 yılında, 1997 ile 2003 yılları itibariyle mükellef adına savcılığa vergi kaçakçılığı suçlaması nedeniyle suç duyurusunda bulunulmuştur. Suçlamalara göre, başvuran kişisel sıfatıyla gelirini eksik beyan ettiği için nitelikli vergi kaçakçılığı yapmakla suçlanmıştır. 2009 tarihinde, özel hukuk ve ceza davalarında adli yargı bidayet mahkemesi, Helsinki Bölge Mahkemesi, mükellefe isnad edilen vergi kaçakçılığı suç kovuşturmasında 2 yıl 8 ay hapis cezası ve adli para cezasına hükmetmiştir. 2010 tarihinde

[21] *Ponsetti and Chesnel v. France*, Başvuru No: 36855/97, 14.09.1999.
[22] *Glantz v. Finland*, Başvuru No: 37394/11, 20.05.2014.

mükellef, Helsinki Adli Yüksek Mahkemesine istinafa başvurmuştur. Yüksek Mahkeme, başvuranı suçlu bulmuş ve davayı reddetmiştir. Mükellef, 2011 yılında Yargıtay'a başvurmuş, mahkeme istinaf mahkemesinin kararını onamıştır. Dolayısıyla mükellefin vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin soruşturma, kovuşturma ve kanun yoluna başvurma tarihleri şöyledir[23]:

15.12. 2008'de savcılığa suç duyurusunda bulunulmuştur.

6.11.2009'da Helsinki Bölge Mahkemesi mahkûmiyet kararına hükmetmiştir.

25.01.2010'da mükellef, Helsinki Adli Yüksek Mahkemesi'ne istinaf başvurusunda bulunmuştur.

23.12.2010'da Helsinki Adli Yüksek Mahkeme'si, davayı reddetmiştir.

21.02. 2011'de mükellef, Yargıtay'a temyiz başvurusunda bulunmuştur.

18.05.2011'de Yargıtay, istinaf mahkemesi kararını onamıştır.

AİHM "Ne bis in İdem İlkesinin İhlali" Kararı: AİHM, Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin amaçları bakımından her iki yargılamanın da "cezai" sayılması gerektiğinin açık olduğu kanaatindedir. AİHM, kendisini bir kişinin farklı bir yasal sınıflandırmaya sahip suçlardan (idari, adli) yargılandığını tespit etmekle sınırlandırdığında, Sözleşme'nin gerektirdiği hukukun gramatik yorumla sınırlı kalacağını ve bu hususun 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinde yer alan güvenceyi kaldıracağını belirtmiştir. Mahkeme, adli ve idari yargıda derdest davaların aynı olaylardan veya büyük ölçüde aynı olan olaylardan, başvuranın gelir beyan etmemesi nedeniyle kaynaklandığını belirtmiştir. AİHM, idari ek vergi ve veya cezanın idari ve olağan kanun yollarının tüketildiği 11 Ocak 2010 tarihinde kesinleştiğini kaydetmiştir. Soruşturmanın ve sanığın yargılanmasının 2009 tarihinde, yani vergilendirme davası kesinleşmeden önceki tarih itibariyle başlaması nedeniyle, nitelikli vergi kaçakçılığı suçlamasının soruşturulması ve kovuşturulmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi birden fazla derdest yargılamayı yasaklamaz. Böyle bir durumda bir başvurucunun "nihai olarak beraat ettiği veya hüküm giydiği bir suçtan" dolayı birkaç kez yargılandığı söylenemez. Buna rağmen, 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin, ilk yargılama dizisinin ikinci yargılama dizisinin başlatıldığı anda halihazırda kesinleşmiş olması halinde, AİHM, bu ardışık yargılamaların açıkça yasaklanması kanaatindedir. Mevcut davada vergi davası ve idari ceza, Danıştay'ın İdare Mahkemesi kararını onaması üzerine 11 Ocak 2010 tarihinde kesinleşmiştir. Mahkeme Glantz Finlandiya davasında, "idari ve adli yargıda derdest davalarda mükellef adına yargılamarın birinde (idari yargıda) aleyhe ya da lehe kesin hüküm verildiğinde diğer davanın (adli yargıda) hakimce reddedilmesi" kriterini önermiştir. AİHM, iki derderst yargılama dizisi durumunda, birinci yargılama dizisi kesinleştikten sonra ikinci yargılama dizisinde hâkimin kesin hüküm nedeniyle davayı red etmeyip 10 Mayıs 2011 tarihine

[23] *Glantz v. Finland*, Başvuru No: 37394/11, 20.05.2014. 7 No'lu Protokolün 4. maddesi sadece iki kez cezalandırılmama hakkıyla sınırlandırılmamış olup; aynı zamanda iki kez soruşturulmaya tabi tutulmama veya yargılanmama hakkınında güvencesidir. Bu nedenle, İHAM, aynı davalıyı ilgilendiren, zaman ve mekânda ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı olan ve bir idari mahkumiyet hükmü verme veya cezai kovuşturma başlatabilmede varlığının kanıtlanması gereken bir dizi somut olgusal koşul oluşturan gerçeklere odaklanıp 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin "nihai" bir kararla sonuçlanmış olan ceza yargılamalarının tekrarını yasakladığını yineler. Ulusal hukukuta Finlandiya Yargıtay'ı hukuki denetiminde vergi eklerinin konulduğu bir vergilendirme davasındaki nihai kararın aynı konu hakkında ceza kovuşturması açılmasını engellediği halde, bu tür önleyici etkinin derdest davalara tahsis edilemeyeceğini tespit etmiştir.

kadar ceza yargılamasına devam edilmesi hususunun Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir[24].

4. A and B v. Norway Davası: Esas ve Zaman Bakımından Yeterince Yakın Bağlantı Kriteri:

AİHM'nin asas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantı kriterini benimsediği A and B v. Norveç Davasında, Norveç vatandaşı ve başvuru A ve B, başvurucu olmayan Bay E.K., Cebelitarık'ta tescilli bir şirket olan Estora Investment Ltd. Şirketinin sahipleridir. Transfer fiyatlandırması ile ilgili bu davada, ilgili Bay T.F. ve Bay G.A., Samoa Lüksemburg'da kayıtlı Strategic Investment Anonim şirketinin sahipleridir. Estora Investment Ltd. Şirketi, Wnet A.Ş'nin %24 hissesini, Strategic Investment Anonim şirketinin %46 hissesini satın almıştır. Wnet A.Ş.nin hisseleri yüksek bir fiyata Software Innovation A.Ş'ye satılmıştır. Başvurucu A'nın satış fiyatındaki payı 3.259.341 Norveç kronudur. Bu tutarı, tek hissedarı olduğu Gibraltar'da tescilli şirketi Banista Holding Ltd. şirketine devretmiştir. Başvurucu B'nin satış fiyatındaki payı 4.651.881 NOK'tur. Bu tutarı tek hissedarı olduğu Fardan Investment Ltd. şirketine devretmiştir. Bu işlemlerden elde edilen gelir 114,5 milyon NOK tutarındadır. Norveç vergi makamlarına beyan edilmeyen, transfer fiyatlandırmasıyla edinilen bu gelir, toplam 32,5 milyon NOK tutarında vergi ziyaı ile sonuçlanmıştır.

1980 tarihli Vergi Usul Yasası'n ihlal etmek nedeniyle 2005 ila 2018 yılı itibariyle başvuranlara yapılmış vergi incelemeleri, Ekonomik ve Çevresel Suçları Soruşturma ve Kovuşturma Norveç Ulusal Kurumunun ekonomik suçlar ile ilgili adli soruşturmasında 2007 yılında tanık sıfatıyla ve sonradan şüpheli sıfatıyla ifadesi alınan A, B ve diğer ilgililerin beyanları, ekonomik suçlarla ilgili kovuşturulmaya yer olmadığı sonucuna varılan ve beraat eden ilgililerin bu soruşturmada vergilemede transfer fiyatlandırmasını nitelendiren olayları kabul eden ifadeleri, bu soruşturmada başvurucu A'nın sunduğu deliller ve soruşturmada ele geçirilen belgeler sonucunda Norveç Vergi İdaresince, 24 Kasım 2008 tarihinde, 2002 ila 2007 yılları ile ilgili re'sen vergi tarhiyatı yapılmıştır. Vergi dairesince transfer fiyatlandırması nedeniyle A'nın beyan etmediği tutarla ilgili vergi ziyaı nedeniyle %30'u oranında ek vergi cezası ödemesine hükmedilmiştir. Başvuran, bu karara karşı bir olağan kanun yolu başvurusunda bulunmamış ve ödenmemiş vergi borcunu, bidayet mahkemesine başvuruda tanınan üç haftalık sürenin bitiminden önce, cezasıyla birlikte ödemiştir.

İdari vergi cezasına hükmedilmeden ve bu ceza kesinleşmeden, 1980 tarihli Vergi Usul Yasası'nın 12. maddesini ihlal etmek nedeniyle vergi idaresince vergi kaçakçılığı suçu isnadıyla 14 Ekim 2008 tarihinde savcılığa suç duyurusunda bulunulmuş ve A ile ilgili vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle adli soruşturma başlatılmıştır. Norveç vergi ceza normlarına istinaden nitelikli vergi kaçakçılığı, para cezası veya altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2 Mart 2009 tarihinde, Follo Bölge Mahkemesi (tingrett), transfer fiyatlandırmasıyla edinilen 3.259.341 NOK tutarını beyan etmeme nedeniyle mükellefi ağırlaştırılmış vergi kaçakçılığı suçundan mahkûm etmiş ve adli para cezası veya altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilen bu kaçakçılık fiili nedeniyle mükellef adına bir yıl hapis cezasına hükmetmiştir. Bölge Mahkemesi cezayı belirlerken, başvuranın halihazırda idari vergi cezasının uygulanmasıyla önemli ölçüde cezalandırılmış olduğu gerçeğini dikkate almıştır[25]. İdari ve adli cezalar ile ilgili tarihler şöyledir:

> 24.11.2008'de vergi idaresince idari vergi cezasına hükmedilmiştir.
>
> İdari cezanın iptali nedeniyle dava açmayan mükellefin idari cezası 24.12.2008 tarihinde kesinleşmiştir.

[24] *Glantz v. Finland*, Başvuru No: 37394/11, 20.05.2014.
[25] *A and B v. Norway*, Başvuru No: 24130/11 and 29758/11, 15.11.2016.

14.10.2008'de vergi kaçakçılığı nedeniyle vergi dairesince savcılığa suç duyurusunda bulunulmuştur.

02.03. 2009'da ilgili Bölge Mahkemesi kararıyla, mükellef, 1 yıl hapis cezası almıştır.

Bu kararı istinaf ve temyiz eden ilgilinin adli cezası, Yüksek Mahkeme kararıyla 27.11.2010'da kesinleşmiştir.

Başvurucu, vergi makamları tarafından kendisine bir vergi cezası uygulandığı ve bu cezayı ödediği ve ardından kaçakçılık suçu isnadıyla mahkûm edilip ve hüküm giydiği davada Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesini ihlal edilip iki kez yargılanıp cezalandırıldığından şikâyet ederek ulusal hukukta istinaf ve temyize başvurmuştur. 12 Nisan 2010 tarihli karar ile Borgarting Yüksek Mahkemesi (lagmannsrett) davayı oybirliğiyle reddetmiştir. Yüksek Mahkeme (Høyesterett) 27 Eylül 2010 tarihli bir karar ile Borgarting Yüksek Mahkemesi kararını onanmıştır.

İHAM, bu davada, "vergi cezalarının uygulanmasının doğası gereği suç teşkil edip etmediği", "başvuranın kovuşturulduğu cezai suçların kendisine uygulanan vergi cezalarıyla aynı olup olmadığı: idem", "nihai bir karar olup olmadığı", "yargılamanın tekrarlanıp tekrarlanmadığı (bis)" hususlarını yorumlamıştır. Mahkeme, idari vergi cezasını "aynı suç" kapsamında değerlendirip derdest soruşturma ve yargılamalarda idari ya da adli mercilerden birinin kararının "nihai" olması hususunda bu soruşturma ve yargılamaların "esas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantılı" olması koşuluyla ne bis in idem hükümlerini ihlal etmeyeceğini belirtmiştir[26]. AİHM, Glantz Finlandiya kararında benimsediği amaçsal yorumu A and B davasında sınırlandırmıştır. AİHM, bu davada, derdest soruşturma ve davalarda esas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantı kriterine riayet edildiğinde, bu mercilerin hükümlerinin ne bis in idem ilkesini ihlal etmediğne hükmetmektedir. Buna rağmen derdest soruşturma ve yargılamaların esas ve zaman bakımından çok yakın olma kriterini karşılamaması, ne bis in idem ilkesinin ihlalidir. AİHM, derdest soruşturma ve bu davalarda esas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantı kriterine riayet edilip edilmediğini ve dolayısıyla ne bis in idem ilkesinin ihlal edip etmediğini, adil denge testi ile (balance test) yorumlamıştır[27]. AİHM, ulusal hukukta vergi kaçakçılığı ile ilgili davada Bölge Mahkemesinin hapis cezası ile ilgili kararında mükellefe halihazırda idari vergi cezası uygulanıp önemli ölçüde cezalandırılmış olduğu gerçeğini göz önünde bulundurması nedeniyle adil dengenin korunduğunu belirtip ne bis in idem hükümlerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir[28].

5. Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland: Esas ve Zaman Bakımından Yeterince Yakın Bağlantı Kriteri

Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland davasında idari inceleme sonucu mükellefe Vergi Kanunu'nun ihlalden %25'lik ek vergi uygulanmıştır. Ceza yargılaması sonucunda, başvuran ağırlaştırılmış vergi suçlarından hüküm giymiş ve üç ay hapis ve adli para cezasına çarptırılmıştır. AİHM, vergi soruşturması ile ceza soruşturması ve kovuşturmasının aynı zaman ve aynı miktarda vergi kaçakçılığına ilişkin olduğunu, bu nedenle adli mahkumiyeti ve idari ek vergilerin konması hususunun ne bis idem ilkesinin "aynı suç" idem" kriterini karşıladığını belirtmiştir. 11 Mayıs 2011'de Vergi Soruşturma Müdürlüğü, mükellef hakkında vergi incelemesi başlatmış, 30 Haziran 2011 ve 30 Kasım 2011 tarihlerinde kendisi ile görüşmüştür. İdari inceleme, 30 Aralık 2011'de düzenlenen raporla sonuçlanmıştır. Ek vergi, 30 Kasım 2012 tarihli kararla

[26] *A and B v. Norway*, Başvuru No: 24130/11 and 29758/11, 15.11.2016.
[27] PARZYCH, Anna Blachnio: Gloss to the Judgement of the Court of Justice of the European Union in Case C-524/15, Criminal Proceedings Against Luca Menci, Review of European and Comparative Law Volum, XLV Year, Issue 2, 2021, pp. 217, 220.
[28] *A and B v. Norway*, Başvuru No: 24130/11 and 29758/11, 15.11.2016.

kesilmiştir. Başvurucu bu karara karşı 28 Şubat 2013 tarihinde Gelir İdaresi Başkanlığı'na başvurmuştur. Başkanlık, 12 Mart 2014 tarihinde kararını vermiş ve bu karar altı ay sonra, dava açma süresinin dolduğu 12 Eylül 2014 tarihinde mükellefin kanun yoluna başvurmaması nedeniyle kesinleşmiştir.

Vergi Soruşturma Müdürlüğü, 12 Kasım 2012 tarihinde başvurana karşı mütalaasını, idari denetim sonuçlarını, raporunu ve ek materyalleri ileterek savcıya havale etmiştir. Beş ay sonra 11 Nisan 2013'te ve sonrasında 14 Ağustos 2013 tarihinde, mükellef, savcı tarafından sorgulanmıştır[29]. Savcının iddianamesi, 21 Mayıs 2014 tarihinde mahkemece kabul edilmiştir. Bölge Mahkemesi, 15 Mart 2016 tarihli bir kararla, başvuranı vergi suçundan mahkûm etmiştir. 21 Eylül 2017'de Yüksek Mahkeme, başvuranın mahkûmiyet kararını onamıştır.

AİHM, iki yargılama grubu arasındaki zamansal bağlantının, yargılamaların tekrarlanmasını önlemek için yetersiz olduğu kanaatindedir. 11 Mayıs 2011'de Vergi İncelemesine başlanmıştır. 21 Eylül 2017'de Ceza Yargılaması kararı kesinleşmiştir. Dolayısıyla, vergi denetimin başlamasından Yüksek Mahkeme'nin nihai kararına kadar geçen iki ayrı yargılamanın toplam uzunluğu yaklaşık altı yıl dört aydır. 11 Nisan 2013'te başvuran savcı tarafından sorgulanmıştır. 12 Mart 2014'te Gelir İdaresi Başkanlığı başvuranın vergi itirazına ilişkin red kararını açıklamıştır. Başkanlık, 12 Mart 2014 tarihinde kararını vermiş ve bu karar altı ay sonra, dava açma süresinin dolduğu 12 Eylül 2014 tarihinde mükellefin kanun yoluna başvurmaması nedeniyle kesinleşmiştir. Konunun ceza soruşturması için savcıya intikal ettiği vergi idaresinin 12 Kasım 2012 tarihli mütaalası ve 12 Mart 2014 tarihli Gelir İdaresinin kararına kadar, iki ayrı dava ve veya soruşturma bir yıl dört ay boyunca paralel olarak ilerlemiştir. Vergi Müdürlüğünden sonra Savcının da soruşturmasında mükellefin sorgulanması mükerrer soruşturmaya sebep olmaktadır ve bu husus idari ve adli soruşturma ya da yargılamalar bakımından esas bakımından bağlantı kriterinin ihlal edilmesidir. Mükellef bağlantıdan yoksun iki farklı soruşturma ya da yargılamada farklı makamlar tarafından aynı veya büyük ölçüde aynı davranış nedeniyle yargılanmış ve cezalandırılmıştır. Bu nedenle, AİHM, Bragi Gudmundur Kristjansson v. İzlanda Davasında, 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesi ihlal edildiğine hükmetmiştir[30].

II. TÜRK VERGİ CEZA HUKUKUNDA TEK FİİLLE İŞLENEN VERGİ ZİYAI KABAHATİ VE KAÇAKÇILIK SUÇU: AİHM'NİN ESAS VE ZAMAN BAKIMINDAN YETERİNCE YAKIN BAĞLANTI KRİTERİ

Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler ve Türkiye, AİHS'ne ek 7 No'lu Protokolün 4. maddesini ihlal etmemek, ve ne bis in idem ilkesinin AİHM argümanlarıyla uygulanmasını temin edebilmek amacıyla, ulusal mevzuatlarını AİHM'nin ne bis in idem kriterleriyle gözden geçirmek zorundadır[31]. AİHM, tek fiille işlenen vergi ziyaı kabahati ve kaçakçılık suçunda, devletlerin AİHS hükümlerini ihlal edip etmediğini, "aynı şuç", "aynı olay", "nihai karar", "yargılamanın tekrarı" başlıklarıyla yorumlamaktadır.

A. AYNI SUÇ (IDEM): VERGİ ZİYAI KABAHATİ VE KAÇAKÇILIK SUÇU "AYNI SUÇ" KAPSAMINDA MI?

AİHM, vergi incelemesi nedeniyle ek vergi yaptırım ya da vergi ziyaı cezasının doğası gereği ceza teşkil edip etmediği hususunu "Engel Kriterleri (Engel criteria)" ile yorumlamıştır[32]. AİHM, vergi idaresinin idari denetimi ve de idari nitelikteki yaptırımlarının yalnızca Sözleşme'nin 6. maddesi açısından değil aynı zamanda 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesi hükümlerince de "cezai" nitelikte olduğunu kabul etmektedir.

[29] *Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland*, Başvuru No: 12951/18, 30.11.2021.
[30] *Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland*, Başvuru No: 12951/18, 30.11.2021.
[31] FEDELE, Stefania Lotito: "The Ne Bis in Idem Principle in Tax Law: European and Italian Frameworks", *Central European Public Administration Review*, 18, 2020, s. 50-55.
[32] *Engel and Others v. the Netherlands*, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72, 8.6.1976.

Dolayısıyla Türkiye'de vergi incelemesi, idari müeyyideler ve mükellefin bu yaptırımın iptali amacıyla başvurduğu olağan kanun yolları ile ilgili üç kat vergi ziyaı cezası, ne bis in idem ilkesinin özerk anlamı dahilinde ve 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesi hükümlerinin amaçsal yorumu neticesinde "cezai" niteliktedir[33]. Dolayısıyla AİHM'nin yorumuyla VUK m. 359'da sayılı kaçakçılık fiillerinin yaptımı olan hapis cezalarına ek uygulanabilen üç kat vergi ziyaı cezası ile ilgili vergi ziyaı kabahati, 7 Nolu Protokolün 4. maddesi hükmünde kabul edilen "aynı suç" tasnifine dahil edilebilmektedir[34].

B. AYNI OLAYLAR: "AYNI SUÇU" YORUMLAMADA "AYNI OLAYLAR"

7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinde yer alan "ne bis in idem" ilkesinin "idem" unsuru olan "aynı suç (idem)" kavramından aynı olaylardan kaynaklanan ikinci bir "suç" anlaşılmalıdır[35]. VUK m. 359 hükmünde kaçakçılık suçu düzenlenmektedir Türkiye'de VUK hükümlerine istinaden VUK m. 359'da sayılı fiilllerle neden olunabilen vergi ziyaı kabahati ve vergi kaçakçılık suçunda, adli mahkûmiyet ve üç kat idari vergi ziyaı cezası, mükellefin "aynı zaman ve aynı miktarda vergi kaçakçılığı fiiline[36] ilişkindir. Bu sepeple vergi kaçakçılık suçu ile ilgili adli ceza soruşturması ve kovuşturmasıyla vergi ziyaı kabahati ile ilgili vergi

[33] *Glantz v. Finland*, Başvuru No: 37394/11, 20.05.2014; *A and B v. Norway*, Başvuru No: 24130/11, 15.11.2016; *Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland*, Başvuru No: 12951/18, 30.11.2021.

[34] *Glantz v. Finland*, Başvuru No: 37394/11, 20.05.2014; *Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland*, Başvuru No: 12951/18, 30.11.2021.

[35] *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Başvuru No: 14939/03, 10.02.2009.

[36] a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; 1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler, 2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir. c) Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ç) Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engelleyen, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştiren veya silen, ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyen veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verenler üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

denetimleri ve idari ve veya yargısal olağan kanun yolları, mükellefin "aynı zaman ve aynı miktarda vergi kaçakçılığı olayı" ile ilgilidir[37].

C. NİHAİ KARAR

AİHM, yargılamaların mükerrer olup olmadığını (bis) belirlemeden önce, bir yargılama dizisinde "nihai" bir karar olup olmadığını ve diğer soruşturma ya da yargılamaların devamını engelleyen bu kararın ne zaman olduğunu incelemektedir[38]. Soruşturmalar ya da yargılamalar gerçek anlamda tekrarlandığında örneğin 359. maddedeki fiiller nedeniyle bir idari mercinin yaptırımı sonucu idari ve veya olağan kanun yollarına giden mükellefe ilişkin kesinleşen üç kat vergi ziyaı cezası sonrasında vergi kaçaklığı ile ilgili savcılık soruşturması ve ceza yargılaması yapılması, ne bis in idem hükümlerinin ihlalidir. Buna rağmen vergi ziyaı kabahati ile ilgili vergi incelemeleri ve idari mahkeme yargılaması ile vergi kaçakçılığı suçu ile ilgili savcılık soruşturması ve ceza mahkemesi kovuşturmasının derdestliğinde, AİHM, soruşturmaların ve yargılamanın tekrarının olup olmadığını, ne bis in idem hükümlerinin ihlal edilip edilmediği, esas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantı ilkesiyle yorumlanmıştır[39].

D. YARGILAMALARIN YA DA SORUŞTURMALARIN TEKRARI (BIS)

Aynı olaylardan kaynaklanmış vergi ziyaı kabahati ve vergi kaçakçılık suçunda, vergi ziyaı kabahati ile ilgili mükellefçe idari itiraz ya da olağan kanun yolları tüketilirken yani idari vergi ziyaı cezası kesinleşmeden, vergi idaresinin mükellefin vergi kaçakçılığı fiili ile ile ilgili savcılığa suç duyurusunda bulunması ve vergi kaçakçılığı ile ilgili adli soruşturmanın başlaması ve mükellef sanığın kaçakçılık suç isnadı nedeniyle adli yargıda kovuşturulmasında, idari inceleme ve adli soruşturma ile derdest idari ve adli yargılama, zaman ve esas bakımından yeterince yakın bağlantılı olmadığında ne bis in idem hükümleri ihlal edilmektedir[40].

1. Esas Bakımından Yeterince Yakın Bağlantı Kriteri

AİHM, idari inceleme ve adli soruşturma ile derdest idari ve adli yargılama koşullarının esas bakımından yeterince yakın bağlantılı olup olmadığını; "tamamlayıcı amaçlar", "öngörülebilirlik", "kanıtların toplanması ve değerlendirilmesinde tekrardan kaçınma", "daha önce uygulanan yaptırımlara saygı ve bunların sınıflandırılması" başlıklarıyla yorumlamaktadır. AİHM, öncelikle farklı yargılama gruplarının tamamlayıcı amaçlar güdüp gütmediğini belirlemektedir. Mahkeme, tek fiille işlenen vergi kabahati ve vergi kaçakçılığı suçunda adli ve idari yargılama grubunun birbirini tamamlayıcı bir amaç güttüğünü kabul etmektedir. AİHM, mükellefin aynı fiilinin hem hukuken hem de uygulamada öngörülebilir bir sonucu olup olmadığını sorgulamaktadır. Hem vergi ziyaı kabatinde idari yaptırım yani üç kat vergi ziyaı cezası hem de vergi kaçakçılığı suçunda mahkûmiyet, VUK 359. md. fiillerin işlenmesi nedeniyle Türk vergi hukuku mevzuatı hükümlerince alınan önlemler ve uygulanan yaptırımların sonucudur. AİHM'nin kararlarına istinaden, adli ve idari merciler, kanıtların toplanması ve değerlendirilmesinde tekrardan kaçınmadığında esas bakımından yeterince yakın bağlantı kriteri ihmal edilecektir. AİHM, bu nedenle, 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin ne bis in idem hükümlerinin ihlal edildiğine karar vermektedir. AİHM, savcının vergi suçu raporu ve vergi idaresi ile Gelir İdaresi Başkanlığı arasındaki yazışmalara erişimi olup olmadığını, mütaalanın savcıya intikalinden mükellef hakkında iddianamenin düzenlenmesine kadar yürütülen adli soruşturmanın süresini, vergi idaresince dinlenilmesine rağmen adli soruşturma sırasında da savcının

[37] *Glantz v. Finland*, Başvuru No: 37394/11, 20.05.2014; *A and B v. Norway*, Başvuru No: 24130/11, 15.11.2016; *Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland*, Başvuru No: 12951/18, 30.11.2021.
[38] *Glantz v. Finland*, Başvuru No: 37394/11, 20.05.2014.
[39] *Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland*, Başvuru No: 12951/18, 30.11.2021.
[40] *Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland*, Başvuru No: 12951/18, 30.11.2021.

mükellef veya tanıkların mükerrer ifadesini alıp almadığı, adli ve idari yargıda kanıtların toplanması ve kovuşturulmasında mükerrerliğe neden olunup olunmadığı hususlarını yorumlamaktadır. AİHM, ceza soruşturmasının ve kovuşturmasının adli suçlamaların gerekli ek unsurları ortaya çıkarmayı amaçladığını kabul etmesine rağmen delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesinde mümkün olduğu ölçüde mükerrerliği önleyecek şekilde iki soruşturma ve veya yargılama dizisinin yürütülüp yürütülmediğini sorgulamaktadır. Vergi idaresince sorgulanmış mükellefin savcılık soruşturmasında da ifadesinin alınması, kanıtların toplanması ve değerlendirilmesinde tekrardan kaçınmama nedeniyle esas bakımından yeterince yakın bağlantı kriterinin dolayısıyla ne bis in idem ilkesinin ihlalidir. Dolayısıyla tek fiille işlenen vergi ziyaı kabahati ve kaçakçılık suçuyla ilgili derdest davalarda, vergi mahkemeleri ve veya ceza mahkemelerinin yargılamada kanıtların toplanması ve değerlendirilmesinde tekrardan kaçınmaması esas bakımından yeterince yakın bağlantı kriterinin ihlalidir. AİHM, daha önce uygulanan yaptırımlara saygı ve bunların sınıflandırılması kriteriyle iki derdest soruşturmanın ve veya yargılamanın esas bakımından bağlantının tutarlı ve entegre bir bütün oluşturacak kadar yakın olup olmadığına dair şüpheleri yorumlamaktadır. Dolayısıyla nihai idari kararın ya da derdest yargılamada vergi mahkemesi kararının ceza yargılamasında dikkatle değerlendirilmemesi, esas bakımından bağlantı kriterinin ihlalidir[41].

Türk hukukunda vergi kaçakçılık suçunun kovuşturulmasında vergi idaresi mütaalasının dava şartı olması nedeniyle Rapor Değerlendirme Komisyonları[42] vergi suçu raporlarına ilişkin savcılığa mütalaa vermektedir. Vergi suçu raporu, Vergi Usul Kanunun 359'uncu maddesi kapsamındaki suçlar nedeniyle düzenlenen raporu ifade etmektedir[43]. Vergi incelemesinde bu belgeleri bilerek kullandığı sonucuna ulaşılan mükellefler ile ilgili vergi suçu raporu düzenlenmektedir. Komisyonların mütaalasıyla cumhuriyet savcılıklarına suç duyurularında bulunulması ile bu belgelerin kullanılması sonucu vergi ziyaına da sebebiyet verilmesi halinde VUK m. 344 uyarınca üç kat vergi ziyaı cezası da kesilmektedir. Komisyonların verdiği mütalaalarda da suçun unsurlarıyla, fiil ile fail arasındaki ilişki değerlendirilir. Vergi inceleme elemanları, Mükelleflerin Rapor Değerlendirme Komisyonlarında dinlenme talebinin olup olmadığına ilişkin ifade vergi incelemesi ile ilgili düzenlenecek tutanaklarda yer almaktadır. Komisyonlar, luzüm gördüğü durumlarda ya da bu talepleri üzerine mükellefi veya inceleme elemanını dinleyebilmektedir[44].

Türkiye'de vergi kaçaklığı ile ilgili isnadların vergi incelemesine ve vergi inceleme elemanlarınca vergi inceleme raporuna ek düzenlenen vergi suçu raporuna dayandığı söylenebilir. Bu hususta tek fiille işlenen vergi ziyaı kabahati ve kaçakçılık suçunun manevi unsurunun değerlendirilmesinde esas bakımından yeterince yakın bağlantı kriteri ihlal edilebilmektedir. Vergi ziyaı kabahati, bir zarar kabahatidir. Dolayısıyla bu kabahatin oluşması, vergi ziyaına bağlanmıştır[45]. VUK'da vergi ziyaı kabahatinin manevi unsuru ile ilgili herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Bu nedenle Kabahatler Kanunu'nun 9. md. "özel kanunlarda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, kabahatlerin hem kasten hem de taksirle işlenebileceği" hükmünün vergi ziyaı kabahatleri ile ilgili fiiller bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla vergi ziyaı kabahati

[41] *Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland*, Başvuru No: 12951/18, 30.11.2021.

[42] Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m. 8/2; m. 9/3; m. 10/2. Rapor değerlendirme komisyonları, Kanunun 359 uncu maddesinde yazılı suçların işlendiğini tespit eden vergi suçu raporlarına ilişkin mütalaa vermektedir. Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonu, Kanunun 359 uncu maddesinde yazılı suçların işlendiğine ilişkin görüşleri nitelendiren vergi suçu raporları ile ilgili mütalaa vermektedir. Vergi Dairesi Başkanlığı Üst Rapor Değerlendirme Komisyonu, Kanunun 359 uncu maddesinde yazılı suçların işlendiğine ilişkin görüşleri içeren vergi suçu raporları ile ilgili mütalaa vermektedir.

[43] Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m. 3/1.

[44] VİUEHY. m.17/1. m.14,1; Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m. 14/1.

[45] ŞENYÜZ, Doğan: *Vergi Ceza Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022, s. 20-100.

kast ile de taksir ile de işlenebilir. Vergi ziyaı, vergi mükellefinin veya sorumlusunun kusurlu iradesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle ceza hukukundaki taksirli suçlara benzeyen vergi ziyaı kabahatinin idarece cezalandırılabilmesi, kusurlu iradenin varlığının kanıtlaması koşulu olmadan, eylemin ve neden olduğu vergi ziyaının usulüne uygun tespit edilmesiyle mümkündür[46].

306 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği ile 359. maddedeki seçimlik fiilerden sadece sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin kullanılması fiilinde vergi inceleme elemanlarına kast unsurunu araştırma yükümlülüğü verilmektedir. VUK 306 Nolu Genel Tebliği hükümlerine istinaden, vergi incelemelerinde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin bilerek kullanılıp kullanılmadığı, bu belgelerin gerek düzenlenmesi gerekse kullanılması kaçakçılık suçunun oluşması yönünden vergi incelemesine yetkili olanlarca değerlendirilmektedir. İncelemelerde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesi, kastın karinesi olup, bunun ayrıca değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Vergi incelemesinde bu belgeleri kasten kullanmadığı sonucuna ulaşılan mükellefler ile ilgili ise vergi inceleme raporu düzenlenirken re'sen vergi tarhiyatının nedenleri ile 18.06.2002 tarih ve 24789 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 306 Sıra No'lu VUK Genel Tebliğindeki açıklamalara değinilerek sahte veya yanıltıcı belge kullanımında kast unsuru değerlendirilmektedir. Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin bilerek kullanılıp kullanılmadığının araştırılması sonucunda bu belgeleri bilmeden kullandığı sonucuna varılan mükellefler adına vergi suçu raporları düzenlenmemektedir. Dolayısıyla haklarında Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurularında bulunulmamaktadır. Bu mükellefler adına vergi inceleme elemanlarında düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden VUK 344 md. uyarınca bir kat vergi ziyaı cezası kesilmektedir. Vergi incelemesinde kast unsuru, mükellefin hesap dönemi KDV beyannamelerindeki bu döneme ait İnd. KDV toplamı, sahte fatura ile alındığı beyan edilen malların mükellef kurumun faaliyet konusu ile ilgili olup olması kriterleriyle değerlendirilmektedir. Örneğin vergi incelemelerinde vergi inceleme elemanları; mükellefin sahte fatura ile alındığı beyan edilen malların mükellefin faaliyet konusu ile ilgili olması, KDV tutarının çok düşük olması, kanuni temsilcilerin faturalardaki malı aldığını ve kullandığını ispatladığında suçun manevi unsuru olan kast unsurunun oluşmadığı kanaatine değinip 306 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği uyarınca suç duyurusunda bulunmamaktadır.

Mükellefin vergi cezasının iptali amacıyla vergi mahkemesine açtığı dava ile kaçakçılık suçu ile ilgili ceza davasında manevi unsurun değerlendirilmesinde esas bakımından yeterince yakın bağlantı ilkesi ihlal edilebilmektedir. Danıştay VDDK kararlarına istinaden 359. maddede sayılı eylemler, vergi kaçırma

[46] CANDAN, Turgut: *Vergi Suçları ve Cezaları*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2020, s. 177: VUK 344. maddede "vergi ziyaına 359. madede yazılı fillerle sebebiyet verilmesi halinde, bu ceza üç kat.... uygulanır...." hükmünün lafzında eylemin varlığı vergi ziyaına sebebiyet vermesi koşuluyla, idari cezanın üç kat kesilmesi bakımından yeterlidir. Gramatik yorumla, ilgili hükümde kaçakçılık ibaresinin yer almamış olması, fıkranın 359. maddede yazılı fiillerin vergi kaçırma kastıyla yapılmş olmasının şart olmadığı ya da sistematik yorumla kaçakçılık suçunun manevi unsuru kastın idari vergi ziyaı cezasının üç kat uygulanabilmesi bakımından da geçerli olduğu söylenebilir[46]. Vergi kaçakçılık suçunda kastın varlığını kanıtlama yükü onu iddia edene yani ceza davasında kamuya vermiştir. Ceza davasında, davacı olan devlet, cezalandırılabilmesi amacıyla sanığın 359. maddenin fıkra ve bentlerinde yazılı eylemleri kasten yaptığını kanıtlama yükümlülüğündedir. Üç kat vergi ziyaı cezası, kaçakçılık suç fiillerinin işlenmesinin sonucu iken bu eylemlerin kasıtlı yapılması ve vergı ziyaına sebebiyet verilmesi halinde, kaçakçılık suçunun manevi unsuru kast, idari ceza sayılan vergi ziyaı cezasının üç kat uygulanabilmesinde de uygulanabilmesinde de geçerli olmalıdır. Buna rağmen 359. Maddede eylemlerin varlığı, vergi ziyaına sebebiyet vermen kastının varlığına karinedir. Kanun koyucu aılan fıkradaki düzenleme ile, 359. maddede yazılı eylemlerin varlığını, vergi ziyaına sebebiyet verme kastının varlığına karine almıştır. Bu nedenle vergi dairesinin vergi ziyaı cezasını üç kat kesme yetkisini kullanmadan önce, suçun manevi unsurunun varlığını vergi kaçırma amacıyla yapıladıklarını kanıtlama zorunluluğunda değildir.

kastının karinesidir ve bu karine de idareyi manevi unsuru kanıtlama külfetinden kurtarmaktadır[47]. Buna rağmen mükellef cezanın iptali amacıyla açtığı idari davada, vergi ziyaında kastının olmadığını kanıtlayabilir[48]. Mükellefin derdest ceza mahkemesinde yargılanan kaçakçılık suçu, seçimlik hareketli tehlike suçudur. Kaçakçılık suçunun oluşması vergi ziyaının oluşmasına bağlı değildir. Bu nedenle vergi kaçakçılık suçunda manevi unsur, Ceza Kanunu'nun hükümleriyle yorumlanabilmektedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 5. maddesi "bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmüne istinaden "suçun oluşmasını kastın varlığına bağlıdır". Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Dolayısıyla VUK 359 m. a fıkrası 1 ve 2. bendi ila b fıkrası ile ilgili suçun manevi unsuru, olası kasttır. İlgili maddenin c fıkrasında ifade edilen "Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde "bilerek" kullananlar ile ilgili suçun manevi unsuru ise doğrudan kasttır[49]. Kaçakçılık suçu neticesi harekete bitişik suçlardandır. Yargıtay'ın, neticesi harekete bitişik suçların "olası kast" ile işlenemeyeceği kriterini benimsemektedir. Bu husus, vergi kaçakçılığı suçunun manevi unsurunda yargı kararlarında da çelişkiye neden olabilmektedir[50].

Etkin pişmanlık müessesesi de esas bakımından yeterince yakın bağlantı ilkesi ile ilgilidir. 359. maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığının tespit edildiğinde tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilmektedir. Ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır. Mükellefin idari cezayı ödemesi halinde hapis cezasında indirime gidilmesi esas bakımından yeterince yakın bağlantı ilkesine katkısı, bu hükümlerden yararlanılması amacıyla mükellefin idari yargıda dava açma hakkından feragat etmesi, ne bis in idem ilkesinin unsuru adil yargılanma hakkının ihlal edip etmediği noktasında da değerlendirilmelidir.

2. Zaman bakımından Yeterince Yakın Bağlantı Kriteri

İHAM vergi incelemesine başlanılan tarihten en son kesinleşen mahkeme kararı tarihe kadar geçen süreyi "toplam yargılama süresi" niteliğinde kabul etmektedir. Örneğin Vergi İdaresince mükellef hakkında bir vergi incelemesine istinaden re'sen tarh yapılıp mükellefe 3 kat vergi ziyaı cezası verildiğinde ve mükellefin idari cezaya itiraz ve veya iptal amacıyla kendisine tanılan sürelerde idari başvuru ya da kanun yollarına gitmediğinde dava açma süresi bitiminde idari ceza kesinleşecektir. İdari cezanın kesinleştiği tarihten önce, vergi idaresi savcılığa suç duyurusunda bulunduğunda ve mükellefin soruşturma ve kovuşturma sonucunda hapis cezası kesinleştiğinde, AİHM kararlarına istinaden toplam yargılama süresi vergi incelemesine başlangıç tarihinden ceza mahkemesinin kararının kesinleştiği tarihe kadardır. Derdest soruşturma ve veya yargılama süresi, savcılığa suç duyurusunda bulunduğu tarihten idari cezanın

[47] Danıştay VDDK'nun, 19.6.2009 tarih ve E:2009/243, K:2009/319 sayılı kararı.
[48] Kast unsurunun yokluğu nedeniyle idari yargıda 3 kat vergi ziyaı cezanın bir kat ziyaı cezasına indirilmesine hükmedilen Danıştay 9. D'nin, 03.01.2009 tarih ve E: 2008/4223 K: 2009/511 sayılı kararı.
[49] KARAKOÇ, Yusuf: *Vergi Ceza Hukuku*, Yetkin, 2022, s. 301.
[50] Yargıtay CD'nin 08.02.2012 tarih ve E: 2012/3647, K: 2012/2455 sayılı kararı.

kesinleştiği tarihe kadar geçen süredir. AİHM kararında yıllar süren bir yargılamada derdest geçen 1 yıl, zaman bakımından yeterince yakın bağlantı kriterinin ihlalidir[51].

SONUÇ

Kabahatler Kanunu hükümleri ile bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığında sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır. VUK'da bu hususta özel bir hükme yer verilmektedir. 359'uncu maddede yazılı suçlardan dolayı adli cezaya hükmedilmesi, vergi ziyaı cezasının uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. VUK 359. maddesinde sayılı fiillerle vergi ziyaına yol açılması halinde, kayba uğratılan verginin üç katı ceza kesileceğine hükmedilmektedir.

AİHM, tek fiilinin genel ceza hukuku ve idare hukuku yaptırımıyla müeyyidelendirilmesi ile ilgili genel ceza hukuku davalarında "aynı fiil (same conduct: *idem factum*)", "aynı fiilin farklı neviden suçlar oluşturabilmesi (several offences: *concours idéal d'infractions)*", "temel unsurlar (essential elements)[52]", "aynı olay (same facts)[53]" kriterlerini geliştirmiştir. Mahkeme Grandinger Avusturya davasında, aynı fiil nedeniyle ulusal yasa normlarında düzenlenen adli ya da idari suç sınıflandırmasını değil, fiili esas almış, aynı kişiye aynı fiili nedeniyle adli ve idari ceza verilmesini ne bis in idem hükümlerinin ihlali olduğuna hükmetmiştir. *Oliveira İsviçre* davasında, "sanığın aynı fiilinin farklı suçlar oluşturabilmesi" kriterini benimseyip aynı fiil nedeniyle fikri içtimanın uygulanabileceğini belirtip, aynı fiil nedeniyle oluşan adli ve idari cezanın ne bis indem hükümlerini ihlal etmediğine hükmetmiştir. Mahkeme *Fischer Avusturya* davasında, "temel unsur" kriterini benimseyip ne bis in idem ilkesini adli ve idari suçun temel unsurları ile yorumlamıştır. AİHM, Sergey Zolotukhin Rusya davasında aynı sanığı aynı zamanı ilgilendiren aynı fiil nedeniyle "aynı olay" kriterini benimsemiştir.

AİHM, vergi ceza hukuku alanında ne bis in idem ilkesini yorumladığı davalarda, Glantz Finlandiya kararına kadar "temel unsurlar" kriterini benimsemiştir. Dolayısıyla mahkeme tek fiille sonuçlanan idari ve adli cezanın unsurlarının ve amaçlarının farklı olduğunu belirtip ne bis in idem ilkesini dar yorumlamıştır. Glantz Finlandiya Kararında, Sergey Zolotukhin Rusya davasında benimsediği "aynı olay" kriterini vergi ceza hukuku alanına uygulamıştır. Bu davada derdest yargılamalardan birinin hükmünün kesinleşmesi halinde diğer yargılamanın kesin hüküm nedeniyle sonuçlandırılması gerekliliğini önermiştir. Bu yaklaşımını ve amaçsal yorumunu, A and B Norveç davasında değiştirmiştir. İlgili davada AİHM, derdest yargılamaların ne bis in idem ilkesini ihlal etmediğine hükmetmedip, derdest yargılamalardan birinin kararının kesinleşmesi durumunda diğer yargılamanın kesin hüküm nedeniyle bitirilme zorunluluğu olmadığını belirtmiştir. Buna rağmen bu yargılamaların esas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantılı olmaması halinde ne bis in idem ilkesinin ihlal edileceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla mahkeme bu davada "esas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantı kriterini" geliştirip vergi ceza hukuku alanında bu kriteri uygulamıştır. Mahkeme esas ve zaman bakımından yeterince yakın bağlantı kriterini yorumlamada "adil denge testine" atıf yapmıştır. Mahkeme, ulusal hukukta vergi kaçakçılığı ile ilgili Adli yargıda hükmedilen hapis cezası kararında hâkimin mükellefe idari vergi cezası uygulanıp önemli ölçüde cezalandırılmış olduğu gerçeğini göz önüne alması ve 1 yıldan 6 yıla kadar uygulanabilen vergi kaçakçılığı hapis cezası yaptırımında ilgiliye isnad edilen suç ile ilgili 1 yıl hapis cezasına karar vermesini, adil denge testi ile yorumlamıştır. Bu davada AİHM, adil denge testi ile ne bis in idem ilkesinin amaçsal yorumunu sınırlandırmış ve ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

[51] *Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland*, Başvuru No: 12951/18, 30.11.2021.
[52] *Göktan v. France*, Başvuru No: 33402/96, 02.07.2002.
[53] *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Başvuru No: 14939/03, 10.02.2009.

AİHM, Bragi Gudmundur İzlanda davasında, idari inceleme ve adli soruşturma ile derdest idari ve adli yargılama koşullarının esas bakımından yeterince yakın bağlantılı olup olmadığını; "tamamlayıcı amaçlar", "öngörülebilirlik", "kanıtların toplanması ve değerlendirilmesinde tekrardan kaçınma", "daha önce uygulanan yaptırımlara saygı ve bunların sınıflandırılması" başlıklarıyla yorumlamıştır. Derdest yargılamalarda vergi mahkemesi ve ceza mahkemesinin kanıtların toplanması ve değerlendirilmesinde tekrardan kaçınmaması, dolayısıyla adli ve idari yargı mercilerinin esas bakımından yeterince bağlantılı olmaması, ne bis in idem hükümlerini ihlali niteliğindedir. Vergi incelemesinde mükelleften bilgi istenmesi ve veya idari komisyonlarca mükellefin ifadesine başvurulmasına rağmen savcılığın soruşturmada sulh ceza hakimliğinden mükellefin sorgusunu talep etmesi ya da mükellefin ifadesini alması, AİHM kararlarına istinaden, kanıtların toplanması ve değerlendirilmesinde tekrardan kaçınmama nedeniyle adli ve idari merci soruşturmasında esas bakımından bağlantı kriterinin ve ne bis in idem hükümlerinin ihlalidir.

Kaynakça

ATTARD, Robert: "The ECtHR's Recent Tax Judgments on the Non Bis in Idem Rule", *EC Tax Review*, Volume 26, Issue 6, 2017, ss. 335-338.

CANDAN, Turgut: *Vergi Suçları ve Cezaları*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2020.

FEDELE, Stefania Lotito: "The Ne Bis in Idem Principle in Tax Law: European and Italian Frameworks", *Central European Public Administration Review*, 18, 2020, pp. 50-70.

KARAKOÇ, Yusuf: *Vergi Ceza Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

ÖZDEK, Yasemin: *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye (AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye)*, TODAİE, Ankara, 2004.

PARZYCH, Anna Blachnio: Gloss to the Judgement of the Court of Justice of the European Union in Case C-524/15, Criminal Proceedings Against Luca Menci, Review of European and Comparative Law Volum, XLV Year, Issue 2, 2021, pp. 207–220.

ŞENYÜZ, Doğan: *Vergi Ceza Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022.

Utrecht University Centre for Taxation and Public Governance, *Constitutional Effects On The Tax System*, Netherlands, 2006.

ÜNAL, Şeref: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No: 89, 2001.

YALTI, Billur: *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, 1.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

A and B v. Norway, Başvuru No: 24130/11 and 29758/11, 15.11.2016.

AYM'nin 04.11.2021 tarih ve E: 2019/4 K: 2021/78 sayılı kararı.

Bakanlar Kurulunun 28.03.2016 tarihli 2016/8717 sayılı Kararı.

Bragi Gudmundur Kristjansson v. Iceland, Başvuru No: 12951/18, 30.11.2021.

Danıştay VDDK'nun, 19.6.2009 tarih ve E:2009/243, K:2009/319 sayılı kararı.

Danıştay 9. D'nin, 03.01.2009 tarih ve E: 2008/4223 K: 2009/511 sayılı kararı.

Engel and Others v. the Netherlands, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72, 8.6.1976.

Franz Fischer v. Austria, Başvuru No: 37950/97, 29.05.2001.

Göktan v. France, Başvuru No: 33402/96, 02.07.2002.

Glantz v. Finland, Başvuru No: 37394/11, 20.05.2014.

Gradinger v. Austria, Başvuru No: 15963/90, 23.10. 1995.

Manasson v. Sweden, Başvuru No: 41265/98, 20.07.2004.

Oliveira v. Switzerland, Başvuru No: 84/1997/868/1080, 30.07.1998.

Ponsetti and Chesnel v. France, Başvuru No: 36855/97, 14.09.1999.

Sergey Zolotukhin v. Russia, Başvuru No: 14939/03, 10.02.2009.

Ünal Gökpınar Başvurusu, Başvuru No: 2018/9115, K. 27/3/2019, R.G. 27/3/2019.

Yargıtay CD'nin 08.02.2012 tarih ve E: 2012/3647, K: 2012/2455 sayılı kararı.

İFLAS TASFİYESİNİN İFLASI

Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK*

ÖZET

Bu çalışmamızda mevcut iflas tasfiyesi kurallarının artık iflas ettiğini, yeterli etkinlikte uygulanamadığını ve bu bağlamda yapılması gereken reformların temel mantığını izah etmeye çalıştık. Bu bağlamda öncelikle iflas tasfiyesi kurallarının neden yeterli etkinlikte uygulanamadığının tespitini gerekçeleri ile izah ettik. Bu anlamda öncelikle iflas tasfiyesi kurallarına ihtiyacımızın olup olmadığının sorgulanmasından işe başlanması gerektiğini söyledik. İflas tasfiyesi kurumuna ihtiyacımızın olduğu tespitinden sonra iflas tasfiyesi kurallarının tacir üzerine değil şirketler üzerine yeniden yapılandırılması gerektiğini, iflas sebepleri başta olmak üzere tasfiyeye yönelik kurallarının baştan sona değişmesi gerektiğini tespit etmeye çalıştık. Bütün bu iflas tasfiyesine yönelik değişikliklerin yapılmasından sonra artık yeniden yapılandırma hukukuna yönelik olarak değişikliklerin yapılması gerektiğini söylemeye çalıştık.

Anahtar Kelimeler: İflas, Tasfiye, Şirket, Tacir.

FAILURE OF BANKRUPTCY LIQUIDATION

ABSTRACT

In this study, we tried to explain that the existing bankruptcy liquidation rules are now bankrupt, that they cannot be implemented effectively and the basic logic of the reforms that need to be made in this context. In this context, we first explained the reasons why the bankruptcy liquidation rules could not be applied effectively. In this sense, we said that we should start by questioning whether we need bankruptcy liquidation rules or not. After the determination that we need a bankruptcy liquidation institution, we tried to determine that the rules of bankruptcy liquidation should be restructured on companies, not on merchants, and that the rules for liquidation, especially the reasons for bankruptcy, should be changed from start to finish. We tried to say that after all these changes regarding the liquidation of bankruptcy, changes should be made regarding the restructuring law.

Keywords: Bankruptcy, Liquidation, Company, Merchant.

I. GİRİŞ

Bu makalemizde iflas tasfiyesinin iflas ettiğini ve artık köklü bir şekilde reforma ihtiyacı olduğunu incelemeye çalışacağız. Bazı tespitleri yapmadıkça, uygulamanın içinde bulunduğu durumu ve iflas kurallarının pratikte nasıl uygulandığını, bu kuralların hangi amaçlara hizmet ettiğini tespit etmedikçe iflas

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı; Orcid: 000-0001-6097-1296; Email: hknalbayrak@hotmail.com; Telefon: 05325178144.

hukukuna dair reform ihtiyacının farkına varamayız. Bir reform ihtiyacının farkına varsak bile bunun nasıl bir şekilde yapılacağını tam olarak belirleyemeyiz.

Doktrinde iflas tasfiyesinin iflas ettiğine dair tartışmalar mevcuttur. Ancak özellikle belirtmek isteriz ki, doktrinde buna yönelik tartışmalar daha çok iflas tasfiyesinin artık istenileni veremediği bu nedenle de dünyada yeniden yapılandırmanın ön plana çıktığı çerçevesindedir[1]. Bir başka deyişle, tartışmalar, cebri tasfiyenin son çare olduğu artık yeniden yapılandırma kavramının ön plana çıktığı bu nedenle de kıta avrupası ve anglo sakson hukukunda bulunan düzenlemelerin bu yöne evirildiği, hatta Fransa ve Almanya'da kanun koyucuların artık iflas kanunlarında iflas sözcüğüne dahi yer vermediği belirtilmektedir[2]. Dolayısıyla bu tartışmalarda anlatılmak istenin husus özellikle sermaye şirketlerini iflas ettirmektense onları yaşatmanın hem iflas eden sermaye şirketi hem genel ekonomik düzen ve hem de şirketin çalışanları için daha iyi olduğu noktasındadır. Oysa bizim anlatmaya çalışacağımız husus ülkemizde iflas tasfiyesine yönelik kuralarının iflas tasfiyesinin ilk amacı olan tasfiyeyi bile gerçekleştirmekten uzak olduğudur. Artık ülkemizde iflas kuralları işlememekte ve çarpık bir şekilde başka amaçlar için kullanılmaktadır. Bu nedenle tasfiyeyi bile gerçekleştirmekten uzak iflas hukuku kuralları mevcuttur. Bu durum yeniden yapılandırma kavramının da içini boşaltmakta ve yeniden yapılandırma kurallarını da doğru bir şekilde uygulanmasının önüne geçmektedir. Çünkü bitirilemeyen iflas tasfiyeleri nedeniyle iflas kurallarının çarpık bir amaca hizmet etmesi yeniden yapılandırma kurallarını da zehirlemektedir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin bu yeni yüzyılına adım attığımız bu günlerde yüzyılın başında olduğu gibi yeni ve köklü bir hukuk reformuna ihtiyaç vardır. İktibas edilen hukuk kuralları 100 yıla yakın bir dönemdir uygulanmaktadır. Bu kurallara ilişkin olarak sayısız hukuki düzenlemeler ve değişiklikler eklenmesinin yanında birçok akademik eser bu kurallara yönelik olarak yazılmıştır. Ayrıca sayısız yüksek yargı içtihadı ile bu kuralların uygulanması belirli ölçüde netleştirilmiştir. Dolayısıyla iktibas edilen hukukun uygulanması ve bu uygulamanın doğurduğu sonuçlar konusunda büyük bir tecrübeye sahibiz. Artık bu yeni yüzyılın eşiğinde kompleksiz bir şekilde hukuk reformu ile almış olduğumuz kurum ve kuralların ne ölçüde işlediğini, sosyolojimize, ihtiyaçlarımıza ne ölçüde cevap verdiğini en baştan başlayarak düşünebilme yetisine ve imkanına sahip olduğumuzu düşünüyorum.

Belirtmek gerekir ki iflas hukuku alanında yapılacak reformların işlevsel olabilmesi için öncelikle şirketler hukuku alanında gerekli reformların yapılması gerekmektedir. Şirketler hukuku alanında gerekli reformlar yapılmadan sadece iflas ve yeniden yapılandırma hukuku alanında yapılacak reformlar gerekli etkinliği sağlayamayacaktır. Dolayısıyla iflas ve yeniden yapılandırma hukuku alanında yapılacak reformları, şirketler hukuku, icra hukuku ve hatta ticaret hukuku ile birlikte ele alınması gerekmektedir. Çünkü iflas hukuku aslında ticaret hayatının ve bu bağlamda ticaret hukukunun bir tamamlayıcısıdır. Tek başına iflas hukuku alanında yapılacak değişiklikler ne kadar iyi olursa olsun ticaret hayatının gerçeklikleri, şirketler hukukunun ülkemiz sosyolojisine, ekonomisine uymaması nedenleri ile yine tam olarak başarılı olamayacaktır.

Bu makale aslında yeni yazılacak eserlere yönelik olarak bir deneme mahiyetindedir. Ülkemizde yapılan akademik çalışmalarda artık yeni fikirler ileri sürülmemekte daha çok mevcut hukuk kurallarının uygulanmasındaki bazı aksaklıklar eleştirilmekte ve yabancı kaynaklardan yapılan çeviriler yolu ile yol alınmaya çalışılmaktadır. Oysa artık sorunlara daha bütüncül yaklaşmak gerekmektedir. İşte bu makalenin

[1] (Pekcanıtez, İflâs, İflâs mı Ediyor?, 2016, s. 15-18).
[2] (Pekcanıtez, İflâs, İflâs mı Ediyor?, 2016, s. 16).

amacı da iflas hukuku alanında her şeyin en baştan düşünülmesi gerektiğine işaret etmek amacı ile kaleme alınmıştır.

II. İFLAS TASFİYESİNİN İFLASINA YÖNELİK TESPİTİN YAPILMASI ZORUNLULUĞU

Türkiye'de iflas tasfiyesi artık iflas etmiştir[3]. Bunun sebebi iflas tasfiyesinin adil ve hızlı bir tasfiyeyi sağlamaktan son derece uzak oluşudur. Bilindiği üzere iki türlü tasfiye vardır. Birinci tasfiye Ticaret Kanununda öngörülen şirketin sona erme sürecine girmesi suretiyle şirketin faaliyetlerini rızai olarak sona erdirmesini amaçlayan tasfiyedir. İkinci tasfiye ise iflas hukukunda görülen cebri tasfiyedir. Cebri tasfiyenin doktrinde genel kabul gören iki amacı vardır. Birinci amacı, iflas tasfiyesi içinde çeşitli kurumlar ve kurallar yolu ile iflası önlemektir[4]. Bu anlamda iflas içi konkordato bu amaçla öngörülmüş bir imkandır. İkinci amacı ise, iflas önlenemiyorsa, tasfiyeyi etkin bir şekilde gerçekleştirmek ve adil bir biçimde paylaşımını sağlamaktır[5]. İflasın bu amaçlarından hangisinin ön planda tutulacağı, bunların iflas kurallarına ne şekilde yansıyacağı, ulusal ve uluslararası ekonomik düzenin yapısı, işleyişi ve bu çerçevede ekonomik politik tercihler içinde ortaya çıkacaktır[6].

Bilindiği üzere iflas hukukunda paylaşım kural olarak rüçhanlı ve imtiyazlı alacaklılar hariç olmak üzere eşitlik ilkesine göre yapılmaktadır[7]. Bu anlamda hacizde olduğu gibi öncelik ilkesi mevcut olmayıp haciz tarihi itibariyle bir sıra cetveli düzenlenmemekte hatta müflise karşı icra veya iflas yolu ile takip başlatması da önem taşımamaktadır[8]. Zaten iflası hacizden ayıran en büyük fark paylaşım sırasındaki eşitlik ilkesidir. İflas tasfiyesi sonucunda borçlunun satılan malvarlığı garameten paylaşıma girmekte, alacaklılar alacaklarına alacak oranlarına göre garameten yapılan paylaşım sonucuna göre kavuşmaktadırlar.

Artık Türkiye'de bu iki amacında iflas kuralları ile gerçekleştirilebildiğini söylemek oldukça güçtür. Doktrinde iflasın birinci amacı olarak gösterilen iflasın önlenmesi amacının mevcut iflas hukuku kuralları ile etkin ve adil bir şekilde gerçekleştirmek oldukça zordur. Ayrıca mevcut uygulamaya göre, iflas kurallarının bizzat kendisi iflası önlemek yerine iflası uzatmak ve alacaklıların alacaklarını almasını geciktirmek üzerine uygulanmaktadır. Ayrıca Türkiye'de iflas içi konkordato talebi rakamlarına baktığımızda oldukça az başvurulan ve az bilinen bir yoldur. İkinci amacı olan tasfiyenin adil bir şekilde gerçekleştirilmesi ise bugün için iflas davasının yargılama süresi düşünüldüğünde mümkün görünmemektedir. Çünkü bilindiği üzere iflas kararı kesinleşmedikçe ikinci alacaklılar toplantısı yapılamamaktadır. İkinci alacaklılar toplantısı yapılamadıkça da acele satışlar hariç olmak üzere borçlunun malvarlığı değerleri tasfiye anlamında paraya çevirme işlemlerine başlanamamaktadır. Dolayısıyla iflas

[3] Doktrinde de bu konuda tartışmalar olduğuna dair bknz.; (Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, & Özekes, 2022, s. 386); (Yeşilova, 2015, s. 39 vd.) (Pekcanıtez, İflâs, İflâs mı Ediyor?, 2016, s. 17-18); (Toraman, 2022, s. 2 vd.); (Ermenek, 2009, s. 83 vd.).

[4] (Yıldırım & Oruç, 2019, s. 365); (Yıldırım-Deren & Yıldırım, 2016, s. 345); (Toraman, 2022, s. 2).

[5] (Toraman, 2022, s. 2); (Umar, 1973, s. 38); (Berkin N. , 1972, s. 16); (Başözen, Müflisin Tasarruf Yetkisi , 2005, s. 6); (Deren-Yıldırım, 1994, s. 331); (Yıldırım & Oruç, 2019, s. 363 vd.); (Yıldırım-Deren & Yıldırım, 2016, s. 345); (Başözen, İflasın Ekonomik Analizi, 2006, s. 932); (Hasırcı, 2021, s. 64 vd.); (Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, & Özekes, 2022, s. 384).

[6] (Toraman, 2022, s. 3); (Umar, 1973, s. 37 vd.); (Başözen, İflasın Ekonomik Analizi, 2006, s. 930 vd.); (Aşık, Oruç, Tok, & Saçar, 2022, s. 509).

[7] (Berkin N. , 1972, s. 293); (Postacıoğlu, 1978, s. 189); (Üstündağ, 2009, s. 123); (Arslanpınar-Tat, 2021, s. 16 vd.); (Atalı, Ermenek, & Erdoğan, 2022, s. 513); (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz, & Hanağası, 2022, s. 564, 635) (Görgün, Börü, & Kodakoğlu, 2022, s. 454); (Aşık, Oruç, Tok, & Saçar, 2022, s. 510). İflasta alacaklılar arası eşitlik ilkesinin İngiliz, Amerikan ve Alman hukukları bakımından mukayeseli olarak değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bknz.; (Yeşilova, 2015, s. 169 vd.).

[8] (Arslanpınar-Tat, 2021, s. 18 vd.); (Postacıoğlu, 1978, s. 189)

kararı kesinleşmedikçe paraya çevirme işlemleri yapılamamaktadır. İşte bu noktada iflas kararının kesinleşmesi çok uzun yıllar almaktadır. Mevcut yargılama hızımızda bu süreç neredeyse 8-10 yıl arasında sürebilmektedir. Bu ise tasfiyenin gerçekleşmesini uzatmaktadır. Tek başına bu husus bile artık iflas tasfiyesinin amacı olan adil bir paylaşımı gerçekleştirmekten ne kadar uzak olduğunun göstergesidir. Çünkü alacaklılar çok uzun yıllar alacaklarını alamamaktadırlar.

Bu uzun süren kesinleşme süreci nedeniyle ve iflas kararının bozulması ihtimali nedeniyle de borçlu iflas idaresinden faaliyet izni almaktadır. Faaliyet izni pozitif hukukta kaynağını İİK'nın "teminat tedbirleri" başlıklı 210. maddesi ile "toplanmada verilen kararlar" başlıklı 224. maddesinden almaktadır. İİK'nın 210. maddesine göre, iflas tasfiye sürecinin başlamasından sonra, müflisin mağaza, eşya depoları, fabrika, imalathane ve üretime yönelik sair yerleri, perakende satış dükkanlarını ve buna mümasil yerleri, masa için faydalı olacağı anlaşılıyorsa ilk alacaklılar toplanmasına kadar iflas idaresinin kontrolü altında idare edilebilir; şayet bu yerlerin iflas idaresi kontrolü altında idare edilmesi masa için faydalı olamayacağı anlaşılırsa iflas idaresi bu yerleri kapatıp mühürler. Görüldüğü gibi birinci alacaklılar toplantısına kadar kanun koyucu iflas idaresinin kontrolü altında masanın menfaatleri doğrultusunda işletmenin faaliyete izin vermiştir. Aynı şekilde birinci alacaklılar toplantısında da İİK. 210 da bahsi geçen yerlerin faaliyetinin devam edip etmeyeceğine yönelik olarak acele karar alınabileceğini düzenlenmiştir. Böylece faaliyet iznin verilebilmesi birinci alacaklılar toplantısına kadar kanun tarafından iflas idaresinin takdirine, birinci alacaklılar toplantısı ile de alacaklıların takdirine bırakılmıştır. Uygulamada iflas idaresi mümkün olduğunda faaliyete izin vermektedir. İflas kararının henüz kesinleşmediği bir dönemde üretim yerlerinin faaliyetlerine son vererek bu yerleri kapatıp mühürlemek hem iflas idaresi bakımından hem de alacaklılar ile borçlular bakımından oldukça risklidir. Çünkü süreç sonunda iflas kararının bozulması halinde müflisin faaliyetine izin verilmemesi nedeniyle müflis ticari faaliyetine devam edemediği için oldukça büyük zararlara uğrayacak ve iflas kararı bozulsa dahi artık ticari hayatına devam edemeyecek bir noktaya gelebilecektir. İflas kararının kesinleşip ikinci alacaklılar toplantısının yapılmasından sonra da zaten artık alacaklılar toplantısında masada bulunan malların satış usulü hakkında karar verileceği için gerçek anlamda tasfiye süre ci bu noktadan itibaren başlayacaktır. Bu nedenle uygulamada müflise faaliyet izni verme eğilimindedir. Ancak faaliyeti izninin verilmesi durumunun da başka sakıncaları bulunmaktadır. Çünkü **faaliyet izni artık Türkiye'de gizli bir yeniden yapılandırma süreci olarak kullanılmaktadır.** Bu süreç içinde iflas kuralları nedeniyle borçlu aleyhine takipler durmakta, yeni takipler yapılamamaktadır. Hatta vergi borçları bile tahsil edilmemekte tasfiyenin sonucu beklenmektedir. Bu süreç içinde müflis bu faaliyet izni altında uzun süren kesinleşme süreci içinde rekabet kurallarına da aykırı bir şekilde faaliyetlerine devam etmektedir. Özellikle takip yapılamaması, vergi borçlarının ödenmemesi vs. durumlar rekabeti bozacak niteliktedir. Bu ise kanunda öngörülmeyen **gizli bir yeniden yapılandırma süreci** gibi işlev görmektedir. Hatta bu nedenle borçlular artık konkordato hükümlerine başvurmak yerine iflas tasfiyesi sürecine girerek bu şekilde hareket etmektedir. Faaliyet izni süreci içinde müflis borçlarını bir şekilde (tasarruf yetkisi kısıtlanan borçlunun bunu nasıl gerçekleştirebildiği ayrı bir muammadır) ödemekte daha sonra iflasın kaldırılmasına başvurma yolu ile iflas tasfiye sürecinden çıkmaktadır. İyiniyetli bir borçlunun en azından iflas tasfiye sürecini gizli bir yeniden yapılandırma süreci olarak kullanması aslında iyi olan bir ihtimaldir. Alacaklılarda tasfiyeye göre alacaklarının daha fazla bir kısmına kavuşabilmektedir. Tasfiye sürecinin bu şekilde gizli bir yeniden yapılandırma süreci olarak kullanılması veya kullanılabilmesi bile tek başına iflas tasfiye kurallarının artık işlevini yerine getiremediğini bir göstergesidir. Çünkü bir kuralın amaçlanan şeyden farklı bir amaçla kullanılıyor ve kullanılabiliyor olması o kuralın artık işlevini yerine getiremediğinin bir göstergesidir.

İflas tasfiyesinin iflas ettiği artık amacına hizmet etmediğinin göstergesi olan bir diğer durum ise tasfiyenin kötüniyetli olarak kullanılabilme ihtimalidir. Bu ihtimal ise tasfiye süreci içinde borçlu şirketin ortaklarının yahut yönlendirdiği kimselerin yeni bir şirket kurması ve iflas tasfiyesi neticesinde satılan malları çok iyi bir fiyatla satın alarak yeni kurmuş olduğu şirket aracılığı ile ticaretine devam etmesidir. Bunun sebebi ise şirketler hukukunun ortakların sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin kötüye kullanıma açık olmasıdır. Oysa bizim önerdiğimiz gibi sermaye şirketi kurmanın zor olduğu bir sistemde kişiler şahıs şirketi kurmak zorunda kalacak ve ortaklar şahsi malvarlıkları ile de ikinci dereceden sorumlu olacakları için iflas tasfiye tam olarak amacını gerçekleştirebilecektir[9]. Oysa çok az bir sermaye ile tabela şirket kurmanın kolay olduğu sistemde ve ülkemiz gibi devamlı ekonomik krizlerin olduğu bir ülkede her kural adeta kötüye kullanıma açık bir mayın tarlasına dönüşmektedir. Şirketler hukukuna ilişkin kurallar, iflasa ilişkin kurallar, konkordatoya ilişkin kurallar adeta alacaklılar için bir mayın tarlası gibidir. Birine yakalanmasanız bile diğerine yakalanma ihtimaliniz oldukça muhtemeldir. Yazının başında bahsetmiş olduğumuz gibi kendi sosyolojik, ekonomik, demografik yapımıza uygun, ticari hayatta güveni esas alan kurallar koymamız gerekmektedir. Modern batı hukukunun iktibasında, öncelikle modern sonra da gelişmiş bir ekonomik yapının mevcut olması gerektiği hesaba katılmadan iktibas edilen kuralların artık işlemediğini kendimize itiraf etmemiz gerekmektedir[10].

III. İFLAS HUKUKU ALANINDA YAPILMASI GEREKEN TEMEL REFORMLAR

İflas hukuku alanında yapılacak temel reformlara aslında şirketler hukukundan başlanması gerekir[11]. Şirketler hukuku alanında gerekli temel reformlar yapılmadan iflas ve yeniden yapılandırma hukuku alanında çalışmalar ve değişiklikler yapılmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Bunun sebebi şirketler hukuku, iflas hukuku ve yeniden yapılandırma hukukunun aslında bir bütünün parçaları konumunda olmasıdır. Ülkemizde iki ayrı anabilim dalı tarafından incelenen bu alanların bir arada incelenmemesi ve düşünülmemesi nedeniyle iflas hukuku ile yeniden yapılandırma hukuku alanında yapılan değişikliklerin hepsi havada kalmakta ve başarılı olamamaktadır. Çünkü iflas ve yeniden yapılandırma hukuku alanında değişiklik yapanlar şirketler hukukunun, vergi hukukunun, muhasebe sisteminin ve temel ekonomik sisteminin çok mükemmel işlediği varsayımına dayalı olarak bu değişiklikleri yapmaktadırlar. Oysa soruna bütüncül bir yaklaşım sergilenmemesi bu alanda yapılan değişiklikleri en baştan başarısız kılmaktadır. Yeniden yapılandırma hukuku ise bu ve başka nedenlerle, ülkemizde adeta ölüyü diriltmeye çalışma faaliyetine dönmüştür. İflas hukuku ise bir türlü cenaze namazı kılınamayan bir cenaze merasimine benzemektedir. Ortada bir ölü olduğu düşünülmekte ama bu ölünün ne cenaze namazı kılınabilmekte ne de bu ölü diriltilebilmektedir.

İflas hukuku alanında yapılması gerekli olduğunu düşündüğümüz reformların ana başlıklarını temel olarak burada incelemeye çalıştık. Bunları başlıklar halinde vererek temel noktalarını incelemeye çalıştık. Ancak soruna bütüncül bir yaklaşımda bulunulması gerektiğini tekrar ifade etmek isteriz.

A. İflas Tasfiyesine Olan İhtiyacın Sorgulanmasından İşe Başlanması Gerekliliği Üzerine

İflas hukuku kurallarına ilişkin bugün ülkemizde ciddi bir reforma ihtiyaç vardır. Ancak kanaatimize göre her şeyi en baştan sorgulayarak işe başlamamız gerekmektedir. Öncelikle iflas hukukunun ülkemizde gerekliliği olup olmadığı düşüncesine kadar geriye gidilmeli ve işe oradan başlanmalıdır. Türkiye'de iflas tasfiyesi neticesinde şimdiye kadar alacaklıların alacaklarını alabilme oranlarına, iflas tasfiyesi olmasının

[9] (Albayrak, 2023, s. 18)
[10] (Albayrak, 2023, s. 18-19)
[11] (Albayrak, 2023, s. 17)

faydalarına ve iflas tasfiyesi sürecinin mevcut olmadığı bir sistemin ülkemizde bir boşluk yaratıp yaratmadığına bakılarak bütün sistemin en baştan düşünülmesi gerekmektedir. Bunu söylememizin sebebi artık her şeyi geçmiş tecrübelerden faydalanarak ve ezbere fikirlere dayanmadan en baştan ele almamızın gerekmesidir. Şayet iflas tasfiyesinin gerekli olduğu, iflas tasfiye sürecinin olmamasının hukukta büyük bir boşluk yaratacağı yapılan araştırmalar, uygulamadaki veriler ile kanaat getirildiği takdirde iflas hukuku kurallarının reformuna başlanması gerekmektedir. Bu söylediklerimiz önce çok radikal gelebilir. Ancak uzun süredir iflas ve konkordato alanında hem akademik anlamda hem uygulama anlamında çalışan ve birçok iflas davasında bilirkişilik yapan, iflas tasfiye süreçlerini yöneten insanlar ile yapmış olduğumuz tecrübe paylaşımlarında süreçlerin nasıl yürütüldüğünü, alacaklıların alacaklarını alma oranlarını yakından bilen birisi olarak bunları ifade ettiğimin bilinmesini de isterim. Gerçekten işe ülkemiz tecrübeleri ele alınarak en baştan her şeyin düşünülmesi gerektiğini ifade etmek isterim.

İsviçre İcra ve İflas Kanununa göre iflasa tabi borçlular hakkında haciz yolu ile icra takibi yapmaya imkân yoktur[12]. Bu anlamda İsviçre hukuku tacirlerin haciz yolu ile mallarının tek tek elden çıkmasını arzu etmemiş külli bir şekilde malların tasfiyesini hedeflemiştir. Bunu söylememizin sebebi her şeyin en baştan düşünülmesi gerektiğidir. Mevcut sistemimizin işlemediğini kabul edip tasfiye biçiminin ülkemiz açısından en uygununun ne olduğunun en baştan sorgulanması gerekmektedir.

Bu sıfır noktasından yapılan değerlendirme neticesinde iflas tasfiye sürecinin gerekliliğine eldeki veriler neticesinde ulaşılmasından sonra aksayan yönlerin neler olduğu değerlendirilerek iflas kurallarının en baştan yeniden kurgulanması gerekmektedir. Bizde burada bu kurgunun temel dinamikleri izah etmeye çalışacağız.

B. İflas Hukukunun Tacir Kavramı Üzerine Kurulu Olmasının Yarattığı Uyumsuzluklar İflas Hukukunun "Şirket" Üzerine Yeniden Yapılandırılması Gerekliliği

İflas hukuku alanında belirli reformların yapılması için ticaret hukuku ve özellikle şirketler hukuku alanında da bazı anlayış değişikliklerine ihtiyaç duymaktadır. Dolayısıyla iflas ve yeniden yapılandırma hukukuna dair reform ihtiyacı olduğu yerleri tespit edebilmek için işe baştan başlamak gerekmektedir.

Şu anda ticaret hayatımızın özünü şirketler oluşturmaktadır. Oysa iflas ve yeniden yapılandırmaya ilişkin konulan kurallar, "gerçek kişi taciri" temel alan bir hukuk anlayışına göre dizayn edilmiştir. Bu ise iflas hukukuna ve yeniden yapılandırmaya yönelik konulan hükümlerin uyumsuzluğu ve işlememesine neden olan sebeplerden bir tanesidir.

Ülkemizde ticaret hayatı belirtmiş olduğumuz gibi gerçek kişi tacir üzerinden değil şirketler üzerinden işlemektedir. Bilindiği üzere şirket ortakları da tacir sıfatına sahip değillerdir. Örneğin bir kişi ticaret yapıyorum dediğinde ticaret hukuku anlamında o kişinin bir ticari işletmeyi kısmen veya tamamen işlettiği bu nedenle de tacir olduğu düşünülebilir. Oysa gerçek hayatta bu kişinin bir ticari işletmesi mevcut değildir. Dolayısıyla hukuken "tacir sıfatına" sahip değildir. Bu kişi çoğunlukla bir limited veya anonim şirketin ortağı konumundadır. Bu anlamda ticari işletmenin sahibi de ortak değil ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan şirkettir. Bu anlamda o kişi aslında tacir değil sadece bir şirketin ortağı konumundadır. Hatta çoğunlukla tek kişiden oluşan bir şirkettir. Bu durumda kişi ticaret yapıyorum dediğinde aslında kurmuş olduğu şirketi aracılığı ile ticari hayatın içindedir. Hatta aynı kişiye, işin nedir diye sorulduğunda çoğunlukla da "şirketim var" şeklinde ifade etmektedir. Oysa bu kavramda yanlıştır. Çünkü ticari şirketlerin sahibi değil ortakları olur. Ancak bu durum o kadar yerleşmiştir ki herkes ticaret şirketlerine yönelik olarak "ortak"

[12] (Rüzgaresen, 2011, s. 40 vd.)

kelimesini değil "sahip olma" kelimesini tercih etmektedir. Ticaret hayatı içinde de şirkete itibarını veren, iş yapma usulünü belirleyen, kredibilitesini sağlayan husus tüzel kişiliğin kendisi değil şirketin ortağı olmaktadır. Bu anlamda Türkiye'de tacir sıfatına sahip çok az sayıda gerçek kişi mevcuttur. Ama buna rağmen iflas hukuku kurallarımız gerçek kişi tacir üzerine kurulu bir sistemdir. Her ne kadar yeni Ticaret Kanunumuz tacir merkezli değil ticari işletme merkezli olarak kaleme alınsa da iflas hukuku kurallarımız henüz değişmemiştir. Ayrıca ticari işletme kavramı bile günümüz ticari hayatını anlatmakta yetersiz kalmaktadır. Hem ticaret kanununun hem de iflas hukukunun, merkezine ticaret şirketlerini alan bir şekilde yeniden dizayn edilmesi gerekmektedir.

C. İflas Sebeplerinin Yeniden Gözden Geçirilmesi

Hukukumuzda temel olarak üç tür iflas sebebi bulunmaktadır. Birincisi borcun ödenmemesi, diğeri borcun ödenmemesi tehlikesinin mevcudiyeti ve üçüncü sebep ise mali durumun bozulmasıdır[13]. Bu üç sebebe dayalı olarak iflas yolları öngörülmüştür.

Borcun ödenmemesinden kaynaklı iflas sebebi alacaklılar arasında alacağını talep etme noktasında eşitsizlik yaratmaktadır. Alacaklının biri haciz yolu ile alacağını talep ederken bir başka alacaklının alacağını iflas yolu ile takip etmesi ve neticesinde iflas tehdidinin daha ağır bir tehdit olması nedeniyle borçlunun borcunu öderken en baştan alacaklılar arasında takip usulüne göre eşit davranmamasına yol açabilmektedir. Bir borcun ödenmemesi gerçek anlamda bir iflas nedeni olmamasına rağmen ülkemizde en çok uygulanan iflas sebebi ve buna bağlı olarak kullanılan iflas yolu, takipli iflas yoludur. İflas sebeplerinin yeniden en baştan düşünülmesine ihtiyaç vardır. Ancak bu belki de iflas hukukunun reformu ile ilgili en zor tercihlerden birisi olacaktır. Çünkü iflas yolu ile takibin kaldırılması ve sadece mali durumun bozulması nedeni ile dayalı iflasın kabul edilmesi halinde ülkemizde iflas hukuku çok az uygulama bulacaktır. Bunun sebebi TTK'da yer alan borca batıklığın bildirilmesi ve bunun mecburi iflas nedeni olması zorunluluğu iflasın ertelenmesinin ülkemizde İİK'da sonuçlarının açıkça düzenlenmesine kadar kimsenin bilmediği ve uygulanmayan bir hükümdü. Şu anda iflasın ertelenmesi kurumunun kaldırılmasından sonra da ülkemizde hiçbir şirket borca batıklık nedeniyle iflas talebinde bulunmamaktadır. Çünkü ülkemizde TTK'da öngörülen şekilde muhasebesi düzgün tutulan, organların düzgün çalıştığı, TTK'da öngörülen kuralların tam manasıyla uygulandığı kurumsallaşmış şirket sayısı oldukça azdır. Aslında ülkemizde sermaye şirketinin avantajlarından faydalanmak için sermaye şirketi görünümü altında kurulan ama esas niteliği ve mahiyeti şahıs şirketi olan uyduruk sermaye şirketi görünümlü tüzel kişilikler vardır. Dolayısıyla ülkemizde teorik olarak anlatılanların çoğu havada kalmaktadır. Çünkü temel aldığımız zemin sağlam bir zemin değildir. Adeta bütün inşa ettiğimiz iflas hukuku ve yeniden yapılandırmaya ilişkin kurallar sağlam zemine kurulmayan binalar gibidir. Zemini sağlamlaştırmadan hangi iflas ve yeniden yapılandırma hukuku kuralları koyarsanız koyun hepsi yıkılmaya ve zamanla işe yaramaz hale gelmeye mahkumdur. O nedenle iflas sebepleri hakkında yapılacak tercihlerin hepsi teorik düzeyde fikir yürütmekten ibaret olacaktır.

Öncelikle halledilmesi gereken husus şirketler hukukunun sorumluluk ve denetim kısmıdır. Bir yalan üzerine kurulu şirketler hukuku cesur bir şekilde ele alınmadan iflas hukuku ve yeniden yapılandırma hukuku kurallarının işlemesi mümkün değildir.

Bu çerçevede iflas sebepleri hakkında bir kanaat belirtmek oldukça güçtür. Bütün sistem inşa edilmeden mevcut üzerinden yapılacak bir değerlendirme bizi yanlışa götürecektir. Örneğin mevcut yapı üzerine Alman hukukunda olduğu gibi sadece mali durum bozukluğuna dayalı bir iflas sebebi sisteminin kurulması ülkemizde en baştan iflas tasfiyelerinin başlatılmasını kötü niyetli kullanımlar hariç olmak üzere

[13] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz.; (Rüzgaresen, 2011, s. 5 vd.)

imkansızlaştırabilecektir. Yahut birçok şirketin iflas etmesine de neden olabilecektir. Çünkü ülkemizde şirketlerin düzgün işleyen bir muhasebe sistemi, ülkenin adil bir vergi düzeni ve şirketlerin işleyen kurumsallaşmış bir yapısı mevcut değildir. Bütün bunlar göz ardı edilerek iflas hukukuna yönelik düzenlemelerin yapılması başarılı olmayacaktır.

D. İflas Sonuçlarına ve Tasfiyesine Yönelik Olarak Düzenlenen Hükümlerinin Baştan Ele Alınması

İflas hukukunda, iflasın sonuçları kural olarak iflas kararının verilmesi ile doğmaktadır. İflasın kesinleşmesinden sonra da müflisin mallarının satışı işlemleri başlatılabilmektedir. İflasın kesinleşmesi süreci içinde iflasın hukuki sonuçları teorik olarak başlamaktadır. Ancak bu sonuçlar pratikte tam olarak hayata geçirilememektedir. Çünkü iflas kararı kesinleşinceye kadar daha önce bahsettiğimiz gibi müflise faaliyet izni verilmekte ve bu faaliyet izni esnasında iflas idaresi bütün yetkisine rağmen sürece çok dahil olmamaktadır. Bu faaliyet izni esnasında şirket faaliyetlerine neredeyse hiç iflas etmemiş gibi devam etmemektedir. Yargılama süreci de mecburen bunu haklı kılmaktadır. Bunun nedeni iflas kararının bozulması durumunda ortaya çıkacak hukuki durumdan kimse sorumlu olmak istememektedir. Çünkü yüksek yargıdan iflas kararının bozulması ihtimalinde ve faaliyet izninin verilmemesi durumunun şirketi pratikte iflas ettirecek olması nedeniyle bu faaliyet izinleri mutlaka verilmek durumunda kalmaktadır. İflas idaresinin de konkordato komiserinden farklı olarak masanın kanuni temsilcisi olmasına rağmen şirketin faaliyetlerinden anlamaması nedeniyle olaya müdahil olması mümkün olmamaktadır. Kaldı ki bu durum çok da pratik değildir. Zaten o nedenle de iflas idareleri iflas kararları kesinleşene kadar şirketin bütün faaliyetini şirketin mevcut yönetim organlarına bırakmaktadır. Bu durum ise iflas idaresinin tasarruf yetkisine dair kuralların pratikte uygulanamamasına neden olmaktadır. İşte bu nedenlerle iflas kararının verilmesi ile kesinleşmesi arasında yeni bir hukuki statü belirlenmelidir. Bu ara dönemde şirkete iflas idaresi değil, konkordato komiserine benzeyen "iflas komiseri" yahut "iflas kayyımı" isminde bir kişi veya kurul atanmalıdır. Bu kişi veya kurulun yetkilerini de yine mahkeme belirlemelidir. Böylece bu ara döneme ilişkin tasarruf sınırlamalarına yönelik teorik kurallar en azından pratik ile uyum sağlayabilir. Bu ara dönem adeta borçlu şirketin malvarlığını korumaya yönelik bir geçici hukuki koruma statüsünde devam etmelidir. Hatta müflis tabiri bile kullanılmamalıdır. İflasın kesinleşmesi ile iflas tasfiye süreci başlamalıdır. Bu tasfiye süreci ise bu noktadan sonra hızlı bir şekilde tasfiyeye gerçekleştirmeye yönelik şekilde düzenlenmesi gerekir.

İflas tasfiyesine yönelik kuralların basit tasfiyeyi temel alan sistem üzerine inşa edilmesi gerekir. Önerdiğimiz sisteme göre iflas, iflas kararı verildiğinde değil kararın kesinleşmesi ile gerçekleşmektedir. Ara dönem sadece malvarlığını korumaya yönelik düzenlemeler olacaktır. Örneğin icra takipleri başlatılabilmekte ancak hacizli malvarlığının satışı kesinleşmeye bağlanabilir. Bu ve benzeri tedbirler üzerinden düşünülmesi gerekir. İflas kararının kesinleşmesi ile de iflas dairesi tarafından tasfiye basit ve hızlı bir şekilde tamamlanmalıdır. Tasfiyenin alacaklılar eli ile gerçekleştirilmesi prensibine dayalı adi tasfiyenin başarılı olmadığı kabul edilmelidir. Bütün sistemi basit tasfiye sistemi mantığına uygun iflas dairesi tarafından tasfiyenin gerçekleştirilmesine yönelik bir sitem üzerine kurmak gerekir. Zaten önerdiğimiz sistemde iflas kararı kesinleşinceye kadar kişi müflis sıfatını almamaktadır. Kişiye sadece malvarlığını koruyucu kayyım yahut komiser atanmaktadır. İflas kararının kesinleşmesi ile birlikte iflas dairesi tasfiyeyi hızlı bir şekilde bitirebilecektir. Böylece faaliyet izni, alacaklılar toplantısı, satış yetkisi vb. birçok hüküm anlamsız olacaktır. Bu süreç içinde kişinin konkordato talep etmesi durumunun da ayrıca düzenlenmesi mümkündür. Buna yönelik olarak talebin yapılacağı yer, talebin etkisi ve sonuçları da ayrıca yeni düzenlemelere muhtaç olacaktır.

E. İflas Tasfiyesi Kurallarının Revizyonu ile Birlikte Yeniden Yapılandırma Hukukunda Yapılması Gereken Temel Reformlar

Yeniden yapılandırma hukuku konusunda düşünülmesi gereken ilk husus ülkemizin yeniden yapılandırmaya ihtiyacının olup olmadığıdır. İflas tasfiyesinde bahsetmiş olduğumuz gibi düşünmeye en baştan başlamamız gerekir. İktibas sureti ile alınan hukuk kuralları ve çeviri yolu ile yapılan yayınlar neticesinde zihnimizde oluşan yeniden yapılandırmanın mutlaka gerekli olduğu fikrinin sorgulanması ile işe başlanması gerekir. Ülkemizde yeniden yapılandırmaya yönelik hükümlerin ne kadar işe yaradığı, şimdiye kadar bu hükümlerin faydasından çok zararının dokunup dokunmadığı, çeviri ile alınan hükümlerin ülkemiz şartlarına uyup uymadığı konusunun en baştan sağlıklı bir şekilde berrak ve önyargısız bir zihin ile düşünülmesi gerekmektedir. İşleyen bir hukuki altyapısı olan, ekonomisi gelişmiş, vergi ve muhasebe sistemi oturmuş ülkelerden alınan yeniden yapılandırmaya yönelik hükümlerin ülkemizin sistemine uyup uymadığı ve işe yarayıp yaramadığını sorgulamak gerekir. Ülkemizin ihtiyacı olan şeyin maddi hukuk kurallarının tavizsiz bir şekilde uygulanması ve iflas tasfiyesinin hızlı bir şekilde sonuçlanması olup olmadığını yeniden düşünmek gerekmektedir.

Bütün bu düşünme ve inceleme sürecinde yeniden yapılandırma hukukuna ihtiyaç olduğu sonucuna varılır ise bahsetmiş olduğumuz bütün hukuki alt yapının birlikte kurgulanması gerekir. Bir başka deyişle, şirketler hukuku ve iflas hukuku alanında değişiklikler yapılmadan yeniden yapılandırma hukukunu ele almak ve bazı düzenlemeler yapmak çok anlamlı olmayacaktır. Bütüncül bir bakış açısı olmadan yapılan tekil düzenlemeler hiçbir işe yaramayacaktır. Mevcut sistemin aksayan yönlerine yönelik olarak çok sayıda şey söylenebilir. Mevcut sistemin pahalı olduğu, şirketlerin konkordatoya değil sadece süreye ihtiyacı olduğu, iflasın ertelenmesinin kaldırılmasının isabetli olmadığı, amaç ile araçlar arasında uyum olmadığı, malvarlığının terki suretiyle konkordato ve sermaye şirketleri ve kooperatiflerin yeniden yapılandırmasına yönelik hükümlerin bir işe yaramadığı gibi pek çok şey burada söylenebilir. Ancak mesele bahsetmiş olduğumuz gibi her şeye en baştan önyargısız bir zihin ile başlamaktır. Ezberlenmiş ön kabuller doğrultusunda çeviri yolu ile alınmış yeniden yapılandırmaya yönelik hükümlerin ülkemizde uygulanabilirliğini ve faydalı olup olmadığını tartışmamız gerekir.

SONUÇ

Bu çalışmamızda mevcut iflas tasfiyesi kurallarının artık iflas ettiğini, yeterli etkinlikte uygulanamadığını ve bu bağlamda yapılması gereken reformların temel dayanak noktalarını izah etmeye çalıştık. Çalışmamızda vardığımız sonuçlar şu şekildedir;

a- İflas tasfiyesinin iflas ettiğine dair doktrinde tartışmalar mevcuttur. Ancak bu tartışmalar daha çok iflas tasfiyesi yerine yeniden yapılandırma kurallarının etkin olması gerektiğine yöneliktir. Oysa bize göre iflas tasfiyesi ülkemizde henüz ilk amacı olan tasfiyeyi bile gerçekleştirmekten uzak hale gelmiştir. Dolayısıyla çalışmamızın ilk sonucu iflas tasfiyesi kurallarının bizatihi ilk varlık nedeninin dahi iflas ettiğine yönelik tespittir.

b- Çalışmamızda vardığımız en önemli sonuçlardan birisi de pozitif dayanağını İİK m. 210 ve 224. maddelerinde bulan “faaliyet izni” kavramının ülkemizde “gizli bir yeniden yapılandırma projesi” olarak kullanılabildiğidir. Bu ise iflas tasfiyesi rejimine ciddi bir şekilde zarar vermektedir.

c- İflas tasfiye kurallarının artık amaçlarını yerine getiremediği iflas tasfiyesi kurallarının başka amaçlar için yanlış bir şekilde kullanıldığı, yazılı kuralların öngörülen amaçlar dışında bambaşka amaçlar için kullanılmasının sisteme büyük zarar verdiği sonucuna vardık.

d- Ülkemizde iflas tasfiyesine yönelik kuralların baştan sona yeniden ele alınmasının gerektiği ancak bunun bütüncül bir yaklaşımla ele alınmasının zorunlu olduğunu belirttik. Bu nedenle özellikle bu reformun şirketler hukuku ile birlikte düşünülmesi gerektiğini izah etmeye çalıştık.

e- İflas tasfiyesi kurallarının tacir kavramı üzerine değil şirketi merkezine alan bir sistem üzerine yeniden yapılandırılması gerekmektedir.

f- Ayrıca iflas sebeplerinin baştan sona yeniden ele alınması gerekmektedir. Ancak bu yapılırken iktibas suretiyle Alman hukukunu temel almanın yeterli olmayacağını ülkemizde başka değişkenlerin olduğunu bilmemiz gerekmektedir. Düzgün işlemeyen bir şirketler hukukunun varlığı iflas tasfiyesine yönelik reformları da etkisiz hale getirecektir.

g- İflas tasfiyesine ve sonuçlarına yönelik hükümlerin yeniden ele alınması gerekmektedir. İflas kararının verilmesi ile kesinleşmesi arasındaki dönem farklı olmalıdır. Bu ara dönemde sadece müflis malvarlığını korumaya yönelik düzenlemeler olmalıdır. O nedenle iflas komiseri yahut iflas kayyımı şeklinde bir kişi yahut kurulun atanması sureti ile bu ara dönemin atlatılması gerekmektedir. İflas sonuçlarını kesinleşme ile doğurmalıdır. Ayrıca iflas tasfiyesi basit tasfiye usulüne göre yeniden ele alınması gerekir. Adi tasfiye sisteminin etkin ve verimli olmadığı kabul edilmelidir.

h- İflas tasfiyesine yönelik kuralların revizyonu ile birlikte ancak yeniden yapılandırma hukukuna yönelik reformlar düşünülebilir. Burada da işe öncelikle ülkemizde yeniden yapılandırmanın gerçekten amaçlarını gerçekleştirip gerçekleştirmediği ve yeniden yapılandırmanın bir işe yarayıp yaramadığından başlanmalıdır. Yabancı hukuk kurallarının iktibası sureti ile alınan kuralların ülkemiz şartlarına uyup uymayacağının önyargısız bir şekilde tekrar en baştan düşünülmesi gerekmektedir.

Kaynakça

Aşık, İ., Oruç, Y., Tok, O., & Saçar, F. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku .* Ankara .

Albayrak, H. (2023). Türkiye Cumhuriyetinin Yeni Yüzyılında Şirketler Hukuku Alanında Hukuk Reformu İhtiyacı Üzerine Bir Deneme. *Ankara Batı Adalet Adliyesi Dergisi*(10), 16-19.

Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar-Ayvaz, S., & Hanağası, E. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku.* Ankara .

Arslanpınar-Tat, T. (2021). *Türk ve İsviçre İflâs Hukukunda Paylaştırma .* İstanbul .

Atalı, M., Ermenek, İ., & Erdoğan, E. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku.* Ankara.

Başözen, A. (2005). *Müflisin Tasarruf Yetkisi .* Ankara .

Başözen, A. (2006). İflasın Ekonomik Analizi. *MİHDER*(2), 929-942.

Berkin, N. (1972). *İflâs Hukuku.* İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Berkin, N. (1972). *İflas Hukuku .* İstanbul .

Deren-Yıldırım, N. (1994). İflasın Hukuki Mahiyeti. *İÜHFM, LIV*(1-4), 331-346.

Ermenek, İ. (2009). *İflâsın Ertelenmesi.* Ankara: Adalet.

Görgün, Ş., Börü, L., & Kodakoğlu, M. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku.* Ankara .

Hasırcı, H. (2021). *İflasın Takiplere Etkisi .* Ankara .

Üstündağ, S. (2009). *İflâs Hukuku.* İstanbul .

Pekcanıtez, H. (2016). İflâs, İflâs mı Ediyor? *Makaleler* (Cilt II, s. 15-18). içinde İstanbul: Onikilevha.

Pekcanıtez, H., Atalay, O., Sungurtekin-Özkan, M., & Özekes, M. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku.* İstanbul .

Postacıoğlu, İ. (1978). *İflas Hukuku İlkeleri .* İstanbul : Sulhi Garan Matbaası .

Rüzgaresen, C. (2011). *İflâs Sebepleri .* Ankara : Adalet .

Toraman, B. (2022). *Topluluk Şirketlerinin İflâsı .* İstanbul : Filiz Kitabevi .

Umar, B. (1973). *İcra ve iflas Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi.* İzmir .

Yıldırım, M. K., & Oruç, Y. (2019). İcra ve İflâs Kanunu ile Alman Aciz Kanunu Bakımından İflas Kurallarının Amacının Değerlendirilmesi. *DÜHFD, 24*(41), 361-403.

Yıldırım-Deren, N., & Yıldırım, K. M. (2016). *İcra ve İflas Hukuku.* İstanbul .

Yeşilova, B. (2015). *Modern İflâs Hukukunun Gereklilikleri ve Temel Haklar Çerçevesinde Susturma Hakkı/Engelleme Yasağı.* Ankara : Adalet .

ÜLKEMİZDE MEYDANA GELEN DEPREMLERİN YOL AÇTIĞI HASARLAR NEDENİYLE MÜTEAHHİT VE MÜHENDİSLERİN CEZAİ SORUMLULUĞUNUN KAST VE TAKSİR BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Hande BUDAK*

ÖZET

Ülkemiz tarih boyunca büyük depremlerin yaşandığı bölgelerin kesiştiği coğrafyada yer almaktadır. Bu durum ülkemizin bir deprem bölgesi olduğu gerçeğini son yaşanan Kahramanmaraş depreminde de göz önüne sermiştir. Bu depremler sonucunda yıkılan binalar çokça insanın ölümüne, yaralanmasına ya da mallarını kaybetmesine yol açmıştır. Peki bir bina neden yıkılır? Bu sorunun elbette çokça cevabı vardır ancak üzerinde duracağımız hususları şu şekilde sıralayabiliriz: Bir binanın yapılmaması gereken bir zemine yapılması, binanın mimarisindeki tasarım hataları, binada yetersiz veya eksik malzeme kullanımı, kolonların olması gerekenden daha az sayıda olması veya daha zayıf olması ya da binanın yapımından sonra çeşitli sebeplerle kolonların ortadan kaldırılması gibi durumlarda yıkılabilmektedir. Bu çalışmanın amacı, ülkemizde meydana gelen depremlerin yol açmış olduğu yıkımlar nedeniyle bir binanın yapımında rol oynayan; inşaat, harita, jeofizik, jeoloji mühendislerinin, müteahhit, şantiye şefi ve ustalar ile yapı denetçilerinin cezai sorumluluğunun değerlendirilmesidir. Ayrıca bu çalışmada 6 Şubat 2023 tarihli Kahramanmaraş merkezli depremler sonucunda hazırlanan hasar tespit raporları da esas alınacaktır. Belirtilen kişiler hakkındaki cezai sorumluluk, kast ve taksir ayrımı yapılarak ve Yargıtay'ın da vermiş olduğu kararlar ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır. Peki bu ayrım neden önemlidir? Kast ve taksir ayrımının yapılması meydana gelen suçun haksızlık içeriğinin belirlenmesinde ve bu sebeple verilecek olan cezanın tayini açısından önem taşımaktadır. Kast ve taksirin tanımına 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir. İlgili kanuna göre suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi halinde kastın varlığı ve suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen, fiilin işlenmesi halinde ise olası kastın varlığı söz konusu olmaktadır (m.21/1-2). Yine aynı kanunun ilgili maddesine göre dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmemesi halinde taksirin varlığı, buna karşılık kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde ise bilinçli taksirin varlığından söz edilecektir (m.22/2-3). Bu çalışmada kast ve taksir ayrımı üzerinde durulduktan sonra meydana gelen depremlerin yol açtığı can ve mal kayıplarına ilişkin bahsi geçen kişilerin cezai sorumluluğu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Deprem, Bina, Yıkım, Mühendis, Müteahhit, Kast, Taksir

* On Dokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku YL, bdkhande5885@gmail.com, ORCID ID: 0009-0006-0977-3634.

GİRİŞ

Ülkemizin deprem kuşakları üzerinde yer alması sebebiyle depremlerin yaşanılması kaçınılmaz olmaktadır. Depremler sonucunda da çok fazla sayıda hasar ve kayıp meydana gelmektedir. Ceza hukuku, deprem sonucu meydana gelen yıkım ve kayıplardan dolayı mağdur olan ve zarar görenlerin mağduriyetlerini giderme noktasında rol oynamaktadır. Özellikle binaların yıkılması sonucu bu binaların altında kalarak ölen ve yaralanan fazla sayıda insanlar söz konusudur. Peki bu aşamada kimlerin sorumluluğu söz konusu olabilir? Binaların yapımında görev alan müteahhid, mühendis, yapı denetim firmaları, belediye ve bakanlığın yetkililerinin meydana gelen neticelerden dolayı sorumluluğunun tartışılması gerekmektedir.

Çalışmanın amacı, depremlerde yıkılan binaların yapımında rol oynayan kişilerin bu binaların yıkılması sonucunda oluşan hasar ve kayıplar sebebiyle cezai sorumluluklarının kast ve taksir değerlendirmesi yapılarak belirlenmeye çalışılmasıdır.

Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde deprem hakkında genel açıklamalar, mücbir sebep ve idarenin sorumluluğunun yargı kararları ile değerlendirmesi, müteahhit, mühendis, yapı denetim firmaları vb. hakkında genel bilgiler ve binaların yıkılmasına yol açan sebepler açıklanmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde suçun manevi unsuru olan kast ve taksir açıklaması yapılacak ve Yargıtay kararları ışığında ilgililerin meydana gelen neticelerden dolayı cezai sorumluluğu tartışılacaktır.

I. DEPREM HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

A. İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Açıklamaları

"Yer kabuğunun derin katmanlarının kırılıp yer değiştirmesi veya yanardağların püskürme durumuna geçmesi yüzünden oluşan sarsıntı, yer sarsıntısı, hareket, zelzele"[1] olarak tanımlanan depremlerin ülkemizde sürekli olarak yaşandığına şahit olmaktayız. Depremin gerçekliği, ardında bıraktığı yıkımlar ve kayıplar göz önüne alındığında ilgili kurum ve kuruluşlara ve vatandaşlara depremin etkisini en aza indirmek için birtakım yükümlülükler yüklenmektedir. Bu sebeple hukuk sistemimizde kanun veya yönetmeliklerde bazı düzenlemelere yer verilmiştir. 3194 sayılı İmar Kanunu, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun ve Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği, 2018 tarihli Türki Bina Deprem Yönetmeliği veya 5902 sayılı Afet ve Acil durum Yönetimi Başkanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun vb. düzenlemeler ilgili konuda hükümler içermektedir.

Deprem sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı müteahhid, mühendis, yapı denetim firmaları ve idarenin ilgili kurum ve kuruluşlarının sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Çalışmada müteahhid, mühendis, yapı denetim firmalarının cezai sorumluluğu üzerinde duracağız**.** Ancak öncesinde idarenin deprem sebebiyle meydana gelen neticelerden doğan sorumluluğuna genel olarak değinilecektir. İdarenin ilgili kanun ve yönetmeliklere aykırı davranışı sonucunda meydana gelen zararlardan dolayı idari ve cezai sorumluluğu bulunmaktadır. İdarenin davranışları sonucu meydana gelen zararlardan idari sorumluluğu Anayasada hüküm altına alınmıştır. Anayasanın 125.maddesi *"İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür"* şeklindedir. Bu bakımdan idare kendi davranışları sonucu meydana

[1] TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, E.T: 13.06.2023.

getirdiği zararı telafi etmekle yükümlü tutulmaktadır. 05.02.2008 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği 4.Maddesinde idarenin görevlerine ve 03.07.2017 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 67.Maddesinde bakanlığın denetim yetkisine yer verilmektedir.

Mahkeme kararlarına bakıldığında ise, Yargıtay bir kararında belediye yetkililerinin, binanın deprem yönetmeliğine uygun yapılıp yapılmadığını denetleme görevini yerine getirmemesi sebebiyle sorumlu olacağına karar vermiştir[2].

Benzer şekilde başka bir kararda Danıştay, idarenin üzerine düşen yükümlülüklerini ve denetim görevini yerine getirip getirmediği hususunun incelenmesi ve bunun sonucunda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı değerlendirmesinin yapılması gerektiğine karar vermiştir[3].

Deprem sebebiyle yıkılan binalar sonucunda meydana gelen neticeler, genellikle ilgililerin ihmali davranışı sonucu gerçekleşmektedir. İdarenin, ihmali hareketi ve kanunla belirtilen yükümlülüklere aykırı davranışı sonucunda meydana gelen neticeler bakımından sorumluluğunun tartışılması gerekmektedir. Yargıtay bir kararında, belediye yetkilileri hakkında görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğuna karar vermiştir[4].

Bahsedilmesi gereken bir diğer husus depremin mücbir sebep kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Mücbir sebep, TDK'de *"herhangi bir kimse tarafından alınacak önlemlere karşı, önüne geçilmesi olanaksız, borcun yerine getirilmesine engel, borçlunun iradesi dışında beklenmedik olaylar"* şeklinde tanımlanmıştır[5].

Mücbir sebep TCK'de düzenlenmemiştir[6]. Bu sebeple idare hukukuna göre değerlendirme yapılacaktır. İdare hukukunda mücbir sebep öngörülemeyen, önlenemeyen ve idarenin eylemi dışında gerçekleşen durumlar olarak tanımlanmıştır[7]. Doğal afetler, genel salgın hastalık, genel seferberlik halleri vb. mücbir sebebe örnektir[8]. Depremin öngörülebilir olmadığından bahsedilse de depremlerin sık yaşandığı yerlerde veya deprem haritaları ile depremlerin yerlerinin tespit edilebildiği durumlarda öngörülebilir olduğu aşikârdır. Ancak idarenin elindeki teknik ve mali imkânların yetersizliği sebebiyle depremin zararlı sonuçları önlenememekte sadece meydana gelen zararlar azaltılabilmektedir[9]. Kanaatimizce günümüz koşulları da dikkate alındığında depremin, idarenin davranışı dışında gerçekleşmesi ve deprem haritaları ile depremin meydana geleceği yerlerin öngörülebilmesi mümkün iken deprem sebebiyle doğan zararlardan tam anlamıyla kurtulmak mümkün olmadığından deprem bir mücbir sebep teşkil etmektedir.

---

[2] Yargıtay 12. CD'nin 17.11.2022 tarih ve E. 2020/12132 K. 2022/8752 sayılı kararı.
[3] Danıştay 11.D'nin 29.06.2007 tarih ve E.2005/1353, K.2007/6248 sayılı kararı.
[4] Yargıtay 12. CD'nin 06.06.2022 tarih ve E. 2020/12146 K. 2022/4386 sayılı kararı.
[5] TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, E.T: 13.06.2023.
[6] ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 13, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 424 (Genel Hükümler).
[7] ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Baskı 3, Ankara 2022, s. 389.
[8] KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri, Cilt 2, Baskı 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 257.
[9] BUCAKTEPE, Adil: "Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17-18, Sayı 26-27-28-29, Yıl 2012-2013, s. 93-122, s. 103-104.

Mücbir sebebin varlığı halinde idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğu ortadan kalkmaktadır[10]. Ancak idarenin bir davranışı veya ihmali sonucu oluşan zararda bir artış meydana gelmişse idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir[11].

Danıştay, depremi mücbir sebep olarak kabul ederek idarenin sorumluluğunun bulunmadığına ancak meydana gelen zararın idarenin bir davranışı sonucu artması halinde sorumluluğun doğacağına karar vermiştir.[12]

Danıştay başka bir kararında, idarenin denetim görevini yerine getirmemesi sebebiyle meydana gelen zararla arasındaki illiyet bağının kesilmediğine ve depremin mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir[13].

B. Binanın Yapım aşamasında Yer Alan Yetkililer

1. Genel Açıklamalar

Müteahhit, mimar ve mühendisler, şantiye şefi ve işçiler, yapı denetim firmaları, idarenin ilgili birimleri binanın tamamlanıp kullanım aşamasına geçmesinde etkili olmaktadırlar. Bahsi geçen yetkililer binanın yapım aşamasında sırasıyla rol oynamaktadır. Bu sebeple binanın baştan sona tamamlanmasında işbirliği içerisinde hareket etmeleri gerekmektedir.

İlk olarak bina kavramına değinilecek ardından lafzı geçen kişiler hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. 3194 sayılı İmar Kanunu 5. Maddesine göre bina, *"kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır"* şeklinde tanımlanmıştır. Yani binanın ne şekilde ve hangi amaçla yapıldığı değil de insan elinin bir ürünü olması önem taşımaktadır. Bu bakımdan evler, hamamlar, fabrikalar vb. birer binadır[14].

2. Müteahhit

TDK'ye göre müteahhid, *"yüklenici"* anlamına gelmektedir[15]. Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği 3.Maddesinde yapı müteahhidinin tanımına yer verilmiştir. Yapı müteahhidi, *"yapım işini, yapı sahibine karşı taahhüt eden veya ticari amaçla veya kendisi için şahsi finans kaynaklarını kullanarak üstlenen, ilgili meslek odasına kayıtlı, gerçek ve tüzel kişiyi"* ifade etmektedir. İmar Kanunu 28.maddesine göre yapı müteahhidi ve şantiye şefi, *"yapıyı, tesisatı ve malzemeleriyle birlikte bu Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun*

[10] ÇITAK, Halim Alperen: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Adalet Yayınları, Ankara 2014, s. 82.
[11] ATAY, s.389.
[12] Danıştay İDDK' nin 13.05.2015 tarih ve E. 2013/2411 K. 2015/1784 sayılı kararı.
[13] Danıştay 6.D'nin 12.04.2004 tarih ve E: 2004/1477, K:2004/2115 sayılı kararı.
[14] İLGEZDİ, Ali Rıza/BATAK, Gökhan: Yapı Kullanma İzin Belgesi (İskân Ruhsatı), Baskı 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 29.
[15] TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, E.T: 13.06.2023.

olarak inşa etmek, neden olduğu mevzuata aykırılığı gidermek mecburiyetindedir..." şeklinde açıklanmaktadır.

Yapı Müteahhitlerinin Sınıflandırılması ve Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmeliğin 6. Maddesinde yapı müteahhidin görevlerinden bahsedilmektedir. Maddeye göre, yapı müteahhidi yapıyı mevzuata, ruhsata, imar planına, projelere ve teknik şartnamelere uygun olarak yerine getirme ve gerekli önlemleri alma mecburiyetindedir. Yapı müteahhidi fenni mesullerin denetimi olmaksızın inşaatın yapımına devam edememektedir.

Müteahhid arsa, arazi, orman, maden gibi gerekli olan doğal kaynaklar ile emek ve sermaye unsurlarını bir araya getirip kâr sağlama amacı güden kişidir[16]. Müteahhid tanımdan da anlaşılacağı üzere bir yatırım kaynağıdır.

3. Proje Müellifi

Müellif TDK'de *"yazar"* olarak tanımlanmıştır[17]. Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği 3. Maddesine göre proje müellifi, *"Mimarlık, mühendislik tasarım hizmetlerini iştigal konusu olarak seçmiş, yapının etüt ve projelerini hazırlayan gerçek ve tüzel kişiyi"* ifade etmektedir. İlgili tanımdan proje müellifinin mimar ve mühendislerden oluşan ve yapının etüt ve projelerini hazırlayan kişi veya kişiler olduğu anlaşılmaktadır. İlgili kanunun 7.maddesinde proje müelliflerinin görev ve sorumlulukları düzenlenmiştir. *"Proje müellifi, yapı ruhsatına esas olan uygulama projelerini ve zemin etüdü raporları da dâhil olmak üzere her türlü etüde dayalı çalışmaları mevzuata uygun olarak yapmak ya da yaptırmak……ile görevlidir."* şeklindedir.

Proje müellifi olarak bahsedilen kişiler mimar ve mühendislerden meydana gelmektedir. Mimar ve mühendislerin (harita, inşaat, jeoloji ve jeofizik vb.) görevi mevzuata uygun bir şekilde proje ve rapor hazırlamaktır. Bunlar mimari, statik-betorname, elektrik, ısı yalıtım, sıhhi tesisat projeleri, statik hesaplar, jeolojik ve jeofizik etüt raporları vb. şeklindedir[18].

4. Şantiye Şefi ve İşçiler

Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliğinin 3.maddesine göre şantiye şefi, *"Konusuna ve niteliğine göre yapım işlerini yapı müteahhidi adına yöneterek uygulayan, mühendis, mimar, teknik öğretmen veya tekniker diplomasına sahip teknik personeli"* olarak tanımlanmıştır. İlgili düzenlemede şantiye şefinin teknik bilgiye sahip olan bir mimar, mühendis olduğu anlamı çıkmaktadır. Aynı yönetmeliğin 9.maddesine göre şantiye şefi, *"yapıyı ilgili mevzuat hükümlerine, ruhsata ve eki projelere, denetçi mimar ve mühendis ile yardımcı kontrol elemanlarının talimatlarına uygun olarak inşa ettirmek, yapı denetimi sırasında bizzat hazır bulunarak, denetimin uygun şartlar altında yapılmasını sağlamak"* ile yükümlüdür. Şantiye Şefleri Hakkında Yönetmeliğin 8.Maddesinde şantiye şefinin görev ve sorumluluklarına yer verilmiştir. Şantiye

[16] ÖZLÜK, Serdal: Girişimciler İçin İnşaat ve Müteahhitlik İnşaata Başlangıç-İnşaat Aşamaları-İhale Müteahhitlik ve Yöntemleri-Bina Maliyeti Hesabı proje-Şantiye Yönetimi-Satış Yöntemleri, Baskı 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 29.
[17] TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, E.T: 13.06.2023.
[18] ZEYREK, İlker: İdare Hukuku Açısından Yapı Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.93.

şefi, müteahhid ile aralarındaki sözleşme gereği işbirliği içerisinde çalışarak inşaatın mevzuata ve projelere uygun yapılıp yapılmadığını denetlemekle görevlidir[19]. İşçiler ise, inşaatın yapımı için hazırlanan projeleri ve raporları dikkate alarak bahsi geçen kişilerin emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmektedir.

5. Yapı Denetim Firmaları

Fenni mesuller olarak da adlandırılan yapı denetim firmaları Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği 4. Maddede, *"Yapının tüm malzemeleri ve tesisatı ile birlikte, plana, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara, teknik şartnamelere, uygun olarak inşa edilmesinin kamu adına denetimini üstlenen, ruhsat eki etüt ve projelerin gerektirdiği uzmanlığı haiz meslek mensuplarını"* şeklinde tanımlanmaktadır.

Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliğinin 3. Maddesinde ise, *"Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişiyi"* ifade etmektedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere yapı denetim kuruluşu denetim görevini yerine getiren mimar ve mühendislerden oluşmaktadır. İlgili yönetmeliğin 5. Maddesinde ve Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 2. Maddesinde yapı denetim kuruluşlarının görevlerine yer verilmektedir. Yapı denetim firmaları mimar ve mühendisler tarafından hazırlanan projeleri denetlemekle görevlidirler. Yapı denetim firmaları inşaatı her aşamada kontrol etmekle yükümlüdürler. Ardından inşaatın her aşamasını kontrol edip onayladıklarını belirten bir tutanak düzenlenir ve ilgili idareye sunulur[20].

Yapı denetim firmaları eskiden müteahhid tarafından belirlenirken 01.01.2019 tarihinden itibaren Bakanlıkça elektronik ortamda belirlenmektedir[21]. Bu sayede müteahhid ve yapı denetim firmasının anlaşıp denetimde usulsüzlüğe gidilmesinin ve denetim görevinin kötüye kullanılmasının önüne geçileceğinin kanaatindeyiz.

İnşaatın yapım aşamasına başlamadan önce idareden yapı ruhsatı alınması gerekmektedir[22]. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 4.maddesinde yapı ruhsatının ilgili belgeler ve projeler onaylandıktan sonra idarece verileceğine yer verilmiştir. İlgili idare ise, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'da yer almaktadır. Kanunun 1.maddesinde ve Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği'nin 3. Maddesinde ilgili idare deyimiyle belediyeler ve valilikler anlaşılmaktadır.

İnşaatın tamamlanmasının ardından yapı kullanma izin belgesi alınması gerekmektedir. İskân belgesi olarak da adlandırılan yapı kullanma izin belgesi bir inşaatın ruhsat, eklerine ve projelere uygun yapılıp yapılmadığının idare tarafından denetlenmesi üzerine verilen belgedir[23]. Proje müellifleri ve yapı denetim firması tarafından yapılan inşaatın, proje ve mevzuatta belirtilen koşulları taşıyıp taşımadığı, kullanılan

[19] ÖZLÜK, s. 184.
[20] AKBIYIKLI, Rıfat/OPÇİN, Gülhan/AKDEMİR, Merve/GÜNDÜZ, Emre: "Türkiye'de Yapı Denetim Kavramı, Amacı, Yasal Dayanağı ve Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme", *Uluslararası Katılımlı 7. İnşaat Yönetimi Kongresi Bildiriler Kitabı*, Samsun, 2017, s. 223-224.
[21] Yapı İşleri Genel Müdürlüğü, https://yapiisleri.csb.gov.tr/yapi-denetim-sisteminde-degisiklik-haber-232944, E.T:16.06.2023.
[22] İLGEZDİ/BATAK, s. 47.
[23] İLGEZDİ/BATAK, s. 81.

malzemelerin standartlara uygun olup olmadığı denetlenir ve ardından bir rapor hazırlanarak idareye sunulur. Bunun üzerine idare tarafından denetleme yapılır ve iskân belgesi verilir[24].

C. Binanın Yapım Aşamasındaki Hatalar

1. Genel Açıklamalar

Ülkemizin bir deprem bölgesi olması sebebiyle deprem kaynaklı hasar ve yıkımları en aza indirebilmek adına binaların tasarımında uyulması gereken koşullar yönetmelikler ile düzenlenmiştir. Bu yönetmeliklerden güncel olanı 18 Mart 2018 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Türkiye Bina Deprem Yönetmeliğidir. İlgili yönetmelikte ülkemizdeki bölgelerin taşıdıkları deprem riskleri derecelendirilmiş ve bu bölgelerde yapılacak olan binaların hangi zeminlere yapılması ve yapılacak binaların nasıl tasarlanması gerektiği hakkındaki hususlara yer verilmiştir.

Çalışmanın bu kısmında bir binanın yıkılmasına yol açan sebeplere değinilecektir. İlgili sebeplerden 6 Şubat 2023 tarihinde yaşanan Kahramanmaraş merkezli deprem hakkında hazırlanmış olan hasar tespit raporları da esas alınarak bahsedilecektir.

2. Zeminden Kaynaklı Hatalar

Zeminin kumlu veya siltli yapıda olması, yer altındaki suların etkisiyle deprem anında *"zemin sıvılaşması"* meydana getirmektedir. Bu sebeple de binanın taşıma kapasitesinde azalmalar oluşmakta ve bina yıkılabilmektedir[25]. Sıvılaşma, deprem veya daha büyük olaylarda zeminin dayanıklılığını, sertliğini, sıklığını kaybetmesi durumudur[26]. Eski tarihli binaların yapımında deniz kumu daha fazla kullanıldığı için zemin sıvılaşmasına rastlamak mümkündür[27].

Alüvyon zeminler ise deprem dalgalarını diğer zeminlere göre daha fazla büyütmektedir[28]. Alüvyon zeminlerin yumuşak ve gevşek bir yapıda olması ve yer altı su seviyesinin zemine yakın olması deprem anında zeminin büyümesine yol açmakta ve deprem 2-3 derece artmaktadır[29].

Aktif fay hatları üzerine yerleşim yeri kurulması halinde de muhtemel bir depremde hasar daha fazla olmaktadır.[30]

---

[24] DUMAN, İlker Hasan: 40 Soruda Yapı Kullanma İzni (İskân Belgesi), Baskı 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 16.
[25] 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri ve Artçılarını, Saha Gözlemlerini, Yapısal Hasarları Ve İleriye Yönelik Önerileri İçeren Değerlendirme Raporu, https://ktu.edu.tr/apps/file/KahramanmarasDeprem.pdf, E.T: 30.06.2023.
[26] ALPASLAN, Nuray: "Zemin Sıvılaşması ve Mekanizması", *"Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi"*, Sayı 2013/2, s. 68.
[27] TÜYSÜZ, Okan: Deprem ve Türkiye, Literatür Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 232-233.
[28] 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri İnceleme ve Değerlendirme Raporu, https://depo.btu.edu.tr/img/sayfa//1679553802_ca8ac2514a7dccf673c0.pdf, E.T: 30.06.2023.
[29] KORKMAZ, Hüseyin: "Antakya'da Zemin Özellikleri Ve Deprem Etkisi Arasındaki İlişki", *"Coğrafi Bilimler Dergisi"*, Sayı 2006/2, s. 57.
[30] TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Görüşü, https://www.imo.org.tr/TR,74897/jeoloji-muhendisleri-odasinin-kamuoyuna-ve-cesitli-kurumlara-fay-yasasi-olarak-sundugu-metne-yonelik-insaat-muhendisleri-odasi-yonetim-kurulunun-gorusu.html, E.T:28.06.2023.

3. Tasarımdan Kaynaklı Hatalar

Kolon-kiriş birleşim bölgelerinde etriye sıklaştırması yapılmamış binalarda kolon ve kirişin bağlandığı noktada mafsallaşma yani eğilme, kırılma ve çatlaklar görülebilmektedir[31].

Dolgu duvarların yapımında düşük dayanıklılığa sahip malzemelerin kullanılması deprem anında dolgu duvarların çatlamasına, hasar almasına sebep olabilmektedir. Bu sebeple dolgu duvarların, uygun malzemeler ile güçlendirme sıvaları kullanılarak hasar almasının önüne geçilebilir[32].

Binaların giriş katlarının ticari amaçlı kullanılması vb. sebeplerle yüksek yapılması halinde dolgu duvarlar hiç veya daha az sayıda yapılabilmektedir. Bu sebeple deprem anında alt katların daha fazla yer değiştirmesi ve taşıyıcı sistemde daha fazla hasar görülebilmesi mümkündür[33]. Keza kısa kolon oluşumu da depremlerdeki binaların yıkılma sebebi arasında gösterilmiştir[34].

4. Yapım aşamasından Kaynaklanan Hatalar

Deprem yönetmeliklerinde binaların yapımı sırasında kullanılacak beton kalitesine yer verilmiştir. Belirtilenden daha düşük kalitede beton kullanılması veya betonu oluşturan malzemelerin uygun oranda karıştırılmaması halinde binada hasar ve yıkım meydana gelebilmektedir[35]. 1990'lı yılların başına kadar betonlar şantiyelerde el ile karıştırılarak hazırlanmaktaydı. 1999 yılı Kocaeli depreminin ardından hazır beton kullanımı yaygın hale geldi. Bu sebeple beton kalitesinin daha düşük olması hali çoğunlukla 1980-2000'li yıllar arasında görülen bir durumdur[36].

Deprem yönetmeliklerinde beton kalitesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. 2018 tarihli Türkiye Bina Deprem Yönetmeliğinde, betonarme binalarda C25'ten daha düşük dayanımlı beton kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Daha düşük kalitede beton kullanımı halinde binaların deprem sebebiyle ağır hasar alabilmeleri mümkündür.

---

[31] 06 Şubat 2023, 04:17, Mw=7.7, H=9 Km Pazarcık (Kahramanmaraş) Depremi 06 Şubat 2023, 13:24, Mw=7.6, H=7 Km Elbistan (Kahramanmaraş) Depremi 20 Şubat 2023, 20:04, Mw=6.4, H=22 Km Defne (Hatay) Depremi Deprem Raporu, https://haber.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2023/03/DOKUZ-EYLU%CC%88L U%CC%88NI%CC%87VERSI%CC%87TESI%CC%87-DEPREM-RAPORU-1.pdf, E.T: 30.06.2023.

[32] 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Ve Artçılarını, Saha Gözlemlerini, Yapısal Hasarları Ve İleriye Yönelik Önerileri İçeren Değerlendirme Raporu, https://ktu.edu.tr/apps/file/KahramanmarasDeprem.pdf, E.T: 30.06.2023.

[33] 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Ve Artçılarını, Saha Gözlemlerini, Yapısal Hasarları Ve İleriye Yönelik Önerileri İçeren Değerlendirme Raporu, https://ktu.edu.tr/apps/file/KahramanmarasDeprem.pdf, E.T: 30.06.2023.

[34] 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Ve Artçılarını, Saha Gözlemlerini, Yapısal Hasarları Ve İleriye Yönelik Önerileri İçeren Değerlendirme Raporu, https://ktu.edu.tr/apps/file/KahramanmarasDeprem.pdf, E.T: 30.06.2023.

[35] 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Ve Artçılarını, Saha Gözlemlerini, Yapısal Hasarları Ve İleriye Yönelik Önerileri İçeren Değerlendirme Raporu, https://ktu.edu.tr/apps/file/KahramanmarasDeprem.pdf, E.T: 30.06.2023.

[36] TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Pazarcık Ve Elbistan Depremleri Ön Değerlendirme Raporu, https://www.imo.org.tr/Eklenti/8175,imo-deprem-raporu-2pdf.pdf?0, E.T: 30.06.2023.

İşçilik hataları da binaların deprem sebebiyle hasar görmesine veya yıkılmasına yol açabilmektedir. İşçiler, inşaatın yapım aşamasında gerekli dikkat ve özeni göstererek binayı belirtilen projelere uygun olarak yapma yükümlülüğü altındadır[37].

Deprem hakkında genel açıklamalar, binaların yapım aşaması ve yıkılmasında rol oynayan sebepler hakkındaki açıklamaların ardından ilgililerin cezai sorumluluğunun tartışılabilmesi için kısaca kast ve taksirden bahsetmek gerekecektir.

II. DEPREMDEN DOĞAN CEZAİ SORUMLULUK

A. Kast ve Taksir

1. Genel Açıklamalar

Türk Ceza Kanunu'na göre bir suçun oluşabilmesinde maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üç unsur gerekmektedir[38]. Çalışmada ele alacağımız kast ve taksir manevi unsur başlığı altında yer almaktadır. Suçun manevi unsuru, kişi ile işlediği fiil arasındaki manevi yani psişik bağı ifade etmektedir. Bu manevi bağın söz konusu olmaması halinde kişinin davranışı suç teşkil etmeyecektir[39]. 5237 sayılı TCK'nin 21/1.Maddesinde *"suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır"* denilmektedir. Yani somut olayda suçun oluşabilmesi için kural olarak kastın gerçekleşmiş olması gerekmektedir[40]. Aynı kanunun 22/1.Maddesine ise taksirli sorumluluğun söz konusu olabilmesi için kanunda açıkça bir düzenleme yer alması gerektiğinden bahsedilmiştir. Taksirin bir istisnai sorumluluk olduğu belirtilmiştir[41]. Yani kast ve taksir haksızlığın işlenme biçimidir[42]. Bir kişinin işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kast veya taksirinin bulunması gerekmektedir.

2. Kast

a. Genel Açıklamalar

TDK'de *"kasten"* kelimesi, *"Kasıtla, bile bile, isteyerek, zihinde tasarlayarak, taammüden"* şeklinde tanımlanmıştır[43].

TCK m.21/1'e göre kast, *"Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir."* şeklinde tanımlanmıştır.

---

[37] 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Ve Artçılarını, Saha Gözlemlerini, Yapısal Hasarları Ve İleriye Yönelik Önerileri İçeren Değerlendirme Raporu, https://ktu.edu.tr/apps/file/KahramanmarasDeprem.pdf, E.T: 30.06.2023.
[38] ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 18, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 178.
[39] TÖNGÜR, Ali Rıza/ÇETİNTÜRK, Ekrem: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2020, s. 148.
[40] KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 15, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 147.
[41] AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 9, Adalet Yayınları, Ankara 2022, s. 487 (Genel Hükümler).
[42] ÖZGENÇ, İzzet/ÜZÜLMEZ, İlhan: Temel Hukuk Dizisi Ceza Genel Hukuku, Baskı 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 58.
[43] TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, E.T: 13.06.2023.

İlgili tanımdan anlaşılacağı üzere kast bilme ve isteme olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Bilmenin kast için yeterli olduğunu istemenin ise kastın bir unsuru olmadığını kabul eden görüş mevcuttur[44]. Baskın görüş bilme ve istemenin kastın bir unsuru olduğunu savunmaktadır[45].

Kişinin bilmediği bir şeyi isteyemeyeceğinden bahisle bilme unsuru isteme unsurundan daha önce yer alır[46].

TCK m.30/1'e göre, *"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz."* denilmektedir. Failin kasten hareket edebilmesi için suçun kanuni tanımında yer alan unsurları bilmesi gerektiğine değinilmiştir[47]. Fail suçun maddi konusunu bilmelidir. Yani kasten öldürme suçu bakımından fail öldürdüğü kişinin bir insan olduğunu bilmelidir[48]. Kişi kendisi ile alakalı olan veya mağdurla ilişkili olan unsurları da bilmelidir. Mesela, fail veya mağdurun kamu görevlisi olması, mağdurun alt veya üst soydan birisi olması vb. sebeplerin bilinmesi gerekmektedir[49]. Nitelikli hallere ilişkin olarak, ağırlaştırıcı sebeplerin fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Ancak daha az ceza verilmesini gerektiren hafifletici sebeplerin fail tarafından bilinmesine gerek yoktur[50].

Failin hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarının gerçekleştiğini bilmesi gerekmektedir[51]. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin fail tarafından bilinmesine gerek olmadığını savunan aksi görüş de mevcuttur[52].

İsteme unsuru ise, kastın ikinci unsurudur[53]. Kanuni tanımda yer alan bütün unsurların istenmesine gerek yoktur. Hareketin ve neticenin istenmesi yeterli olmaktadır[54].

İsteme unsuru doğrudan kast ve olası kast ayrımında önem taşımaktadır. Failin, iradesinin yöneldiği sonuçları gerçekleştirmeyi istemesi doğrudan kastı veya düşünce kastını, gerçekleşmesi muhtemel olan neticelere sonuçsuz kalması, razı olması, göze alması halinde ise olası kastı (muhtemel kastı) meydana getirmektedir[55]. Doğrudan kast ve olası kasttan ileride ayrıca bahsedilecektir.

---

[44] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 156; ÖZGENÇ, s.242.
[45] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 157; HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Baskı 20, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 159.
[46] HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 14, Us-A Yayıncılık, Ankara 2022, s. 275.
[47] AŞÇI, Arzu: "Yargıtay 1.CD Kararlarında Türk Ceza Hukuku'nda Doğrudan Kast Ve Olası Kast", *İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Günleri-1 Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1.Ceza Dairesi Kararları*, Editör: Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 218.
[48] HAKERİ, s. 160.
[49] ÖZGENÇ, s. 236.
[50] DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt 2, Baskı 15, Der Yayınları, İstanbul 2021, s. 467.
[51] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 166; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 16, Adalet Yayınları, Ankara 2022, s. 409.
[52] DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 17, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 396 (Genel Hükümler); DÖNMEZER/ERMAN, s. 467.
[53] ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 409.
[54] HAKERİ, s. 162.
[55] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 274.

Değinilmesi gereken bir diğer husus kastın bulunması gereken zamandır. Kastın aranacağı zamana ilişkin TCK'de bir düzenleme bulunmamaktadır. Kastın suçun icra hareketlerinin yapıldığı sırada bulunması gerekmektedir[56]. Hazırlık aşamasında bulunan kast failin cezalandırılmasına yol açmadığından failin kastının icra hareketlerine başlanıldığı sırada bulunması gerekmektedir[57].

Genel-özel kast, ani-tasarlama kastı, başlangıçtaki-eklenen kast ve doğrudan-olası kast olmak üzere kastın türleri bulunmaktadır. Ancak çalışmada sadece doğrudan ve olası kasta ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

b. Doğrudan Kast

Doğrudan kast, failin davranışının ilgili suçun kanuni tanımındaki unsurlarının gerçekleşeceğini bilmesi veya kesin olarak öngörmesidir[58]. Örneğin, fail yaralamak istediği kişiyi hedef alır ve onu bıçaklayıp yaralarsa kasten yaralama suçu meydana gelmiş olacaktır. TCK m.21/1'de belirtilen kast deyiminden aslında doğrudan kast anlaşılmaktadır.

Belli bir neticenin meydana gelmesine yönelik olarak gerçekleştirilen hareketin başka neticeleri de meydana getireceği kesin ise diğer neticeler bakımından da doğrudan kastla hareket etmiş olunur[59]. Bu ikinci neticeler, failin asıl gerçekleştirmek istediği neticeye bağlı olarak gerçekleşmesinin zorunlu olduğu durumlardır. Örneğin birini öldürmek için uçağa bomba koyarak uçağın patlamasına sebep olma olayında uçakta bulunan herkesin ölmesi kesin olduğu için her kişi bakımından doğrudan kastla hareket edilmiş olunacaktır[60]. Bu duruma *"ikinci derecede doğrudan kast"* adı verilmektedir[61]. Yargıtay, camdan havaya doğru beş el ateş edilen somut olayda camın kırılmasının zorunlu ve mutlak bir sonuç olması sebebiyle sanığın, mala zarar verme suçu bakımından doğrudan kastla hareket ettiğine karar vermiştir[62].

Doğrudan kastta fail gerçekleşmeyen neticelerden de sorumlu tutulmaktadır. Yani fail icra hareketlerinin teşebbüs aşamasında kalması halinde gerçekleşmeyen bu neticeler bakımından teşebbüsten sorumlu olacaktır[63].

c. Olası Kast

TCK m.21/2'de olası kasta yer verilmiştir. *"Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır."* şeklindedir.

---

[56] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 168.
[57] APAYDIN, Cengiz: Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, Baskı 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 91.
[58] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 170.
[59] APAYDIN, s. 116.
[60] DÜLGER, Murat Volkan: "5237 Sayılı YTCK' da Kastın Unsurları ve Türleri - Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi", *Hukuk Ve Adalet Dergisi*, Sayı 2005/2, s. 19.
[61] APAYDIN, s. 18.
[62] Yargıtay CGK' nin 10.12.2013 tarih ve E.2012/1456, K.2013/608 sayılı kararı.
[63] İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 7, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 447.

Olası kast, ilgili maddeden anlaşılacağı üzere suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğin fail tarafından öngörülmesidir. Olası kastta suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi muhtemeldir. Doğrudan kastta ise maddi unsurların gerçekleşmesi kesin olmaktadır[64].

İlgili maddede *"öngörme"* deyimine yer verilip isteme unsuruna yer verilmemiştir. Yani olası kastta öngörmenin yeterli olduğu kabul edilmektedir[65]. Türk Ceza Kanunu gerekçesinde, failin suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleşmesini kabullenmesi gerektiğine yer verilmiştir[66].

Kanunun olası kastı düzenleyen 21/2.maddesi ve bilinçli taksirin düzenlendiği 22/3.maddesinin her ikisinde de "öngörme" deyimine yer verildiğinden bu iki tip birbirine karışabilmektedir. Bu yüzden 21/2. Maddede "kabullenme" deyiminin yer almaması bir eksiklik olarak kabul edilmektedir[67].

Olası kastta fail meydana gelen neticeyi istememektedir. Ancak neticenin meydana gelmesi bakımından umursamaz bir şekilde *"olursa olsun, gerçekleşirse gerçekleşsin"* şeklinde hareket etmektedir. Olası kastın bu yönü onu bilinçli taksirden ayırmaktadır[68]. İleride bilinçli taksir ve olası kast ayrımına detaylı bir şekilde yer verilecektir.

Kısacası fail, hareketinin ilgili neticeyi meydana getireceğini öngörmesine rağmen bu hareketi yapmaktan kaçınmayıp olursa olsun şeklinde hareket ederse olası kast (muhtemel-gayrimuayyen kast) söz konusudur.

Yargıtay bir kararında, sanığın orman muhafaza memuru olan Ahmet'i öldürmek için ateş ettiği ancak merminin Ahmet'in yanında bulunan Hüseyin'i isabet alacağını öngörmesine rağmen hareketine devam etmesi olayda olası kastla yaralama suçunun oluştuğuna karar vermiştir[69].

Keza, müteahhitlik mesleğinde bir eğitim görme şartı aranmadığı için gerekli sermayeye sahip olan kişiler müteahhitlik yapabilmektedir. Bu sebeple bir afet bölgesinde müteahhitlerin, uyulması gereken koşulları bilmesi veya meydana gelen sonuçları öngörebilmesi kendilerinden beklenemeyeceği için oluşan neticeler bakımından olası kast ile sorumluluk mümkün değildir[70]. Ancak müteahhidin daha fazla kâr sağlaması amacıyla daha düşük kalitede malzeme ile inşaat yapması halinde meydana gelen ölüm veya yaralanma neticelerinin müteahhid tarafından öngörülmediğinin söylenmesi mümkün olmamaktadır. Müteahhid meydana gelen neticeler bakımından *"olursa olsun"* şeklinde hareket ettiğinden olası kast ile sorumludur[71]. Keza, Yapı denetim firmalarının, binanın yapım aşamasında gerekli özeni göstermeyerek

[64] ÖZGENÇ, s. 243-244.
[65] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 173.
[66]Türk Ceza Kanunu Gerekçesi, https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1, E.T: 23.06.2023.
[67] ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 414.
[68] ÖZBEK, Veli Özer ve DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar: Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler, Baskı 13, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 188 (Temel Bilgiler).
[69]Yargıtay 1.CD'nin 13.10.2009 tarih ve E.2008/11007, K.2009/5873 sayılı kararı.
[70]YILDIRIM, Umut/KOÇ, Gizem/AYDIN, Fatih/DOĞAN, Merve/YILDIZ, Ahmet/DEMİR, Ayhan/ALKAN, Ömer Can/YILDIZ, Egem/AKSU, Özge İrem/ALBAYRAK, Özlem: Deprem Hukuku Başvuru Kitabı (Ceza/İdare/Tazminat Hukuku Boyutu), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 101.
[71] Depremlerde Yıkılan Binalardan Doğan Ceza Sorumluluğu, https://sen.av.tr/tr/makale/depremlerde-yikilan-binalardan-dogan-ceza-sorumlulugu, E.T: 28.06.2023.

denetim yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda meydana gelen neticeden sorumlulukları söz konusu olmaktadır. Meydana gelen neticeden dolayı *"olursa olsun"* şeklinde bir tutum sergilemişlerse olası kast ile sorumlu olmaktadırlar[72].

Kanunumuz olası kast bakımından haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle bir ceza indirimi yoluna gitmiştir[73]. Cezanın indirilip indirilmemesi konusunda hâkime takdir yetkisi verilmemektedir[74].

Olası kastın varlığı halinde teşebbüsün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır[75]. Yargıtay, genellikle olası kastta teşebbüsün uygulanmayacağına karar vermiştir[76].

Kasten işlenebilen bir suç hem doğrudan kast hem de olası kastla işlenebilmektedir. Ancak ilgili suçun kanuni tanımında *"bilerek, bildiği halde, bilmesine rağmen"* deyimleri yer almaktaysa o suçun olası kastla işlenemeyeceği kabul edilmektedir[77].

Ayrıca suç özel kast ile işlenebiliyorsa yani suçun kanuni tanımında amaç, saik, maksat kelimeleri yer alıyorsa bu suç olası kast ile işlenemeyecektir[78].

3. Taksir

a. Genel Açıklamalar

Taksir TDK'ye göre, *"Dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte acemilik veya düzene, buyruklara ve talimata uymazlıktan doğan kusurlu olma durumu"* olarak tanımlanmıştır[79].

TCK m.22/2 ve 22/3, *"Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır."* şeklindedir. Kanunun 2.fıkrasında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış sebebiyle öngörülmeyen bir neticenin gerçekleşmesi hali yani basit taksir düzenlemiştir. 3.fıkrada ise, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış dolayısıyla öngörülebilen ancak meydana gelmesi istenmeyen bir neticenin meydana gelmesi halini yani bilinçli taksiri düzenlenmiştir. Basit ve bilinçli taksirden ileride ayrıca bahsedilecektir.

[72]Depremlerde Yıkılan Binalardan Doğan Ceza Sorumluluğu, https://sen.av.tr/tr/makale/depremlerde-yikilan-binalardan-dogan-ceza-sorumlulugu, E.T: 28.06.2023.
[73] ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, Baskı 8, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 315.
[74] AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 469.
[75] İPEKÇİOĞLU AKSOY, Pervin: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 166.
[76] Yargıtay 1. CD'nin 28.09.2010 tarih ve E. 2010/4779 K. 2010/6137 sayılı kararı.
[77] ÖZGENÇ, s. 250.
[78] ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Baskı 22, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 256.
[79] TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, E.T: 13.06.2023.

Ceza hukukunda kural olarak kasten sorumluluk esastır. Taksirli sorumluluk ise istisnaidir[80]. Taksir kastın hafifletilmiş şekli değildir. Kastın olmadığı her yerde taksirin varlığından bahsedilemeyecektir[81]. Bu sebeple taksirin olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır[82]. Kast gibi taksirde haksızlığın bir işleniş şeklidir[83].

Kasıtlı suçlarda suçun kanuni tanımındaki unsurlar kasten ve bilerek gerçekleştirilirken taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörülmeyen veya öngörülmüş olsa da gerçekleşmeyeceğine duyulan bir güvenle neticenin meydana getirilmesi hali söz konusudur[84]. Kasıtlı suçlarda irade hukukun önem verdiği bir neticeye yönelik olmaktayken taksirli suçlarda hukukun önem vermediği bir neticeye yöneliktir. Ancak kişi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak hukukun önem verdiği neticeyi meydana getirmektedir[85].

Taksirli suçlarda iştirak ve teşebbüs söz konusu olmamaktadır[86]. Çünkü TCK m.35 (suça teşebbüs) ve m.40 (İştirakte bağlılık kuralı) kasıtlı bir hareket aradığından teşebbüs ve iştirak taksirli suçlarda mümkün değildir.

TCK m.22/4'e göre, *"Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir."* denilmektedir. 765 sayılı TCK'de taksirli suçlardaki kusur 8/8 oranı üzerinden bilirkişi tarafından belirlenmekteydi[87]. 5237 sayılı TCK'de ise, hâkim kusur üzerinde bir değerlendirme yaparak failin cezasını belirleyecektir[88].

Taksirli suçlarda birden fazla kişi neticenin gerçekleşmesine sebep olabilir[89]. TCK m.22/5'e göre, birden fazla kişinin taksirli hareketleri sonucu gerçekleşen neticeden her kişi kendi kusuruna göre sorumlu tutulacaktır. Örneğin, bir binanın depremde yıkılması sonucunda inşaatın yapımında rol oynayan müteahhid, mühendis, yapı denetim firmalarının taksirli hareketi söz konusu ise bu durumda meydana gelen neticeden her biri kendi kusuruna göre sorumlu olacaktır.

TCK m. 22/6, *"Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir."* şeklinde düzenlenmiştir. İlgili hükümde söz konusu koşulların varlığı halinde basit taksirde ceza verilmeyeceğine, bilinçli taksirde ise cezada belli oranda indirime gidilebileceğine yer verilmiştir. Söz konusu bu maddeden yararlanabilmek için failin taksirli hareketi sonucu münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından ceza verilmesini gereksiz kılacak bir neticenin meydana gelmesi gerekmektedir. Örneğin, fail kendi çocuğunun ölümü ile beraber başka bir çocuğun ölümüne sebep vermişse bu şahsi cezasızlık sebebi

[80] HAKERİ, s.172.
[81] ÖZTÜRK/ERDEM, s.457.
[82] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 192.
[83] ÖZGENÇ, s. 256.
[84] AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 489.
[85] ÖZGENÇ, s. 258.
[86] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 223.
[87] DEMİRBAŞ, *Genel Hükümler*, s. 427.
[88] SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 10, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 451.
[89] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 298.

uygulanamayacaktır[90]. Kanun maddesinde *"kişisel ve ailevi durum"* deyimi yer aldığından her iki sebebin de somut olayda bir arada bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde ilgili hüküm uygulama alanı bulamayacaktır[91]. Uzak akrabalar, arkadaşlar, komşular bakımından bu hüküm uygulanmamaktadır[92]. Ancak Yargıtay'ın aksi görüşte olduğu kararı mevcuttur[93].

Başka bir örnek vermek gerekirse, müteahhidin ve ailesinin yaşadığı binada, müteahhidin taksirli bir davranışı sonucu kendisinin yaralandığı ve çocuğunun öldüğü somut olayda müteahhidin yaşadığı acı, üzüntü sebebiyle ilgili hükmün uygulanabilirliği tartışılabilir.

Kanun, faile ceza verilmesinin artık gereksiz olmasını ve failin hem şahsi hem de ailevi bakımdan bir yıkıma uğramasını aramaktadır[94]. Somut olaydaki durumun, failin cezalandırılmasını gereksiz kılacak ölçüde mağduriyetine yol açıp açmadığının tespiti hâkim tarafından yapılmaktadır[95].

b. Taksirin Unsurları

Taksir sebebiyle suçun cezalandırılacağına yönelik kanunda açık bir düzenleme bulunmalıdır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış olmalıdır. Hareket iradi olmalı ve hareket ile netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Netice öngörülebilir olmalı ancak bu neticenin meydana gelmesi istenmemelidir[96].

i. Taksirle İşlenebilen Bir Suç Bulunması

TCK m.22/1'de *"Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır."* denilmektedir. Yani ilgili suçun kanunda taksirli hali düzenlenmemişse taksir sebebiyle sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Mesela TCK m.151 (mala zarar verme suçu) sadece kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Ancak öldürme suçunun taksirli hali kanunun 85.maddesinde düzenlendiğinden taksirle öldürmeden sorumluluk söz konusu olabilecektir[97].

ii. Hareketin İradi Olması

Hareketin iradi olması kast ve taksirin ortak unsurudur[98]. Fail hareketi bilerek ve isteyerek yerine getirmelidir. Aksi takdirde ortada bir iradi davranış bulunmadığından taksirli sorumluluğa

[90] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 242.
[91] ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 471.
[92] ZAFER, s. 361.
[93] Yargıtay 12.CD'nin 12.03.2015 tarih ve E.2014/11347, K.2015/4706 sayılı kararı.
[94] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 298.
[95] AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 515.
[96] İÇEL, s. 462.
[97] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 285.
[98] ÖZEN, Mustafa: Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Baskı 7, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 220.

gidilemeyecektir[99]. Taksirli suçlarda hareket icrai ve ihmali olabilir[100]. Unutkanlık veya dikkatsizlik hallerinde ihmali bir hareketten bahsedilmektedir[101].

iii. Dikkat ve Özen Yükümlülüğüne Aykırı Bir Davranış Olması

5237 sayılı TCK'de yer alan *"dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık"*, 765 sayılı TCK'de *"tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik ile nizamat, evamir ve talimata riayetsizlik"* olarak düzenlenmiştir[102].

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın söz konusu olabilmesi için öncelikle bir yükümlülüğün bulunması gerekmektedir[103]. Dikkat ve özen yükümlülüğü pozitif hukuk kurallarına, genel tecrübe kurallarına, meslek veya sanatın gerektirdiği kurallara göre belirlenmektedir[104]. Kişinin neticenin meydana gelebileceğini öngörmesi ve neticenin gerçekleşmesinden kaçınması, neticenin meydana gelmemesi için gerekli önlemleri alması objektif özen yükümlülüğüne uyulduğunu göstermektedir[105].

Özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif ve sübjektif kriterlerden hangisinin esas alınması gerektiği konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır[106]. Objektif görüşe göre, dikkat ve özen yükümlülüğü failin zekâsı, tecrübeleri, kişilik özellikleri dikkate alınmadan objektif olarak belirlenmelidir[107]. Sübjektif görüş failin ve olayın özellikleri esas alınarak yani failin kişisel özelliklerinin, bilgisinin, tecrübesinin dikkate alınarak belirlenmesidir. Karma görüşe göre ise, failin özelliklerinin de esas alındığı makul, ortalama zekâda bir insanın esas alınarak belirlenmesidir.[108].

Üzülmez ve Koca'ya göre, özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif ölçüt esas alınmalıdır. Ancak somut olayda failin bilgisinin, deneyiminin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir[109].

iv. Neticenin Öngörülebilir Olması Ancak Neticenin Meydana Gelmesinin İstenmemesi

Öngörülebilme, failin somut olaya göre hareketinin sonuçlarını önceden tahmin edebilmesidir[110]. Faile öngöremediği neticeden dolayı sorumluluk yüklenemez. Taksir ile kaza ve tesadüf arasındaki fark

[99] ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel: "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2013/3, s. 325.
[100] YİĞİT, Onur: "Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 2013/2, s. 119.
[101] DEMİRBAŞ, *Genel Hükümler*, s. 417.
[102] İÇEL, s. 458.
[103] İÇEL, s. 463.
[104] ZAFER, s. 347.
[105] TÖNGÜR/ÇETİNTÜRK, s. 159.
[106] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 207.
[107] ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 447.
[108] ZAFER, s. 349.
[109] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 208-209.
[110] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Genel Hükümler*, s. 498.

öngörebilme unsuru bakımındandır[111]. Neticenin öngörülebilmesi mümkün değilse ortada kaza veya tesadüf söz konusudur[112].

Neticenin objektif olarak öngörülebilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde öngörülemeyen neticeler bakımından taksirin varlığından söz edilemeyecektir[113]. Ayrıca neticenin öngörülebilir olmasında failin kişisel özellikleri, bilgisi, tecrübesi, yaşı vb. esas alınmaktadır[114]. Yani failin özelliklerine sahip olan ve ortalama, makul seviyede birinin esas alınması gerekmektedir[115].

Fail ortaya çıkan sonucu istememelidir. Aksi takdirde failin kasten sorumluluğu söz konusudur[116].

v. Hareket ve Netice Arasında Nedensellik Bağı Bulunması

Hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı ceza hukukundaki sorumluluğun temel şartlarından birisidir[117]. Kişi sebep olmadığı bir neticeden ötürü cezalandırılamayacaktır[118]. Bu sebeple meydana gelen neticenin faile objektif olarak isnad edilmesi gerekmektedir[119]. Keza üçüncü kişinin veya mağdurun hareketi ile failin hareketinin birleşmesi sonucu netice meydana gelmiş olabilir. Bu durumda failin hareketi ve netice arasında nedensellik bağı kesilmedikçe fail kendi hareketinden dolayı sorumlu tutulacaktır[120].

Nedensellik bağı içerisinde ayrıca yükümlülüğe aykırılık bağlantısının varlığından bahsedilmesi gerekmektedir. Fail, hukuka aykırı davranışı sonucu sebep olduğu neticeye hukuka uygun davranmış olsa da sebebiyet verecekse netice ile failin davranışı arasında yükümlülüğe aykırılık bağlantısının olmadığı kabul edilmektedir[121]. Yani fail dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davransa da netice meydana geliyorsa netice faile isnad edilemeyecektir. Örneğin depremde binaların ilgili mevzuata ve projelere uygun bir şekilde yapılması ve gösterilmesi gereken dikkat ve özenin gösterilmesi halinde de netice meydana geliyorsa bu neticeden dolayı faili sorumlu tutmak mümkün değildir[122]. Ancak bahsi geçen kişilerin yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi ve deprem sonucunda binaların yıkılması durumunda kişilerin gereken özeni gösterdikleri takdirde de aynı sonucun gerçekleşeceğine yönelik savunmaları dikkate alınmayacaktır[123].

Taksir, kanunda bilinçli ve basit taksir şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

---

[111] GÖKPINAR, Mahmut: "Ceza Sorumluluğunun Temeli Kast", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2008/79, s. 226.
[112] DEMİRBAŞ, *Genel Hükümler*, s. 419.
[113] ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 454.
[114] HAKERİ, s. 177.
[115] ZAFER, S. 344.
[116] DÖNMEZER/ERMAN, s. 511.
[117] ÖZEN, s. 223.
[118] ÖMEROĞLU, Ömer: "Ceza Hukukunda Nedensellik İlişkisi Üzerine (Teoriler Dışında Bir Bakış)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2013/15, s. 1561.
[119] TÖNGÜR/ÇETİNTÜRK, s. 161.
[120] İÇEL, s. 470.
[121] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 216.
[122] AKBULUT, Berrin: "Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm Ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 31/2, s. 573-632 (Deprem).
[123] ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 335.

c. Bilinçsiz (Basit) Taksir

TCK m.22/2'de yer alan tanım basit taksire aittir. Yani failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebebiyle öngörülebilir bir neticeyi öngörememesi ve neticeyi gerçekleştirmesidir[124].

Bilinçsiz taksiri bilinçli taksirden ayıran husus öngörülebilir neticenin öngörülmemesidir[125]. Yargıtay, sanığın hızını azaltmadan devam ettiği bu yüzden direksiyon hâkimiyetini kaybettiği ve sollama yasağı bulunan yolda şerit değiştirerek karşıdan gelen arabaya çarpıp içinde bulunan kişilerin ölümüne ve yaralanmasına sebep olduğu olayda meydana gelen neticenin öngörülebilmesinin mümkün olmadığına ve kişinin basit taksirle sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir[126].

d. Bilinçli Taksir

TCK m. 22/3'te düzenlenmiştir. *"Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır."* şeklinde olmaktadır. Bilinçli taksirde fail göstermesi gereken dikkati ve özeni göstermemektedir. Fail, neticenin meydana gelebileceğini öngörmektedir ancak neticenin gerçekleşmesini istememesine rağmen hareketi yapmaktan da kaçınmamaktadır[127]. Fail, somut olaydaki koşullara ve kendi yeteneklerine güven duyarak öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğine olan inançla hareket etmektedir[128].

Yargıtay, hız sınırını aşan sanığın yol kenarındaki çocuğu görmesine rağmen kendi şoförlük deneyimine ve çocuğun yola çıkmayacağına duyulan güvenle hareketine devam edip çocuğun ölmesine sebep olduğu olayda, bilinçli taksirle öldürmeden karar vermiştir[129].

Keza, ülkemizde yaşanan depremlerin sayısının fazla olması sebebiyle neticenin öngörülebilir olduğundan bahsedilebilir. Öngörülebilir bir neticenin öngörülmediğinden bahisle meydana gelen neticeden dolayı basit taksir ile sorumluluk söz konusu olmayacaktır[130].

Bilinçli taksir, suçun manevi unsurundan biri olan taksir kavramı içerisinde değerlendirilse de olası kast ile oldukça yakın olmaktadır[131]. Bu sebeple olası kast ve bilinçli taksir ayrımından bahsetmek yerinde olacaktır.

5237 sayılı TCK olası kast ve bilinçli taksiri düzenleyen maddelerde *"öngörme"* unsuruna değinildiği için bu iki terimin birbirine karıştığından bahsetmiştik. İkisi arasındaki en büyük ayrım öngörülebilen neticenin istenip istenmemesinden kaynaklanmaktadır[132]. Aralarındaki ayrımı açıklamada *"Frank"* formülünden

[124] TÖNGÜR/ÇETİNTÜRK, s. 168.
[125] HAKERİ, s. 179-180.
[126] Yargıtay CGK'nin 09.11.2010 tarih ve E.2010/82, K.2012/221 sayılı kararı.
[127] DEMİRBAŞ, *Genel Hükümler*, s. 428.
[128] İÇEL, S. 473.
[129] Yargıtay CGK'nin 03.07.2012 tarih ve E.2011/499, K.2012/271 sayılı kararı.
[130] Depremlerde Yıkılan Binalardan Doğan Ceza Sorumluluğu, https://sen.av.tr/tr/makale/depremlerde-yikilan-binalardan-dogan-ceza-sorumlulugu, E.T: 28.06.2023.
[131] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Temel Bilgiler*, s. 309.
[132] DÜLGER, s. 23.

bahsetmek gerekecektir. Fail neticenin gerçekleşeceğini bilseydi bile her şekilde hareketi yapardı diyebiliyorsak olası kast, neticenin gerçekleşeceğini bilseydi hareketi yapmaktan vazgeçerdi diyebiliyorsak bilinçli taksir söz konusudur[133]. Olası kastta fail neticenin gerçekleşeceğini öngörür ve neticenin gerçekleşmesini umursamaz, kayıtsız kalır. Bilinçli taksirde ise, fail neticenin meydana geleceğini öngörür ancak kendi becerisine, tecrübesine, olayın özelliklerine güvenerek neticenin gerçekleşmeyeceğine inanır[134]. Kısacası fail öngördüğü neticenin gerçekleşmemesini istiyor ve bu yönde bir çaba gösteriyorsa bilinçli taksir, öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi için herhangi bir çaba göstermeyip kayıtsız kalıyorsa olası kast söz konusudur[135].

Yargıtay, sanık ile mağdur arasında herhangi bir uyuşmazlık bulunmadığı olay günü sanığın alkollü olduğu ve silahın şarjörünü çıkardığı ancak atım yatağında fişek bulunan silahla uyarılara aldırış etmeden mağdur karşısındayken oynadığı, silahın ateş alabileceğini öngördüğü ancak oynamaya devam ettiği, neticenin gerçekleşmemesine yönelik bir çaba sarf etmediği dolayısıyla neticenin geçekleşebileceğini öngördüğü olayda sanığın olası kastla öldürmeden sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir[136].

Failin, neticenin gerçekleşmesini tesadüfe bıraktığı durumlarda olası kast mevcuttur[137]. Keza, Yargıtay'ın bir kararında da belirttiği üzere fail, yaptığı hareketin sonucunun iyi bir şekilde sonuçlanacağına dair elinde somut veri olmamasına rağmen hareketi gerçekleştirmeye devam ediyorsa veya hareketin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bir tesadüfe bırakılıyorsa olası kastın varlığından bahsedilmektedir[138].

Deprem sebebiyle ilgililerin cezai sorumluluğuna yönelik birkaç karar incelemesi yapmak konunun daha iyi anlaşılması için yerinde olmaktadır.

B. Yargıtay Kararları Işığında Cezai Sorumluluk Değerlendirmesi

Deprem sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı cezai sorumluluğun belirlenmesi öldürme, yaralama, görevi kötüye kullanma, resmî belgede sahtecilik, imar kirliliğine neden olma, suçluyu kayırma, suçu bildirmeme, hırsızlık, dolandırıcılık vb. suçlar bakımından söz konusu olmaktadır[139]. Müteahhid, mühendis, yapı denetim firmalarının cezai sorumluluğu kapsamında Yargıtay kararları incelendiğinde genellikle öldürme ve yaralama suçlarından doğan bir sorumluluk mevcuttur.

Deprem sebebiyle yıkılan binaların bazıları eski tarihli binalar olduğu için bu binaların yıkılması sebebiyle meydana gelen zarardan doğan sorumluluğun tespitinde hangi kanunun esas alınması gerektiğine

---

[133] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 179.
[134] İÇEL, s. 475.
[135] DEMİRBAŞ, Timur: Şematik Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 6, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 52 (Şematik Genel Hükümler).
[136] Yargıtay 12.CD'nin 07.07.2021 tarih ve E.2021/3230, K.2021/5592 sayılı kararı.
[137] OZANSÜ, Mehmet Cemil: Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 185.
[138] Yargıtay CGK'nin 21.05.2020 tarih ve E.2018/473, K.2020/225 sayılı kararı; Depremlerde Yıkılan Binalardan Doğan Ceza Sorumluluğu, https://sen.av.tr/tr/makale/depremlerde-yikilan-binalardan-dogan-ceza-sorumlulugu, E.T: 28.06.2023.
[139] AKBULUT, *Deprem*, s. 577-578.

değinilmelidir. Anayasanın 38.maddesi, *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."* şeklindedir. Bu sebeple 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK, bu tarihten itibaren yapılan binalar ile ilgili yürütülen davalarda uygulanacaktır. 1 Haziran 2005 tarihinden önce yapılan binalar hakkında ise 765 sayılı TCK hükümleri uygulanacaktır[140].

Deprem sonucunda yıkılan binalarda genellikle birçok insanın öldüğüne ve yaralandığına rastlamaktayız. TCK m.81 kasten insan öldürme suçunu, m.85 taksirle öldürme suçunu, m.86 kasten yaralama ve m.89 taksirle yaralama suçlarını düzenlemiştir. Taksirli hareket sonucunda ölüm ve yaralanma neticesi birlikte gerçekleşmişse m.85/2 ve taksirli hareket sonucu birden fazla kişi yaralanmışsa m.89/4 değerlendirmesi yapılması gerekir.

Yargıtay deprem sebebiyle meydana gelen ölüm ve yaralanma neticelerinde genellikle bilinçli taksir ile sorumluluğu kabul etmektedir[141].

Yargıtay, sanığın proje müellifi ve fenni mesulü olduğu binada gereken denetim görevinin yerine getirilmemesi, beton kalitesinin yönetmeliğe uygun olmaması, donatı çap ve adetlerinde, kolon sayılarında farklılıklar bulunması hallerinde sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı ve neticenin öngörülebilir olduğu gözetilerek sanık hakkında bilinçli taksir ile öldürme suçundan mahkûmiyete karar vermiştir[142].

Yapı denetim firması yetkilileri hakkında 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 9. Maddesinde özel bir düzenleme yer almaktadır. *"Bu Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında, yapı denetim kuruluşunun icraî veya ihmalî davranışla yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller nedeniyle görevini kötüye kullanan ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, şantiye şefi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlileri, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* şeklindedir. Yargıtay da bu hususa kararlarında değinmiştir[143]. Aynı maddenin devamında ise yapı denetim firmalarının ortak ve yöneticilerinin, mimar ve mühendislerinin ve laboratuvar görevlilerinin yapmaları gereken denetimi yapmamaları veya denetimi yapmalarına rağmen gerçeğe aykırı belge düzenlemeleri halinde resmî belgede sahtecilik suçuna göre cezalandırılacağına yer verilmiştir. Kısacası binanın projeye ve mevzuata uygun yapılmadığını gören yapı denetim firması yetkilileri bu konuda uyarıda bulunmalıdır. Aksi takdirde mevzuata veya ruhsata aykırı yapılan binaya onay veren ve rapor hazırlayan yapı denetim yetkililerinin resmî belgede sahtecilik suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir.

Başka bir kararda Yargıtay, Van'da 7.1 ile 7.3 şiddeti arasında gerçekleşen depremde, sanığın Bayram Oteli'n işleteni ve sahibi olduğu ilk depremden sonra ikinci bir deprem yaşandığı, binanın deprem

[140] YILDIRIM/KOÇ/AYDIN/DOĞAN/YILDIZ/DEMİR/ALKAN/YILDIZ/AKSU/ALBAYRAK, s. 105.
[141] Bkz.: Yargıtay 12. CD'nin 13.12.2022 ve E. 2020/4147 K. 2022/9940; Yargıtay 12. CD'nin 01.12.2022 tarih ve E. 2020/11417 K. 2022/9373; Yargıtay 12. CD'nin 01.12.2022 tarih ve E. 2020/3968 K. 2022/9368; Yargıtay 12. CD'nin 27.12.2022 tarih ve E. 2020/12133 K. 2022/10714 sayılı kararı.
[142] Yargıtay 12. CD'nin 13.12.2022 tarih ve E. 2020/11415 K. 2022/9941 sayılı kararı.
[143] Bkz.: Yargıtay 19. CD'nin 22.03.2017 tarih ve E. 2017/1727 K. 2017/2607 sayılı kararı.

yönetmeliklerine göre güçlendirilmediği, binaya daha sonradan projeye aykırı olarak ek kısımlar eklendiği, otel sanığın babası tarafından inşa ettirildiği için otelde yapılan değişikliklerden ve binadaki çatlakların sıva ile kapatılmasından haberinin olduğu, binada hasar olup olmadığının incelenmesi gerektiğinin, binada taşıma kapasitesinden fazla insanın bulunması, binanın çok eski bir bina olması ve bu sebeple deprem sebebiyle hasar görmüş olabileceğinin sanık tarafından öngörüldüğü ancak otelin işletilmeye devam edildiği ve ikinci deprem sonucunda ölen ve yaralananların bulunduğu somut olayda, bilinçli taksirin bulunduğuna karar vermiştir[144].

Somut olayda, sanık işleten ve bina sahibi binanın eski olduğunun, güncel yönetmeliğe göre güçlendirilmesi gerektiğinin, ilk deprem sonrası binanın hasar aldığının ve binada kimsenin kalmaması gerektiğinin bilincindedir. Ayrıca ilk depremden sonra binadaki çatlaklar sıva ile kapatılmaya çalışılmıştır. Burada aşırı umursamaz bir davranış ile "olursa olsun" şeklinde hareket edildiği için bilinçli taksir yerine olası kastla sorumluluğun tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Başka bir kararda, şartnameye uygun yapılmayan binanın koruma duvarlarının idare tarafından 2 kere yıktırılmasına rağmen sanıkların binanın yapımda kullanılan kötü malzemeleri kapatmak için sıva yaptıkları, idarenin denetimini engelledikleri, somut olayda muhtemel tehlikeli sonuçları öngörüp kabullenerek olursa olsun düşüncesi ile hareket ettikleri anlaşıldığından olası kast ile öldürme suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmiştir[145].

Burada özellikle değinilmesi gereken konu depremde yıkılan binalarda içtima kurallarının nasıl uygulanacağı hususudur. İçtima kurumu TCK'de 42-44. Maddelerde düzenlenmiştir. Tek fiil ile birden fazla kişiye karşı aynı suçun oluşmasında TCK m.43/2, tek fiil ile farklı suçların oluşması durumunda TCK m.44 söz konusu olmaktadır. Kast ve taksir halinde içtima konusunda farklılıklar olmaktadır. Bu durumu deprem ile bağdaştıracak olursak, depremde yıkılan binalarda gerçekleşen ölüm veya yaralanma olaylarında kişinin kastının varlığı halinde TCK m. 43/3 gereği zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır ve gerçek içtima kuralı uygulanıp her suç için ayrı ayrı ceza verilecektir[146]. Ancak kişinin taksirli bir hareketi söz konusu ise daha öncesinde de değindiğimiz üzere meydana gelen ölüm ve yaralanma neticeleri birlikte gerçekleşmişse somut olaya göre TCK m.85/2'e göre sorumluluk doğmaktadır[147]. TCK m.85/2 özel bir içtima hükmü olduğu için tek fiil ile öldürme ve yaralanma gerçekleştiği takdirde ilgili hüküm uygulanacaktır[148]. TCK m.85/2 düzenlenmemiş olsaydı somut olaya göre TCK m.43/2 aynı neviden fikri içtima veya m.44 farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktı[149].

---

[144] Yargıtay 12. CD'nin 17.06.2016 tarih ve E. 2016/4242 K. 2016/10443 sayılı kararı.
[145] Yargıtay 12. CD'nin 06.04.2017 tarih ve E. 2017/172 K. 2017/2866 sayılı kararı.
[146] Aynı veya Farklı Ruhsatlı Yapılarda Deprem Nedeniyle Gerçekleşen Ölümler ile Yaralanmalarda İçtima,https://sen.av.tr/tr/makale/ayn%C4%B1-veya-farkli-ruhsatli-yapilarda-deprem-nedeniyle-gerceklesen-olumler-ile-yaralanmalarda-ictima, E.T.28.06.2023.
[147] AKBULUT, *Deprem*, s. 617.
[148] ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Baskı 17, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 201 (Özel Hükümler).
[149] GÖKTÜRK, Neslihan: "Türk Ceza Kanununun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği Ve Bağlantılı Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2022/4, s. 254.

Hareketin tekliği bakımından ise, aynı sitede bulunan, aynı ruhsata tabi binaların depremde yıkılması sonucu tek bir fiilin varlığından yani tek neticeden bahsedilecektir. Farklı sitelerde, farklı ruhsat ve projeye tabi binalarda ise deprem sonucunda meydana gelen yıkılmada ayrı fiillerin varlığından bahsedilmektedir. Bu durumda meydana gelen neticeye kast veya taksirle sebebiyet verilmesi bakımından somut olaya göre yukarıdaki açıklamalar dikkate alınacaktır[150].

Bir başka kararda Yargıtay, sanıkların içerisinde oturduğu binanın kaçak olduğunu anladıkları ve binayı yönetmeliklere uygun hale getirmek için çaba harcadıkları ancak çabaların sonuçsuz kaldığı, Van ilinde deprem olma ihtimalinin öngörülebilir olduğu ancak sanıkların bizzat ikamet ettikleri binanın yıkılabileceğini öngörmelerinin beklenemeyeceği somut olayda, sanıkların basit taksir düzeyinde sorumluluklarının bulunduğuna karar vermiştir[151].

Deprem riski daha az bir bölgedeki binaların deprem sonucunda yıkıldığını düşünelim. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmeyerek öngörülebilir bir neticenin öngörülmemesi sebebiyle sorumluluğun basit taksir kapsamında kaldığından bahsedilebilir[152].

Yargıtay, müteahhid ve Teknik Uygulama Sorumlusu olan sanığın binayı 1975 tarihli deprem yönetmeliğine uygun olarak projelendirdiği, alt tarafın dükkan olarak belirlendiği ancak haberi olmadan ve ısı yalıtımı bulunmadan alt katın fırın olarak kullanıldığı, belediye tarafından binada oturanlara güçlendirme çağrısı yapıldığı halde binanın güçlendirilmediği hatta teras kata yük bindirildiği ve deprem sonucu binanın yıkıldığı olayda, sanığın hareketi ile meydana gelen netice arasındaki nedensellik bağının kesildiğine, neticenin objektif olarak sanığa yüklenebilir olmadığına ve beraat kararı verilmesi gerektiğine karar vermiştir[153]. Ayrıca deprem sebebiyle bina hasar görmüş ve girilmemesi gerekirken binaya girilmişse objektif isnadiyetin kesildiğinden bahsedilecektir[154].

Deprem sebebiyle yıkılan binalardan bazıları eski tarihli deprem yönetmeliklerine uygun olarak yapıldığı için ilgili yönetmeliğe uygun olarak yükümlülükler yerine getirilmiş ve inşaat tamamlanmışsa meydana gelen zarar ile müteahhid, yapı denetim firması vb. hakkında sorumluluk doğmayacaktır. Yani her bina kendi döneminde yürürlükte bulunan mevzuata göre yapıldığı takdirde ilgililer sorumlu olmayacaktır. Ancak eski tarihli yönetmeliğe uygun bir şekilde yapılan binaların mevcut yönetmeliğe uygun olarak güçlendirilmesi gerekmektedir.

---

[150] Aynı veya Farklı Ruhsatlı Yapılarda Deprem Nedeniyle Gerçekleşen Ölümler ile Yaralanmalarda İçtima,https://sen.av.tr/tr/makale/ayn%C4%B1-veya-farkli-ruhsatli-yapilarda-deprem-nedeniyle-gerceklesen-olumler-ile-yaralanmalarda-ictima, E.T.28.06.2023.

[151] Yargıtay 12. CD'nin 09.03.2020 tarih ve E. 2020/332 K. 2020/2497 sayılı kararı.

[152] Depremlerde Yıkılan Binalardan Doğan Ceza Sorumluluğu, https://sen.av.tr/tr/makale/depremlerde-yikilan-binalardan-dogan-ceza-sorumlulugu, E.T: 28.06.2023.

[153] Yargıtay 12. CD'nin 20.02.2014 tarih ve E. 2013/8258 K. 2014/4319 sayılı kararı.

[154] AKBULUT, *Deprem*, s. 590.

Bir başka kararda Yargıtay, fenni mesul olan sanık hakkında depremde yıkılan binada uygun malzeme kullanılmaması, taşıyıcı elaman ve donatı yetersizlikleri sebebiyle genel güveliğin taksirle tehlikeye sokulması suçundan sorumluluğuna karar vermiştir[155].

Genel güvenliğin kasten veya taksirle tehlikeye sokulması suçu içtima konusunda önem arz etmektedir. Genel güvenliğin kasten veya taksirle tehlikeye sokulması suçu başka suçlarla bir arada bulunabilir[156]. Mesela fail tek bir hareketi ile hem taksirle öldürme hem de genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçuna sebep olabilir. Bu durumda tek bir fiil ile birden fazla farklı suça sebep olunduğundan TCK m. 44 farklı neviden fikri içtima gereği fail en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılmalıdır[157].

Daha önce de değinildiği üzere ilgililer, ihmali davranışları sonucunda da bu neticelere sebep olabilmektedir. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 9. Maddesinde yapı denetim yetkililerin icrai veya ihmali davranışlar ile görevlerini kötüye kullanmaları durumunda sorumlu olacaklarına değinmiştik. Keza, kanun veya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklere uymayarak ihmali davranış sonucunda meydana gelen ölüm veya yaralanma neticeleri bakımından TCK'de açıkça düzenlenmeler yer almaktadır. TCK m.83 ve m.88'de ihmali davranış sonucu meydana gelen ölüm ve yaralanma neticeleri ayrı birer suç olarak düzenlenmiştir. Somut olaya göre ilgili suçların koşullarının varlığı halinde bu suçlardan doğan cezai sorumluluğun tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak zamanaşımı hususundan bahsetmek gerekirse, TCK m.66/6'da dava zamanaşımının başlangıcına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Dava zamanaşımı suçun işlendiği günden itibaren başlamaktadır. Yargıtay bir kararında, depremin meydana geldiği ve binanın yıkıldığı anın aynı gün olduğuna ve bu sebeple suç tarihinin de bu tarih olduğu ve dava zamanaşımı süresinin binanın yıkıldığı tarihten itibaren başlaması gerektiğine karar vermiştir[158]. Başka bir kararda ise, binanın yıkıldığı tarihin yanı sıra taksirli hareket sonucu meydana gelen ölüm neticesinde ise, ölümün meydana geldiği tarihi dava zamanaşımının başlangıcı olarak kabul etmiştir[159]. Akbulut, depremde ölen ve yaralananlar bulunduğu takdirde ölüm ve yaralanma neticesinin gerçekleştiği tarihten itibaren zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını belirtmektedir[160].

SONUÇ

Bir binanın yapım aşamasında etkisi olan yetkililerden bahsettik. Yargıtay genellikle kararlarında, deprem sebebiyle yıkılan binalar sonucunda gerçekleşen ölüm ve yaralanma neticeleri bakımından ilgililerin bilinçli taksir ile sorumluluğuna karar vermiştir. Kanaatimizce somut olaya göre olası kastın varlığının da

[155]Yargıtay 8.CD'nin 04.03.2021 tarih ve E. 2019/25622 K. 2021/3448 sayılı kararı.
[156] POLAT, Halil: "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İçtiması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 2010/1, s. 155.
[157] AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçları (TCK mad. 170, 171)", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2021/2, s. 351.
[158]Yargıtay 9. CD'nin 19.12.2002 tarih ve E. 2002/2033 K. 2002/2543 sayılı kararı.
[159]Yargıtay CGK'nin 04.03.2003 tarih ve E. 2002/314 K. 2003/15 sayılı kararı.
[160] AKBULUT, *Deprem*, s. 622.

tartışılması gerekmektedir. Örneğin, müteahhidin belirtilenden daha düşük kalitede malzeme alması halinde olası kastın varlığı tartışılabilir. Kolon-kiriş bağlantılarının yeterli olmaması, beton kalitesinin mevzuatta belirtilenden daha düşük olması, çimento ayarının düzgün yapılmaması, kolon sayısının azlığı, vb. aykırılıklar belki tek başlarına bir binanın yıkılmasına sebep olmayabilir. Ancak bir araya geldiklerinde bir binanın yıkılmasına yol açabilirler. Binanın yapımının başlangıcından bitimine kadar ilgililer işbirliği halinde hareket etmek ve birbirlerini denetlemekle yükümlü olduklarından bahsi geçen hataların gözden kaçmış olması mümkün değildir. Bu sebeple sorumluluğun tespitinde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle bilinçli taksir yerine meydana gelen neticenin bir şansa bırakılması ve neticenin meydana gelmemesi için herhangi bir çaba gösterilmemesi hatta umursamaz davranılması sebebiyle olası kastın varlığının tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Depremin şiddetinin çok büyük olduğu bu sebeple binaların yıkıldığı şeklindeki savunma kanaatimizce yerinde olmamaktadır. Bahsedilen kişiler gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek ihmalkâr davranış sergilemişlerse meydana gelen neticeden dolayı sorumlulukları söz konusu olacaktır. Ancak kendilerine verilen görevi gereği gibi yerine getirmiş ve gerekli dikkat ve özeni göstermiş ise meydana gelen neticeden dolayı sorumluluklarının olmayacağı kanaatindeyiz.

Öncesinde de bahsedildiği üzere, ilgililerin ihmali hareketleri ile kanun veya sözleşmeden doğan yükümlülüklere aykırı davranışları sonucunda meydana gelen ölüm veya yaralanma neticeleri bakımından TCK m. 83 ve m. 88'in tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Deprem sonucunda yıkılan binaların enkazları olay yerinde birbirlerine karışmış halde bulunmaktadır. Bu sebeple binaların projeye ve mevzuata uygun yapılıp yapılmadığı ve binaların yıkılma sebepleri tam olarak anlaşılamamaktadır. Hatta çoğu zaman bu proje ve raporlara bile erişim sağlanamamaktadır. Bu durumda yeterli delil elde edilemediği için ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi olan *"şüpheden sanık yararlanır"* ilkesi gereği sanıklara beraat kararı verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Deprem, ülkemiz için kaçınılmaz bir gerçektir ve bizim bu durumla yaşamaya alışmamız gerekmektedir. *"Deprem değil bina öldürür"* gerçeğini Kahramanmaraş merkezli depremlerde bir kez daha görmüş olduk. Depreme karşı daha sağlam ve yıkılmayan binalar yapabilmek mümkündür. Bu konuyla ilgili mevzuatlarımızda düzenlemeler yer almaktadır. Mevzuatlara uygun bir şekilde binanın inşa edilmesi ve herkesin üzerine düşen görevi layıkıyla yerine getirmesi halinde deprem sebebiyle meydana gelen hasarlar, can kaybı ve yaralanmalar en aza indirgenebilir.

Kaynakça

AKBIYIKLI, Rıfat/OPÇİN, Gülhan/AKDEMİR, Merve/GÜNDÜZ, Emre: "Türkiye'de Yapı Denetim Kavramı, Amacı, Yasal Dayanağı ve Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme", *Uluslararası Katılımlı 7. İnşaat Yönetimi Kongresi Bildiriler Kitabı*, Samsun, 2017.

AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 9, Adalet Yayınları, Ankara 2022 (Genel Hükümler).

AKBULUT, Berrin: "Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm Ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 31/2, s. 573-632 (Deprem).

ALPASLAN, Nuray: "Zemin Sıvılaşması ve Mekanizması", *"Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi"*, Sayı 2013/2, s. 67-89.

APAYDIN, Cengiz: Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, Baskı 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 16, Adalet Yayınları, Ankara 2022.

AŞÇI, Arzu: "Yargıtay 1.CD Kararlarında Türk Ceza Hukuku'nda Doğrudan Kast ve Olası Kast", *İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Günleri-1 Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1.Ceza Dairesi Kararları*, Editör: Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Baskı 3, Ankara 2022.

AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçları (TCK mad. 170, 171)", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2021/2, s. 313-355.

BUCAKTEPE, Adil: "Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17-18, Sayı 26-27-28-29, Yıl 2012-2013, s. 93-122.

ÇITAK, Halim Alperen: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Adalet Yayınları, Ankara 2014.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel: "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2013/3, s. 317-338.

DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 17, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022 (Genel Hükümler).

DEMİRBAŞ, Timur: Şematik Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 6, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022 (Şematik Genel Hükümler).

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt 2, Baskı 15, Der Yayınları, İstanbul 2021.

DUMAN, İlker Hasan: 40 Soruda Yapı Kullanma İzni (İskân Belgesi), Baskı 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

DÜLGER, Murat Volkan: "5237 Sayılı YTCK' da Kastın Unsurları ve Türleri - Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi", *Hukuk Ve Adalet Dergisi*, Sayı 2005/2, s. 1-43.

GÖKPINAR, Mahmut: "Ceza Sorumluluğunun Temeli Kast", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2008/79, s. 198-234.

GÖKTÜRK, Neslihan: "Türk Ceza Kanunu'nun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği Ve Bağlantılı Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2022/4, s. 247-268.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 14, Us-A Yayıncılık, Ankara 2022.

HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Baskı 20, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 7, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.

İLGEZDİ, Ali Rıza/BATAK, Gökhan: Yapı Kullanma İzin Belgesi (İskân Ruhsatı), Baskı 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

İPEKÇİOĞLU AKSOY, Pervin: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri, Cilt 2, Baskı 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 15, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

KORKMAZ, Hüseyin: "Antakya'da Zemin Özellikleri ve Deprem Etkisi Arasındaki İlişki", *"Coğrafi Bilimler Dergisi"*, Sayı 2006/2, s. 49-66.

OZANSÜ, Mehmet Cemil: Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

ÖMEROĞLU, Ömer: "Ceza Hukukunda Nedensellik İlişkisi Üzerine (Teoriler Dışında Bir Bakış)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2013/15, s. 1529-1582.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler, Baskı 13, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022 (Temel Bilgiler).

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 13, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022 (Genel Hükümler).

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Baskı 17, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022 (Özel Hükümler).

ÖZEN, Mustafa: Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Baskı 7, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 18, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

ÖZGENÇ, İzzet/ÜZÜLMEZ, İlhan: Temel Hukuk Dizisi Ceza Genel Hukuku, Baskı 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

ÖZLÜK, Serdal: Girişimciler İçin İnşaat Ve Müteahhitlik İnşaata Başlangıç-İnşaat Aşamaları-İhale Müteahhitlik ve Yöntemleri-Bina Maliyeti Hesabı proje-Şantiye Yönetimi-Satış Yöntemleri, Baskı 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Baskı 22, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

POLAT, Halil: "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İçtiması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 2010/1, s. 135-166.

SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Baskı 10, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

TÖNGÜR, Ali Rıza/ÇETİNTÜRK, Ekrem: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2020.

TÜYSÜZ, Okan: Deprem ve Türkiye, Literatür Yayıncılık, İstanbul 2021.

YILDIRIM, Umut/KOÇ, Gizem/AYDIN, Fatih/DOĞAN, Merve/YILDIZ, Ahmet/DEMİR, Ayhan/ALKAN, Ömer Can/YILDIZ, Egem/AKSU, Özge İrem/ALBAYRAK, Özlem: Deprem Hukuku Başvuru Kitabı (Ceza/İdare/Tazminat Hukuku Boyutu), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

YİĞİT, Onur: "Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 2013/2, s. 113-136.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, Baskı 8, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

ZEYREK, İlker: İdare Hukuku Açısından Yapı Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

İNTERNET KAYNAKLARI

6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri İnceleme ve Değerlendirme Raporu, https://depo.btu.edu.tr/img/sayfa//1679553802_ca8ac2514a7dccf673c0.pdf, E.T: 30.06.2023.

6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Ve Artçılarını, Saha Gözlemlerini, Yapısal Hasarları Ve İleriye Yönelik Önerileri İçeren Değerlendirme Raporu, https://ktu.edu.tr/apps/file/KahramanmarasDeprem.pdf, E.T: 30.06.2023.

06 Şubat 2023, 04:17, Mw=7.7, H=9 Kmpazarcık (Kahramanmaraş) Depremi 06 Şubat 2023, 13:24, Mw=7.6, H=7 Kmelbistan (Kahramanmaraş) Depremi 20 Şubat 2023, 20:04, Mw=6.4, H=22 Kmdefne (Hatay) Depremi Deprem Raporu, https://haber.deu.edu.tr/wpcontent/uploads/2023/03/DOKUZ-EYLU%CC%88L U%CC%88NI%CC%87VERSI%CC%87TESI%CC%87-DEPREM-RAPORU-1.pdf, E.T: 30.06.2023.

Aynı veya Farklı Ruhsatlı Yapılarda Deprem Nedeniyle Gerçekleşen Ölümler ile Yaralanmalarda İçtima,https://sen.av.tr/tr/makale/ayn%C4%B1-veya-farkli-ruhsatli-yapilarda-deprem-nedeniyle-gerceklesen-olumler-ile-yaralanmalarda-ictima, E.T.28.06.2023.

Depremlerde Yıkılan Binalardan Doğan Ceza Sorumluluğu, https://sen.av.tr/tr/makale/depremlerde-yikilan-binalardan-dogan-ceza-sorumlulugu, E.T: 28.06.2023.

TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, E.T: 13.06.2023.

TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Pazarcık Ve Elbistan Depremleri Ön Değerlendirme Raporu, https://www.imo.org.tr/Eklenti/8175,imo-deprem-raporu-2pdf.pdf?0, E.T: 30.06.2023.

TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Görüşü, https://www.imo.org.tr/TR,74897/jeoloji-muhendisleri-odasinin-kamuoyuna-ve-cesitli-kurumlara-fay-yasasi-olarak-sundugu-metne-yonelik-insaat-muhendisleri-odasi-yonetim-kurulunun-gorusu.html, E.T:28.06.2023.

Türk Ceza Kanunu Gerekçesi, https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1, E.T: 23.06.2023.

Yapı İşleri Genel Müdürlüğü, https://yapiisleri.csb.gov.tr/yapi-denetim-sisteminde-degisiklik-haber-232944, E.T:16.06.2023.

Yargıtay 12. CD'nin 17.11.2022 tarih ve E. 2020/12132 K. 2022/8752 sayılı kararı.

Danıştay 11.D'nin 29.06.2007 tarih ve E.2005/1353, K.2007/6248 sayılı kararı.

Danıştay İDDK'nin 13.05.2015 tarih ve E. 2013/2411 K. 2015/1784 sayılı kararı.

Danıştay 6.D'nin 12.04.2004 tarih ve E: 2004/1477, K:2004/2115 sayılı kararı.

Yargıtay 19. CD'nin 22.03.2017 tarih ve E. 2017/1727 K. 2017/2607 sayılı kararı.

Yargıtay CGK'nin 10.12.2013 tarih ve E.2012/1456, K.2013/608sayılı kararı.

Yargıtay 1.CD'nin 13.10.2009 tarih ve E.2008/11007, K.2009/5873 sayılı kararı.

Yargıtay 12.CD'nin 12.03.2015 tarih ve E.2014/11347, K.2015/4706 sayılı kararı.

Yargıtay CGK'nin 09.11.2010 tarih ve E.2010/82, K.2012/221 sayılı kararı.

Yargıtay CGK'nin 03.07.2012 tarih ve E.2011/499, K.2012/271 sayılı kararı.

Yargıtay 12.CD'nin 07.07.2021 tarih ve E.2021/3230, K.2021/5592 sayılı kararı.

Yargıtay CGK'nin 21.05.2020 tarih ve E.2018/473, K.2020/225 sayılı kararı.

Yargıtay 12. CD'nin 13.12.2022 ve E. 2020/4147 K. 2022/9940 sayılı kararı.

Yargıtay 12. CD'nin 01.12.2022 tarih ve E. 2020/11417 K. 2022/9373 sayılı kararı.

Yargıtay 12. CD'nin 01.12.2022 tarih ve E. 2020/3968 K. 2022/9368 sayılı kararı.

Yargıtay 12. CD'nin 27.12.2022 tarih ve E. 2020/12133 K. 2022/10714 sayılı kararı.

Yargıtay 12. CD'nin 17.06.2016 tarih ve E. 2016/4242 K. 2016/10443 sayılı kararı.

Yargıtay 12. CD'nin 06.04.2017 tarih ve E. 2017/172 K. 2017/2866 sayılı kararı.

Yargıtay 12. CD'nin 13.12.2022 tarih ve E. 2020/11415 K. 2022/9941 sayılı kararı.

Yargıtay 12. CD'nin 09.03.2020 tarih ve E. 2020/332 K. 2020/2497 sayılı kararı.

Yargıtay 8.CD'nin 04.03.2021 tarih ve E. 2019/25622 K. 2021/3448 sayılı kararı.

Yargıtay 12. CD'nin 20.02.2014 tarih ve E. 2013/8258 K. 2014/4319 sayılı kararı.

Yargıtay 9. CD'nin 19.12.2002 tarih ve E. 2002/2033 K. 2002/2543 sayılı kararı.

Yargıtay CGK'nin 04.03.2003 tarih ve E. 2002/314 K. 2003/15 sayılı kararı.

Yargıtay 12. CD'nin 06.06.2022 tarih ve E. 2020/12146 K. 2022/4386 sayılı kararı.

Yargıtay 1. CD'nin 28.09.2010 tarih ve E. 2010/4779 K. 2010/6137 sayılı kararı.

BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK-AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ÖRNEĞİ

Dr. Hande Gül Küçükkaya*

ÖZET

Amerika Birleşik Devletleri'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu'nun 1998 yılında kabulüyle Amerika Birleşik Devletleri mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözümünü destekleyen bir politika benimsenmiştir. Federal ve eyalet düzeyinde 2500'den fazla arabuluculuğa ilişkin hukuki düzenlemeye sahip devlet Amerika Birleşik Devletleri'dir.

Amerika Birleşik Devletleri genelinde özel kişilerin anlaşmazlıklarını nasıl çözeceğini belirleyen arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler yasallaşmıştır. Arabuluculuk sürecini formalize eden kanun maddeleri ile arabuluculuk sürecinin sonucunu ve tarafların arabuluculuktaki davranışlarını belirlemede devlet daha fazla yetkili hale gelmektedirler. Böylelikle arabuluculuk, kamu ve özel uyuşmazlık çözümü arasındaki eski sınırları yeniden çizen devlet müdahalesi için yeni bir araç haline gelmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, sağlam ve istikrarlı bir sanayi barışının sağlanması için işçi-işveren ilişkilerinde yaşanan anlaşmazlıkları çözmek üzere, Federal Arabuluculuk ve Uzlaştırma Servisi kurulmuş ve iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk yaygınlaşmıştır. 70'li yıllardan itibaren idari uyuşmazlıkları da içine alan programlar geliştirmiş ve arabuluculuğun etkin olarak kullanılmasını teşvik edilmiştir.

Ülkede, mahkeme öncesi arabuluculuk ve uzlaşma yoluyla anlaşmayı sağlamak amacıyla idari bir ajans olarak kurulan EEOC (The Equal Employment Opportunity Commission) Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu, 14 kişiden fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde iş ilişkilerindeki ayrımcılık iddialarını araştırmakla yetkilidir.

Çalışmada arabuluculuğun kurumsallaşması, EEOC, Federal Arabuluculuk ve Uzlaştırma Servisi uygulamaları, dönüştürücü arabuluculuğun en iyi örneklerinden olan REDRESS (Resolve Employment Dispute, Reach Equitable Solutions, Swiftly) programı ve kurum içi arabuluculuk irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuğun Kurumsallaşması, EEOC, REDRESS, Dönüştürücü Arabuluculuk

MEDIATION IN INDIVIDUAL EMPLOYMENT LAW-PRECEDENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA

ABSTRACT

With the adoption of the Alternative Dispute Resolution Act in the United States in 1998, the policy supporting court-connected alternative dispute resolution implemented. The United States has more than 2,500 regulations regarding mediation at federal and state levels.

Mediation regulations governing how private individuals resolve their disputes legalized throughout the United States. With the regulations that formalize the mediation process, the state became more

* LL.M., M.A., ORCID ID: 0009-0004-8127-058X.

powerful in determining the outcome of the mediation process and the behavior of the parties in mediation. Thus, mediation has become a new tool for state intervention that redraws the boundaries between public and private dispute resolution.

In the United States, the Federal Mediation and Conciliation Service was established to resolve disputes in employee-employer relations in order to ensure a solid and stable industrial peace, and mediation in employment law disputes has become widespread. Since the 70s, programs regarding resolving disputes including administrative disputes had been developed and the effective use of mediation had been encouraged.

EEOC (The Equal Employment Opportunity Commission) was established as an administrative agency that is authorized to investigate allegations of discrimination in employment relations in workplaces where more than 14 workers work. EEOC aims to ensure agreement between parties through mediation and conciliation before trial.

The paper will examine the institutionalization of mediation, EEOC, practices of Federal Mediation and Conciliation Service, the REDRESS (Resolve Employment Dispute, Reach Equitable Solutions, Swiftly) program as one of the paramount examples of transformative mediation, and in-house mediation.

Keywords: Institutionalization of Mediation, EEOC, REDRESS, Transformative Mediation

GİRİŞ

Mahkeme dışı arabuluculuk mahkeme sürecinden tamamen bağımsız olarak gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyetidir. Mahkemeye yakın, mahkeme bağlantılı arabuluculuk olarak da anılan sistem ise mahkemede görülmekte olan derdest davada mahkemenin davayı askıya aldığı mahkeme dışında yürütülecek olan arabuluculuk faaliyetine ilişkindir. Mahkeme dışı arabuluculuk ve mahkeme bağlantılı arabuluculuk Amerika Birleşik Devletleri'nde sıklıkla uygulanmaktadır.

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk, görülmekte olan derdest davada, mahkemenin davayı askıya aldığı ve mahkeme dışında yürütülecek olan arabuluculuk faaliyeti olarak tanımlanır. Amerika Birleşik Devletleri'nde, hakimler genellikle tarafların iradesine ya da irade aramaksızın re'sen uyuşmazlık konusu davayı arabulucuya gönderebilmektedir. Modern arabuluculuğun doğduğu devlet olan ABD'de mahkeme bağlantılı (temelli) arabuluculukta tercih edilen değerlendirici arabuluculuk modeli, işyeri uyuşmazlıklarının çözümünde ise dönüştürücü arabuluculuk modeli uygulanmaktadır. Arabulucu dönüştürücü arabuluculuk modelinde süreç boyunca karşılıklı nezaketle uyuşmazlığı nasıl çözebilecekleri konusunda tarafları cesaretlendirmektedir. Dönüştürücü arabuluculuk modelinde tarafların kendilerini tam anlamıyla ifade etmeleri ve birbirlerini tanımalarına alan oluşturulması arabulucunun görevidir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, işyeri uyuşmazlıkları için işyeri ile bağlantısı olmayan arabulucular tarafından dönüştürücü arabuluculuk modelinin uygulandığı ve olumlu sonuçlar alındığı belirtilmektedir. Dönüştürücü arabuluculuk modelinde tarafların kendi sorunları ile yüzleşmeleri ve karşı tarafın pozisyonunu anlama konusunda empati becerisi geliştirmelerine ortam sağlanır. İşyeri uyuşmazlıklarında işyerindeki ilişkilerin rehabilite edilmesi ve daha iyi bir çalışma ortamı sağlanması için sorunların arabuluculuk ile çözülmesi çalışma kültürünü de pozitif yönde değiştirerek katkı sağlamaktadır.

Amerika Birleşik Devletlerin'de kamu kurumlarında da çıkan uyuşmazlıkların kurum içi arabuluculuk ya da kurum ile bağlantısı olmayan arabulucular ile taraflar lehine kazan kazan ilkesi doğrultusunda sonuçlanması hedeflenmektedir.

Arabuluculuğun kurumsallaşması *(institutionalization),* kamu ve özel kuruluşların arabuluculuğu standart ve meşru bir süreç olarak benimsemesinde kullanılan bir terimdir. Arabuluculuğun kurumsallaşması kanunların arabuluculuğa ilişkin yerleşik ön koşullar içermesi ve tarafların davranışlarını düzenleyen arabuluculuk sürecinin farklı boyutlarını resmileştirerek arabuluculuğun sonuçlarını etkilemesi olarak açıklanabilir.

EEOC mahkeme öncesi arabuluculuk ve uzlaşma yoluyla anlaşmayı sağlamak amacıyla idari bir ajans olarak kurulan EEOC (The Equal Employment Opportunity Commission) Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu, iş ilişkilerindeki ayrımcılık iddialarını ele almaktadır. Kurum, ırk, renk, din, cinsiyet, köken, yaş ve engellilik durumlarından kaynaklanan ayrımcılığı karşı koruma sağlar.

I. Genel Olarak

Amerika Birleşik Devletleri'nde uzlaştırma ve arabuluculuk terimleri çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılmaktadır[1]. Amerika Birleşik Devletleri'nde hukuk yargılamasında hakimler, kural olarak, uzlaştırma yapamaz ve sadece hüküm verebilir. Bu durumun sonucu olarak da çeşitli başlıklar altında ortaya çıkan ve genel olarak "alternatif uyuşmazlık çözümü" olarak adlandırılan kavram doğmuştur. Son elli yıldır, arabuluculuk, Amerikan hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir[2].

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının aranması konusu ilk olarak Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ve uygulayan ülkelerde irdelenmeye başlanmış olup, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1980'lı yıllarda geliştiği görülür. Frank Sander'in 1976 yılında Amerika'daki Pound Konferansı'nda yaptığı konuşma alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başlangıcı olarak kabul edilmektedir[3]. 1990'lara gelindiğinde ise alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hukukun birçok alanında kullanılmaya başlanmış olup, iş davaları da yaygın kullanım alanlarından birini oluşturmaktadır[4].

---

[1]Anglo-Sakson hukukunda "uzlaştırma" kavramı, ticari işlerdeki arabuluculuğu ifade ederken; "arabuluculuk" kavramı, diğer uyuşmazlık alanlarındaki arabuluculuğu ifade etmektedir.

[2]Nussbaum, Lydia, "Mediation as Regulation: Expanding State Governance over Private Disputes", Utah Law Review, S.2, 2016, s.363; Hensler, Deborah, "Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Re-Shaping Our Legal System", Pennsilvania State Law Review, 2003, s.185.

[3] Goldberg, Stephen B. / Sander, Frank E.A. / Rogers, Nancy H. /Cole, Sarah Rudolph, Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes, 5. Baskı, New York 2007, s.5; Ward, Ettie, "Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts: Panacea or Pandemic?", St. John's Law Review, C.8, 2007, s.77, 81; Özmumcu, Seda, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", İÜHFM, C. LXXIV, S.2, 2016, (Zorunlu Arabuluculuk), s.820; Quek, Dorcas, "Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility Of Implementing A Court-Mandated Mediation Program", Cardozo Journal of Conflict Resolution, C. 11, 2010, s.479.

[4]Nalbant, s.116; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s.820.

RAND[5] tarafından 1996 yılında yayımlanan "Medeni Yargı Reform Kanununa göre Arabuluculuk ve Tarafsız Ön Değerlendirme Hakkında Bir İnceleme" başlıklı rapordan sonra Federal Yargı Merkezi'nce 1997 yılında hazırlanan raporlar Amerika Birleşik Devletleri'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Programları'nın kullanılmasını destekleyen ve karşı olan iki görüşün doğmasını sağlamış; Federal Bölge Mahkemelerinin, bazı istisnalar dışında bütün hukuk davalarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Programları'nı devreye sokmalarına yetki veren Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu'nun 1998 yılında Amerika Birleşik Devletleri Kongresi tarafından kabulüyle[6] mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözümünü destekleyen bir politikanın varlığı ilan edilmiştir[7].

Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanununu, federal mahkemelere bütün hukuk davalarında alternatif uyuşmazlık çözümü üretmek üzere kendi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Programlarını oluşturma yetkisini vermiştir. Bu kanuna göre, federal bölge mahkemeleri tarafsız üçüncü kişilerin seçilmesi için yöntem oluşturmak, gizlilik ve tarafsızlık hakkında yerel kurallar oluşturmak, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Programı'nı yönetmek üzere hâkim veya mahkeme personelinden bir görevli atamak zorundadır. Mahkemeler, davanın taraflarının, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini dikkate almasını gerektiren kuralları kabul etmelidir. Mahkemelerin Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu dışındaki davaları ve dava türlerini belirleme yetkisi vardır[8].

Amerika Birleşik Devletleri'nde bütün mahkemeler, tarafları davayı uzlaşmayla çözmeleri ve tarafların birbiriyle görüşmeleri konusunda teşvik etmektedir. Hâkim taraf tutmadan, bir uzlaştırmacı gibi, avukatlara yardım ederek, davalarının zayıf ve güçlü yanlarını görmelerini sağlamakla görevlidir. Bazı eyalet mahkemelerinde, özel olarak görevlendirilmiş uzlaşma yargıcının (*settlement judge*) gözetiminde, bir uzlaşma görüşmesi yapılması istenir. Taraflar ayrıca, ücret karşılığında, emekli yargıç, uzman arabulucu, hukuk fakültesi öğretim üyesi veya baro üyelerinden oluşabilecek uzlaştırmacılara da başvurabilirler[9].

Mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözümü, Frank Sander'in ortaya attığı "çok seçenekli adliye teşkilatı" görüşünün sonucudur ve günümüzde bazı adliyeler farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerini

[5] RAND, Amerika'da II. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulmuş askeri araştırma ve planlama kurumu olup, dünya çapındaki toplulukları daha güvenli, daha sağlıklı ve daha müreffeh hale getirmeye yardımcı olmak için kamu politikası sorunlarına çözümler geliştiren araştırmalar yapar. https://www.rand.org/about.html (E.T. 04.03.2023)

[6] Fiss, Owen M./Resnik, Judith, Adjudication and Its Alternatives: An Introduction to Prosedure, Foundation Press, Thomson/West, 2003, s.462; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s.820; Quek, s.479.

[7] Quek, s.479-480; Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Baskı, C.1, Yetkin Yayınları, 2016, s.362; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s.820.

[8] Brown, Henry/Marriott, Arthur, ADR Principles and Practice, London 1999, s.45; Fiss/Resnik, s.463, 464; Plapinger/Stienstra, s.2.

[9] Sander Frank E. A. "Another View of Mandotory Mediation", Dispute Resolution Magazine, C.13, S.2, 2007, s.16; Tutar/Süleymanoğlu, s.4; Quek, s.480-481; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s.821.

taraflara seçenek olarak sunar[10]. Mahkeme Bağlantılı Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Programları buna örnek olarak verilebilir[11].

Yargılama masraflarının yüksekliği, yargılamanın uzun sürmesi, davayı kazanan tarafın lehine mahkeme masraflarına hükmedilmemesi, jürinin kararının ne olacağının tam olarak bilinememesi gibi nedenlerden dolayı; uyuşmazlık çözüm yollarının gelişimi ile birlikte Amerika Birleşik Devletlerin'de, tahkikat aşamasına gelen davaların toplam sayıya oranı % 10'a kadar inmiştir[12].

II. Mahkeme Temelli Arabuluculuk

Amerika Birleşik Devletleri'nde Pound Konferansı'nda "çok kapılı mahkeme teşkilatı (*multi-door courthouse*)" kavramının tanıtımı ile Amerika Birleşik Devletleri'nin her tarafında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanımını teşvik etmek için kanunlar çıkarılmış ve mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözüm programlarının tesis edildiğini belirtmiştik[13].

Mahkeme Bağlantılı Alternatif Uyuşmazlık Çözümü programlarında en tecrübeli olan ve bütün dünyaya örnek olmuş ülke, Amerika Birleşik Devletleri'dir.[14]. Mahkeme Bağlantılı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Programları'nda amaç; uyuşmazlığı çözmek veya bu yapılamıyorsa devam eden aşamalarda (ilk derece veya temyiz mahkemelerinde) yargılamayı daha etkin ve verimli bir şekilde yürütmektir.

Mahkeme bağlantılı ve mahkeme dışı arabuluculuğun işleyişi, birkaç önemli farklılığın dışında hemen hemen aynıdır. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk programı bizzat mahkeme tarafından yürütülebileceği gibi uyuşmazlık mahkemece verilen kararla baro, kâr amacı gütmeyen kuruluşlar, diğer mahalli mahkemeler ve alternatif uyuşmazlık çözümü hizmeti veren özel kuruluşlarca sunulan mahkeme dışındaki Alternatif Uyuşmazlık Çözümü programlarına da havale edilebilir[15].

Görülmekte olan bir davanın, yargılamanın her aşamasında arabuluculuğa havale edilmesi mümkündür. Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk derece mahkemelerin yanında, federal temyiz mahkemelerinin tamamında temyiz arabuluculuğu ya da uzlaşma programları adı altında arabuluculuk uygulanmaktadır. Prosedürün tamamında taraf avukatları, arabuluculuk şeklinde yürütülen uzlaşma müzakereleri de dahil olmak üzere, uzlaşma müzakerelerine katılmaya teşvik edilmekte veya mecbur kılınmaktadır. Arabuluculuğa gönderilen davaların çoğunda arabulucu, adli görevi olmayan bir mahkeme personeli veya diğer bir tarafsız üçüncü kişidir. Federal bölge mahkemelerinde mahkemece onaylanmış

[10] Sander, s.16; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s.820.

[11] Özbek, s.358.

[12] Tutar/Süleymanoğlu, s.5.

[13] Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H./Cole, Sarah Rudolph, Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes, 5. Baskı, New York 2007, s.7; Ward, s.77, 81; Özbek, s.354.

[14] Brown/Marriot, s.84; Özbek, s.357.

[15] Özbek, s.424.

avukatlar bazı bölgelerde, sulh hakimleri ve nadiren de olsa, arabuluculuk teknikleri üzerinde eğitim almış bölge mahkemesi veya iflas mahkemesi hakimleri de arabulucu olabilirler[16].

Mahkemelerin çoğunda davalar, taraflarla birlikte gerçekleştirilecek davanın ön inceleme toplantısında, görevli hâkim tarafından arabuluculuğa havale edilir. Arabuluculuk programlarının çoğunda hakimler, tarafların rızasını almadan davaları arabuluculuğa götürmeye yetkilidirler[17].

Arabulucular genelde mahkeme tarafından belirlenen kıstaslara uygun eğitimi ve nitelikleri bünyesinde barındıran hukukçulardan (veya diğer bilim dallarındaki uzmanlardan) oluşurlar. Bazı arabuluculuk programlarında talepte bulunan taraflar, mahkemenin arabulucu listesinden veya mahkemece onaylanmış diğer bir kaynaktan arabulucu seçerler. Bazı arabuluculuk programlarında ise arabulucu seçimi, mahkeme yazı işleri müdürü veya hâkim tarafından yapılmaktadır. Federal mahkeme programlarının çoğunda taraflar, arabulucuya cari fiyat üzerinden veya mahkemece tespit edilen miktarlardan ücret öderler. Bununla beraber bazı programlarda ücretsiz hizmet verilmesi de söz konusudur[18].

Arabulucuyu dava hakkında bilgi sahibi kılmak amacıyla taraflar ilgili mahkeme evrakıyla, hukuki ve fiili durumlarını gösterir kısa notlarını arabulucuya sunmak zorunda kalabildikleri gibi bu konuda sadece teşvik de edilebilirler[19]. Sunulan notlarda uyuşmazlığın konusu, hukuki dayanakları ve uyuşmazlığın nasıl çözülebileceğine ilişkin öneriler yer alabilir.

Mahkemelerin çoğu, arabuluculuk görüşmelerine avukatların yanında tarafların da katılmalarını isteyebilir ve arabuluculuk usulüne uyma konusundaki kusurlu davranışlarını müeyyidelendirebilirler. Arabulucu ilk toplantıda, arabuluculuk usulünü taraflara açıklar, taraflardan her birinin dava hakkındaki kısa sunumlarını[20] dinler ve hukuki durumlarıyla menfaatlerini birleştirmek için taraflara sorular sorar. Programların çoğunda bundan sonra arabulucu her bir tarafla (genelde taraf ve vekilleriyle birlikte veya bazen taraf ve vekilleriyle ayrı ayrı) özel olarak görüşür (*caucus*). Böylece tarafların esaslı menfaatlerini, hukuki durumlarındaki kuvvetli ve zayıf noktalarını tespit eder ve taraflara en önemli menfaatlerini ve amaçlarını belirlemeleri için yardımcı olur. Daha sonra, ayrı ayrı ve ortak görüşmelerde, arabulucu alternatif çözüm önerileri sunmak suretiyle taraflara yardım eder. Değerlendirici arabuluculuğunun kullanıldığı mahkemelerdeki uygulama, münferit veya toplu görüşmelerde yapılan, dava sonucunun tahminine ya da değerlendirmesine göre değişir[21].

Mahkemenin dayattığı çözüm oturumlarının özel arabuluculuklara göre birçok avantajı vardır. Mahkemenin dayattığı çözüm oturumları zorunludur, ücretsizdir, yargılama öncesi aşamalarda çeşitli aralıklarla meydana gelirler ve genellikle hakimler tarafından yürütülürler. Bu hâkimler genellikle

[16] Hensler, s.361; Özbek, s.426.

[17] Plapinger/Stienstra, s. 66; Özbek, s.426.

[18] Özbek, s.427.Örneğin Kaliforniya Bölge Adliye Mahkemesinin Arabuluculuk Programında ilk üç saat ücretsizdir.

[19] Plapinger/Stienstra, s. 66; Özbek, s.427.

[20] Riskin, Leonard, Welsh, Nancy A., Is That All There Is: The Problem in Court–Oriented Mediation, 15 George Mason Law Review, C. 15, 2008, s. 914.

[21] Plapinger/Stienstra, s. 66; Özbek, s.427.

mahkemenin gidişatı, mahkeme hakiminin sonucu etkileyebilecek önceki kararları ve bu tür davalardaki jüri kararlarının mevcut eğilimleri hakkında önemli bilgilere sahiptir[22]. Bazı mahkemeler arabuluculuk toplantısını bitirme veya görüşmelerin tıkanması hususunu bildirmek konusunda arabulucuya özel olarak yetki verirken, çoğu mahkemede bu konu düzenlenmemiştir. Tarafların anlaşması halinde arabulucu, daha sonra avukatlarca tamamlanmak üzere bir anlaşma taslağı hazırlar. Tamamen anlaşmanın mümkün olmadığı durumlarda arabulucu taraflara kısmı anlaşmaya varılması konusunda da yardım eder. Herhangi bir anlaşma olmazsa yargılamaya devam edilir.[23]

III. EEOC

ABD'de, sağlam ve istikrarlı bir sanayi barışının sağlanması için işçi-işveren ilişkilerinde yaşanan anlaşmazlıkları çözmek üzere, Federal Arabuluculuk ve Uzlaştırma Servisi kurulmuş ve iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk yaygınlaşmıştır. 70'li yıllardan itibaren idari uyuşmazlıkları da içine alan programlar geliştirmiş ve arabuluculuğun etkin olarak kullanılmasını teşvik edilmiştir[24]. Ülkede, mahkeme öncesi arabuluculuk ve uzlaşma yoluyla anlaşmayı sağlamak amacıyla idari bir ajans olarak kurulan EEOC (The Equal Employment Opportunity Commission) Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu, iş ilişkilerindeki ayrımcılık iddialarını ele almaktadır[25]. Bu iddialar nedeniyle dava açmadan önce komisyona şikâyette bulunmak zorunlu ancak süreci devam ettirmek ihtiyaridir. Bununla birlikte, bu zorunlu komisyon sürecinin, mahkemeye doğrudan erişmek isteyenler için bir "bariyer" haline gelebileceği endişesi belirtilmiştir[26]. Her yıl yaklaşık 75.000-80.000 ayrımcılığı ilişkin suçlama EEOC'ye yapılır ve EEOC yaklaşık % 1'ine dava açmaktadır[27].

EEOC, 1964 Sayılı Medeni Haklar Kanunu, Yaş Ayrımcılığına İlişkin İş Kanunu, Eşit Ücret Kanunu, Engelliler Kanunu gibi federal kanunların uygulanmasını sağlayan bir kuruluştur. Genellikle bu kanunlar ırk, renk, din, cinsiyet, köken, yaş ve engellilik durumlarından kaynaklanan ayrımcılığı yasaklarlar. Ayrıca bu kanunlar misillemeden kaynaklanan iş ayrımcılığına karşı da koruma sağlar[28]. Sınıf tabanlı ya da sistematik ayrımcılık ile mücadele için EEOC vatandaşlara kaynak sağlamaktadır[29].

---

[22]Miller, Kathryn, "How to Prepare for and Participate in an Employment Mediation", Journal of Alternative. Dispute. Resolution in Employment, 1999, s. 48.

[23]Plapinger/Stienstra, s. 67; Özbek, s.428.

[24]Moore, s.74.

[25]Ebisui, Minaw/Cooney, Sean/ Fenwick, Colin, Resolving Individual Labour Disputes, A Comparative Overview, International Labour Office, Cenevre, 2016, s.316; Türk Hukukunda EEOC kurumu na benzerlik gösteren Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun da amaçlarından bir tanesi kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesidir. Bkz. Türkiye İnsa Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (RG. 06.04.2016, S. 29690) md.1.

[26]Ebisui/Cooney/Fenwick, s.13; Köme Akpulat, s.343.

[27] Bkz. http://www.eeoc.gov/stats/all.html (E.T. 17.02.2019).

[28]Green, Micheal Z. "Tackling Employment Discrimination with ADR: Does Mediation Offer a Shield for the Haves or Real Oppurtunity for the Have-Nots", Berkeley Journal of Employment & Labor Law, Cilt 26/2, 2005, s. 344; Green, Michael Z., "Proposing a New Paradigm for EEOC Enforcement after 35 Years: Outsourcing Charge Processing by Mandatory Mediation", Dickinson Law Review, C.105/3, 2001, s.307.

[29] Fincher, Richard D., "Mediatiting Class Action Litigation Involving the EEOC: Insights for Employment Mediators and Counsel", Dispute Resolution Journal, C.67. S.4, s.20.

EEOC, ABD hükümetinin yürütme organına bağlı idari bir ajanstır. EEOC üyeleri ABD başkan tarafından atanır ve Senato tarafından onaylanır. EEOC organizasyonel yapısı, ulusal ofis ve saha operasyonlarını içerir. Ulusal ofis, görevi strateji ve politikaları geliştirmek olan siyaseten atananlardan oluşan Komisyonu ifade eder. Diğer bir ulusal ofis, davaları kovuşturan Baş Hukuk Müşavirliği'dir. Saha operasyonları, bağımsız olarak ulusal ofise rapor veren bir Bölge Müdürü ve Bölge Hukuk Müşaviri tarafından yönetilen Bölge Büroları tarafından yürütülür. Bir Bölge Ofisi bünyesinde dört birim vardır: soruşturma, arabuluculuk, dava ve sosyal yardım. Sisteme giren vakalar kayıt altına alınır ve bir soruşturmacıya atanır. Daha sonra her bir vaka, iddianın önemini ve Ajans veya Bölge uygulama öncelikleriyle olan bağlantısını yansıtacak şekilde işleme koyulmak üzere değerlendirilir[30].

14 kişiden fazla işçinin olduğu işyerlerinde EEOC ayrımcılık iddialarını araştırmakla yetkilidir. Ayrımcılığın ya da ihlalin gerçekleşmesini takip eden 300 gün içinde EEOC'ye başvuru zorunluluğu bulunmaktadır. EEOC çalışanlarla görüşmek için işyerine gelebileceği gibi ayrımcılık iddiasında bulunan işçi ile işyeri dışında da görüşebilir. EEOC işvereni haberdar eder ve kendini savunması için hak tanır. İşverenler EEOC soruşturmasını arabuluculukta anlaşarak veya uzlaşarak bertaraf edebilirler. EEOC, işveren arabuluculuğa katılmak istemiyorsa ya da uyuşmazlığın çözümünün arabuluculuk ile çözülemeyeceğine kanat getirir ise uyuşmazlığı mahkemeye taşıyabilir. EEOC'ye başvuru yaptıktan 180 gün içinde bir gelişme olmazsa federal mahkemede dava açmak için bir belge (*right to sue letter*) almak işçinin sorumluluğundadır. İşçi bu belgeyi aldıktan sonra 90 gün içinde davayı açmak zorundadır. EEOC'ye başvuru yaptıktan sonra da işyeri uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulabilir. EEOC tarafından gerçekleştirilen arabuluculuk ücretsizdir[31].

EEOC aracılığıyla toplu davalar (*class action*) açılabilmektedir. Toplu dava, bir veya daha fazla kişinin daha büyük bir grup (sınıf) adına açtığı ve grubun büyüklüğünün çok olduğu ve davanın grubun tüm üyelerine katılmasının usulen uygulanamayacağı bir dava türüdür. Adı geçen davacılar sınıfın çıkarlarını temsil eder. EEOC, bir işverenin kanunla yasaklanmış eylemleri tekrar tekrar ve düzenli olarak uyguladığı durumlarda ayrımcılık kalıbı veya uygulamasının mevcut olduğunu belirtmektedir. EEOC, iddia edilen ayrımcılığın, münferit eylemler değil, işverenin başlattığı işyeri uygulaması[32] olduğunu kanıtlamalıdır[33]**.** Örneğin; EEOC, *EEOC v. Global Horizons, Inc. d/b/a Global Horizons Manpower, Inc.,Green Acre Farms, Inc., Valley Fruit Orchards, LLC.,* davasında etnik köken ve ırk ayrımcılığına ilişkin davada sayıları yüzü bulan Taylandlı tarım işçilerini savunmuştur[34].

[30]Fincher, s.21.

[31]Diekemper, Jerome A., "What's Happening in Employment Mediation", St. Louis Bar Journal, C.59, 2012, s.14; Fincher, s.21.

[32] EEOC v. Abercrombie&Fitch Store, Inc davasında şirketin kıyafet yönetmeliğine aykırı olduğu gerekçesi ile başörtüsü takan Samantha Elauf'un işe alınmadığı, dinsel ırkçılığa ilişkin açılan davada Samantha Elauf'u EEOC savunmuştur. https://www.eeoc.gov/newsroom/abercrombie-resolves-religious-discrimination-case-following-supreme-court-ruling-favor (E.T. 04.03.2023)

[33]Fincher, s.20.

[34]U.S. Equal Employment Opportunity Commission, "EEOC Settles National Origin and Race Discrimination Case on Behalf of Thai Farm Workers",08-21-2020, https://www.eeoc.gov/newsroom/eeoc-settles-national-origin-and-race-discrimination-case-behalf-thai-farm-workers (E.T: 25.05.2021)

Yasanın amacı, ayrımcılığın mağdurunu, ayrımcılık hiç yaşanmamış olsaydı olacağı (veya hemen hemen aynı) konuma getirmektir. Yardım türleri, ayrımcı eyleme ve mağdur üzerindeki etkisine bağlı olarak değişmektedir. Örneğin, bir kişi ayrımcılık nedeniyle bir işe terfi edilmemişse, çare kişinin o pozisyona terfi edilmesi ve/veya kişinin mahrum kaldığı faydaların ödenmesini içerebilir. İşverenin ayrımcı uygulamaları durdurması ve gelecekte ayrımcılığı önlemek için adımlar atması istenmektedir. Ayrımcılık mağduru ayrıca avukatlık ücretlerini, bilirkişilik ücretlerini ve mahkeme masraflarını da geri alabilir.

Bir kişinin ırkına, rengine, ulusal kökenine, cinsiyetine (hamilelik, cinsel kimlik ve cinsel yönelim dâhil), dinine, engelliliğine veya genetik bilgilerine dayalı ayrımcılık içeren durumlarda tazminata ve cezalandırıcı tazminata (*punitive damages*)[35] hükmedilebilir. Telafi edici tazminatlar, mağdurlara ayrımcılık nedeniyle ortaya çıkan, cepten yapılan harcamaları (iş arama veya tıbbi masraflar gibi) geri ödenir ve maruz kaldıkları duygusal zararları (zihinsel ızdırap, rahatsızlık veya hayattan zevk alma kaybı gibi) tazmin edilir.

Özellikle kötü niyetli veya pervasız bir ayrımcılık eylemi gerçekleştiren bir işvereni cezalandırmak için cezalandırıcı tazminata hükmedilebilir. Bir kişinin geri alabileceği tazmin edici ve cezai zararların miktarı konusunda sınırlamalar vardır. Bu limitler işverenin büyüklüğüne göre değişmektedir: 15-100 çalışanı olan işverenler için sınır 50.000 Dolar, 101-200 çalışanı olan işverenler için sınır 100.000 Dolar, 201-500 çalışanı olan işverenler için sınır 200.000 Dolar, 500'den fazla çalışanı olan işverenler için sınır 300.000 Dolar'dır[36].

Hasar tavanları, bir davada her bir mağdur tarafa (her davacıya) uygulanır. Başka bir deyişle, 3 davacının olduğu bir davada, 300.000 Dolar üst sınır 3 kez uygulanacak ve işveren-davalıdan toplam 900.000 dolar tazminat ve cezai tazminat ödemesi istenebilecektir. Örneğin, mahkeme Norfolk Southern Railway aleyhine 10.5 milyon Dolarlık engelli ayrımcılığı işlendiğine ilişkin karara varmasına rağmen, şirketlerin ödemeleri gereken tazminat miktarını sınırlayan federal yasa gereğince yalnızca 396.521 Dolar'ın ödenmesine karar vermiştir[37].

Doktrinde, işyerinde ayrımcılığı yasaklayan yasaların bir bütün olarak Afrikalı-Amerikalılar için ekonomik koşulları iyileştirdiği ve daha fazla Afrika kökenli Amerikalının orta sınıf statüsüne ulaşmasında büyük önem arz ettiği belirtilmektedir[38]. Hakları ihlal edilenler adına, öncelikle bir araştırma evresi ve gerekli görülürse arabuluculuk safhası geçirdikten sonra, EEOC dava açabilmektedir.

---

[35] Zarara sebep olan kişinin kötü niyetinden ve başkalarının haklarını pervasızca önemsememesinden kaynaklanan ölçüsüz davranışları nedeniyle bu kişinin sebep olduğu zararın üzerinde bir tazminat ödemesini öngören özel bir hukuki yaptırımdır. Bkz. Başoğlu, Başak, "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1-2, 2016 İstanbul, s.617.

[36] U.S. Equal Employment Opportunity Commission, "Remedies For Employment Discrimination", https://www.eeoc.gov/remedies-employment-discrimination (E.T. 24.05.2021)

[37] Squar Botton Blog, "Employment Law Worldview", https://www.employmentlawworldview.com/statutory-damage-caps-save-companies-millions/ (E.T. 24.08.2021)

[38] Green, EEOC, s.307; Turner, Ronald, "Thirty Years of Title VII's Regulatory Regime: Rights, Theories, and Realities", Alabama Law Review, C.46, 1995, s.375-474.

Geçmişte EEOC'nin ücrete ilişkin ayrımcılıkla veya işyeri ayrımcılığı ile ilgili test programları olmuştur. İhlalin gerçekleşme ihtimali olan kuruma değişik azınlık gruplarından veya kadın başvurucular gönderilir. Beyaz veya erkek olan bir meslektaşı ile aynı şartlarda tercih edilip edilmeyeceği test edilmektedir. ABD'de aynı koşullarda çalışan erkekler, kadın meslektaşlarına göre en azından %25 daha fazla kazanmaktadır. EEOC azınlıkların ve kadınların ücret eşitliğine ilişkin konularını önceliği haline getirmiştir[39].

EEOC, özel sektörde iş uyuşmazlıkları çözüm programına katılanların %90'ından fazlasının süreci tekrar kullanacaklarını söylediğini bildirmiştir[40]. Taraflar %92 oranında arabuluculuğun adil olduğunu düşünmektedirler[41].

EEOC, kendi adına alternatif uyuşmazlık çözümü taahhüdünde bulunmaktadır. Örneğin, "Eşit İstihdam Fırsatını Teşvik Etmeye Yönelik Ajans Programı", federal kurumların çalışanlarına alternatif uyuşmazlık çözümü sağlamasını ve şikâyetleri olabildiğince erken çözmeye çalışmasını zorunlu kılmaktadır. Neredeyse tüm federal kurumlar artık kurum içi alternatif uyuşmazlık çözümü sunmaktadır[42].

İdare ile kamu çalışanı arasında da devam eden iş ilişkisinin korunması hedeflendiği için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tercih edilmektedir. İşyeri uyuşmazlıklarında işyerindeki ilişkilerin rehabilite edilmesi ve daha iyi bir çalışma ortamı sağlanması için sorunların alternatif yöntemlerle çözülmesi çalışma kültürünü de pozitif yönde değiştirerek katkıda bulunmaktadır[43].

Irk, din, cinsiyeti köken, renk, yaş ve engellik nedeniyle ayrımcılığa maruz kalan federal düzeydeki idarelerde çalışanların idare ile uyuşmazlıklarının giderilme süreci[44] olayın gerçekleşmesinden itibaren 45 gün içinde çalışanın EEOC temsilcisine/ danışmanına başvurması ile herhangi bir usule bağlı olmayarak başlamış olur[45]. Ön şikâyet (*pre- complaint*) ya da danışma safhası olarak adlandırılan bu aşamada EEOC temsilcisi şikayet sahibine hakları, yükümlülükleri ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında bilgi verir. Temsilci, ilgili bilgi ve belgeleri inceleyerek, tanıkları dinleyerek, sınırlı bir soruşturma gerçekleştirir ve bir çözüm elde etmeye çalışır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında bilgi sahibi olan şikâyetçi

[39]Green, EEOC, s. 314.

[40]Bingham, Lisa Blomgren, "Employment Dispute Resolution: The Case for Mediation", Conflict Resolution Quarterly, C.22, S.12, 2004, s. 148; Senger, Jeffrey M., Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government, San Francisco 2003, s.130-131.

[41]Varma/Stallworth, s. 73.

[42]Berger, s.509; Hallberlin, Cynthia J., "Transforming Workplace Culture Through Mediation: Lessons Learned From Swimming Upstream", Hofstra Labor & Employment Law Journal, C.18, 2001, s.375.

[43]Senger, s.128; Bingham, Lisa B./Napoli Lisa-Marie, "Employment Dispute Resolution and Workplace Culture: The REDRESS Program at the United States Postal Service", Federal Administrative Dispute Resolution Desk Book, (Ed.) Breger, Marshall J./Schatz, Gerald S./Laufer, Deborah Schick, American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Practice, Chicago III, 2001, s. 524; Arat, Nilay, "Türk İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, s.59.

[44] 29 Code of Federal Regulations md. 1614.101 ile 1614.110 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bkz. https://www.ecfr.gov/current/title-29 (E.T.04.03.2023).

[45]Senger, s. 131-133; Çalışan kişinin, kendisine ayrımcılığa ilişkin şikayet imkanı veren, toplu iş sözleşmesine tabi olduğu durumlarda sahip olduğu bu imkan ile EEOC usulü arasında bir tercih yapabilmesi söz konusudur. Bkz. Arat, s. 60.

bu yöntemler ya da ön şikâyet prosedürü arasında bir tercihte bulunur[46]. Ön şikâyet süreci 30 günde tamamlanmalıdır. Şikâyetçi bu süre dolmadan yazılı olarak uzatma talebinde bulunabilir. Bu süre de 60 günü geçemez. Herhangi bir sonuca ulaşılamaması durumunda EEOC temsilcisi şikâyetçi ile son görüşmelerini yapar ve sonraki sürece ilişkin usuller konusunda bilgiler verir[47]. Bu aşamada şikâyet sahibi izin vermedikçe kimliği açıklanmaz[48].

Ön şikâyet prosedüründen bir sonuç alınamadığı durumlarda resmi süreç başlatılabilir[49]. İdare şartların sağlanmaması nedeniyle başvuruyu reddetmişse gerekli soruşturmayı 180 gün içinde gerçekleştirerek olaya ilişkin bir karara varmak ve bu durumu şikâyet sahibine açıklamakla yükümlüdür[50]. Bu durumda şikâyet sahibi şikâyetinden vazgeçmek, nihai bir karar talep etmek ve EEOC tarafından düzenlenecek bir duruşma talep etmek seçimlik haklarında birini 30 gün içinde kullanmakla yükümlüdür[51]. Şikâyet sahibinin EEOC prosedürü ve süreç sonunda federal mahkemelerde itiraz hakkı bulunurken idarenin sadece EEOC'ye başvuru hakkı bulunmaktadır ve yargı yoluna gidememektedir[52]. EEOC'ye ilişkin mevzuatta ayrımcılık şikâyetlerine ilişkin sürecin erken safhasında uyuşmazlığın giderilmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idarelerce uygulaması teşvik edilmektedir[53].

Federal hükümetin iş davaları için alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerini kullandığında maliyet tasarruflarını tahmin etme çabaları olmuştur. Adalet Bakanlığı aynı uyuşmazlık üzerine arabuluculuk için ortalama 1.007 Dolar ve dava etmek için 17.000 Dolar harcandığını tahmin etmektedir. Hava kuvvetleri yaptığı kurum içi araştırmada iş uyuşmazlıklarının çözümü için arabuluculuk kullandığında 14.000 Dolar ve 276 çalışma saatinden tasarruf ettiğini belirtmektedir.[54]

IV. Dönüştürücü Arabuluculuk ve REDRESS

Dönüştürücü arabuluculuk modeline ABD'de iş uyuşmazlıklarında sıklıkla başvurulmaktadır. Dönüştürücü arabuluculuk modelinde bireylerin problemlerle mücadele etme yetisi kazanmalarına ve tarafların birbirinin görüşlerine ilişkin olarak bakış açılarının, değerlerinin ve menfaatlerinin kabul edilmesine veya empati kurmaya olanak sağlanır[55]. Bu model ile işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar

[46] 29 Code of Federal Regulations 614.105 (a) Bkz. https://www.ecfr.gov/current/title-29 (E.T.04.03.2023).

[47] 29 Code of Federal Regulations 1614.105(e) Bkz. https://www.ecfr.gov/current/title-29 (E.T.04.03.2023.)

[48] 29 Code of Federal Regulations 1614.105(g) Bkz. https://www.ecfr.gov/current/title-29 (E.T.04.03.2023).

[49] Lofaro, Anthony, "ADR in Federal Work Place How It Can Help and Some Cautions to Observe Federal Administrative Dispute Resolution Desk Book, (Ed.) Breger, Marshall J. /Schatz, Gerald S./Laufer, Deborah Schick, American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Practice, Chicago III, 2001, s. 407-408; Senger, s. 133; Arat, s. 60.

[50] 29 Code of Federal Regulations 1614.106 (e) (2) Bkz. https://www.ecfr.gov/current/title-29 (E.T.04.03.2023).

[51] 29 Code of Federal Regulations 1614.108 (f) Bkz. https://www.ecfr.gov/current/title-29 (E.T.04.03.2023).

[52] 29 Code of Federal Regulations 1614.404 ile 1614.408 arasında düzenlenmiştir. Bkz. https://www.ecfr.gov/current/title-29 (E.T.04.03.2023).

[53] Lofaro, s. 408-409; Senger, s. 133; Arat, s.60-61.

[54] Bingham, Employment Dispute Resolution, s. 148; Senger, Jeffrey M., Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government, San Francisco 2003, s.128.

[55] Nabatchi, Tina/ Bingham, Lisa, "Transformative Mediation in USPS Reddress Program: Observations of ADR Specialists", Hofsra Labor & Employment Law Journal, 2001, C.18, 2001, s.399; Aiwazian, Arby, "Transformative

dava yoluna gitmeden hallolabilir. Daha fazla sabır, zaman ve emek isteyen bir yöntemdir. Dönüştürücü arabuluculuk ile sosyal yaşamın katmanlarına ilişkin çatışmaların derinlemesine halledilmesi hedeflenmektedir[56].

REDRESS (Resolve Employment Dispute Reach Equitable Solutions Swiftly) Programı, USPS (United State Postal Service- Amerika Birleşik Devletleri Posta Hizmetleri) tarafından gerçekleştirilen dönüştürücü arabuluculuğun büyük ve başarılı uygulamalarından biridir. REDRESS, Amerika Birleşik Devletleri Posta Hizmetleri çalışanlarına işyeri arabuluculuğunu getiren program olarak da bilinir. Bu program, 1994 yılında Florida Panhandle Bölgesi'nde EEOC şikâyeti üzerinde kolaylaştırıcı arabuluculuğun uygulandığı pilot program olarak başlamıştır[57]. EEOC şikâyetlerini daha hızlı şekilde çözüme kavuşturmayı hedefleyen program 1997 yılına kadar kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini 1998'den itibaren ise dönüştürücü arabuluculuk modelini kullanmıştır[58].

REDRESS Programı çalışanların eşit fırsatlara sahip olmadıklarına ilişkin iddialarını ileri sürdükleri uyuşmazlıklarda, özellikle dönüştürücü arabuluculuk yöntemini uygulayarak uyuşmazlıkları çözümlemeyi hedeflemekteydi[59]. Programın başlamasından itibaren iki yıl içinde şikâyetlerde %30 oranında düşüş kaydedildiği belirtilmektedir. Yirmi bine yakın davanın %80'i REDDRES başlığı altında arabuluculuk usulü kullanılarak sonlandırılmıştır. 1994 ile 2005 yılı arasında yürütülen arabuluculuk sayısı altmış bini aşmıştır[60].

REDRESS programı ile yöneticiler ve çalışanlar arasında iletişim olumlu yönde gelişmiş, aktif dinleme ve doğrudan iletişim teşvik edilerek işyeri ortamı daha verimli hale gelmiş ve şirket kültürü geliştirilmiştir. Program, arabuluculukta uyuşmazlığı yönetme becerilerinin inşa edilmesinde önemli rol oynamıştır[61].

REDRESS programı aracılığıyla EEOC personelinin eğitim alması sağlanmış, eğitim alan arabulucuların dönüştürücü arabuluculuk modelini uygulayıp uygulamadığı, uyguluyorsa hangi seviyeye kadar uyguladığı gözlemlenmiştir. USPS tarafından istihdam edilen ve görevlendirilen alternatif

---

Mediation Empowering the Oppressed Voice of a Multicultural City to Foster Strong Democracy", The Scholar, C.11, 2008, s.35-36; Özmumcu, Dönüştürücü, s. 326, 343.

[56]Özmumcu, Dönüştürücü, s. 356.

[57]Nabatchi/Bingham, s.403-404; Bingham, Lisa/Yuseok, Moon/Gregory, Chesmore "Mediating Employment Disputes at the United States Postal Service, A Comparison of In-House and Outside Neutral Mediator Models", Review of Public Personnel Administration, 2000, s.6; Halberlin, Cynthia J., "Transforming Workplace Culture Through Mediation: Lessons Learned From Swimming Upstream", Hofstra Labor & Employment Law Journal, C.18, S.2, 2001, s.377; Bingham, Lisa, Employment Dispute Resolution, s.157; Bingham, Lisa "Transformative Mediation at the United States Postal Service", Negotiation and Conflict Management Research, C. 5, S.4, 2012 s.354; Bingham, Lisa B./Pitts, David W., "Highlights of Mediation at Work: Studies of the National REDRESS Evaluation Project", Research Report, Negotiation Journal, 2002, s.136.

[58]Bingham, Transformative, s.354; Bingham/Yuseok/Gregory, s.6.

[59]Özmumcu, Dönüştürücü, s.349; Bush/Folger, 2013, s.107.

[60]Bush/Folger, 2013, s.107; Aiwazian, s.36; Siedel, George, "The Role of Business Deal Making and Dispute Resolution in Contributing to Sustainable Peace", American Business Law Journal, C. 44, S.2, 2007, s.387-388.

[61]Nabatchi/Bingham, 2001, s.404; Bingham/Pitts, s. 136.

uyuşmazlık çözümü uzmanları aracılığıyla dönüştürücü arabuluculuğu uygulamayan ya da az seviyede uygulayan arabulucuları eleyen bir değerlendirme sistemi kullanılmıştır[62].

Bu Programda, USPS sadece dışarıdan profesyonel arabulucular ile çalışmış, arabuluculuk faaliyetini yürütmesi için kendi çalışanlarını eğitme yolunu tercih eden diğer şirketlerin uygulamalarını dışlamıştır. Uygulamanın önyargıları bertaraf etmesi ve arabuluculuk programına olan güveni artırdığı belirtilmiştir[63]. EEOC şikayetlerinin gözle görülür şekilde azalması program aracılığıyla çalışanların uyuşmazlıklarını kendilerinin çözme becerilerinin güçlendirilmesi yoluyla çalışanlar arası ilişkilerin pozitif şekilde değiştiğini göstermiştir[64]. Özellikle işyeri uyuşmazlıklarında dönüştürücü arabuluculuk modelinin önemini ortaya çıkarmıştır[65].

USPS, etkili kurum içi uyuşmazlık çözümü süreci olarak dönüştürücü arabuluculuk modeline kendi avukatlarını da dahil ederek REDRESS II programını başlatmıştır. REDRESS II programında USPS avukat ve temsilcileri EEOC tarafından iletilen her bir şikâyeti yeniden değerlendirip inceleyerek arabuluculuk için uygunluğuna karar vermektedir. Avukatlar arabuluculuk veya dava süreci için USPS yöneticisi ile iletişim kurmaktadır. Şikayetçi arabuluculuğa katılmaya rıza gösterdiğinde USPS'nin alternatif uyuşmazlık çözümü uzmanları arabulucuyu görevlendirmek, istihdam etmek, arabuluculuğun gerçekleşeceği yeri ayarlamak, tüm katılımcıları davet etmek vb. faaliyetleri düzenleme sorumluluğunu üstlenmektedirler.

REDRESS II Programı'nın uygulanmasında öncelikle avukat olan ve olmayan temsilcilerin dönüştürücü arabuluculuk eğitimi alması sağlanmıştır. USPS bazı iş uyuşmazlıklarının dava yoluyla çözüme kavuşturulmasını da onaylamıştır. Sonuç olarak, REDRESS I programı ile resmi şikayetlerin sayısı dönüştürücü arabuluculuk etkisi ile azaltılmıştır. REDRESS II programı ile federal mahkemelerde açılan davalarda dönüştürücü arabuluculuk kullanılarak şikâyetlerin sayısının azaldığı görülmüştür [66].

Amerika Birleşik Devletleri Posta Servisi (USPS), 800.000'den fazla çalışanıyla en büyük federal işverendir. Arabuluculukların ortalama dört saat sürdüğü ve % 60 ila % 80 arasında dosya kapatma oranı olduğu belirtilmiştir. USPS, yılda on bin ila on dört bin vakada kullandığı beş yıllık bir süre boyunca arabuluculuk sürecinden ve arabuluculardan %90'ın üzerinde memnuniyet oranı olduğunu bildirmektedir[67].

V. Arabuluculuğun Kurumsallaşması

Amerika Birleşik Devletlerin'de federal ve eyalet düzeyinde arabuluculuğa ilişkin düzenleme içeren 2500'den fazla kanun bulunmaktadır[68]. Amerika Birleşik Devletleri'nde son elli yılda, alternatif uyuşmazlık

[62]Bush/Folger, 2013, s.107; Bingham vd., 2000, s.7; Nabatchi/Bingham, 2001, s.404.
[63]Nabatchi/Bingham, s.405; Özmumcu, Dönüştürücü, 346.
[64]Bingham, Employment Dispute Resolution, s.158; Özmumcu, Dönüştürücü, 346.
[65]Özmumcu, Dönüştürücü, s.346; Nabatchi / Bingham, s.405.
[66]Intrater, Karen A./Gann, TraciGabhart, "The Lawyer's Role in Institutionalizing ADR", Hofstra Labor and Employment Law Journal, C. 18/2, S.6, 2001, s.476-477.
[67]Bingham, Employment Dispute Resolution, s. 148.
[68]Zahorka, s. 3; Lembke, Mark, Mediation im Arbeitsrecht, Heidelberg 2001, s.72.

çözüm hareketinin en büyük katkılarından biri, bir uyuşmazlıkta anlaşmaya çalışmanın zayıflık işareti sayılmasını bir tarafa bırakarak uyuşmazlığa düşen taraflara yardım etmektir[69].

Amerika Birleşik Devletleri genelinde eyalet yasama organları özel kişilerin anlaşmazlıklarını nasıl çözeceğini dikte eden arabuluculuğa ilişkin kanun maddeleri yayımlanmaktadır. Yasama meclisleri, arabuluculuk sürecini formalize eden kanunlar ile arabuluculuk sürecinin sonucunu ve tarafların davranışlarını belirlemede giderek daha fazla yetkilidirler. Sonuç olarak, arabuluculuk, kamu ve özel uyuşmazlık çözümü arasındaki eski sınırları yeniden çizen devlet müdahalesi için yeni bir araç haline gelmiştir[70].

Arabuluculuğa ilişkin mevzuat, uyuşmazlık çözümü üzerindeki yetkiyi devletten özel taraflara verir. Tarafların doğrudan müzakere etmeleri için fırsatlar yaratarak ve ihtilaflarını devlet kararı olmadan ancak devlet tarafından ortaya konan usul kuralları dahilinde çözmek için fırsat sunar. Klasik olarak gizlilik, kayıt dışılık ve katılımcı odaklı çözüm ile karakterize edilen arabuluculuk gibi bir süreç neden kural tabanlı bir şekilde oluşturulmuştur sorusu gündeme gelmektedir. Yönetim teorisi, hükümetler ile devlet ve yönetilen arasındaki ilişkiyi araştırır[71]. Bu ilişkiyi karakterize etmek için birçok farklı model vardır; örneğin, bir hükümet, düzenleyici yaklaşımında müdahaleci olabilir veya serbest bırakan, "laissez-faire" (bir diğer ifadesi ile serbest piyasa ekonomisi) bir tavır kabul edebilir[72]. Merkezi olmayan yönetimi canladıran teorinin arkasında, devletlerin sosyal refahını geliştirmek üzere denetimi altındaki kurumlara bir miktar özerklik ve karar verme gücünü geri kazandırması vardır. Merkeziyetçi yönetimin adeta "usul mimarisi" yoluyla[73] özel tarafların ihtilaflı işlemlerini resmileştirmek, taraflar arasında dengeli müzakereleri teşvik edebilir. Ancak, aynı zamanda taraflara prosedür anlamında fazladan karmaşa yaratma potansiyeli ve tarafların asimetrik müzakere gücü nedeniyle, gücü az olan tarafı daha dezavantajlı konuma getirebilir[74].

Arabuluculuğun kurumsallaşması: kanunların arabuluculuğa ilişkin yerleşik ön koşullar içermesi ve tarafların davranışlarını düzenleyen arabuluculuk sürecinin farklı boyutlarını resmileştirerek arabuluculuğun sonuçlarını etkilemesi olarak açıklanabilir. Kanunların arabuluculuğa ilişkin kurallar içermesine bazı eyaletlerde malpraktis davalarında davadan önce arabuluculuğun zorunlu tutulması, Colorado eyaletinde işyerinde emziren annelere yasal koruma sağlayan *Emziren Anneler İçin Konaklama Yasası* ile işyerinde pompa veya emzirme hakkının anneye sağlanması ve işverenlerin işçilerin bu hakkı kullanabilmesi için makul çaba sarf etmeleri[75] hakkı ihlal edilen işçinin, dava açmadan önce işveren ile

[69]Reuben, Richard C., "Tort Reform, Renews Debate Over Mandatory Mediation", Dispute Resolution, C.13, S.2, 2007, s.13; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s.826.

[70]Nussbaum, s.361-362.

[71] Nussbaum, s.363-395.

[72]Nussbaum, s.363 ve s.395-403.

[73]Aynı yönde tartışma için Bkz. Özekes, Muhammet, "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım / Evaluation of Mandatory Mediation With Regard to Right to an Effective Remedy and Principles of Mediation". Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 2018, s. 111-136.

[74]Nussbaum, s. 363.

[75]Colorado Revised Statutes. Annual § 8-13.5-101 https://leg.colorado.gov/sites/default/files/images/olls/crs2020-title-08.pdf (E.T.04.03.2023).

arabuluculuk görüşmelerinde bulunmak zorunda olması gibi örnekler verilebilir[76]. Sürecin farklı boyutlarında usul kuralarının getirilmesine sigortaya ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğu zorunlu kılan Kaliforniya eyaletinde, sigortalı taraf yasal temsilciden yoksunsa sigortacıların yasal temsilcisinin, arabuluculuğa katılmasının yasaklaması örnek olarak verilebilir[77].

Arabuluculuğu diğer uyuşmazlık çözüm süreçlerinden farklı kılan yapılar bakımından arabuluculukta yatay bir yapı vardır denilebilir; tüm sonuçlar fikir birliği gerektirir ve görüşmeler gizlidir. Devletin arabuluculuğu zorunlu kılması ile yatay yapıdan dikey yapıya geçildiği belirtilebilir[78]. Arabuluculuğun kurumsallaşması *(institutionalization),* kamu ve özel kuruluşların arabuluculuğu standart ve meşru bir süreç olarak benimsemesinde kullanılan bir terimdir[79]. Yukarıdan aşağıya bir yapıyı temsil eder.

Arabuluculuk, müzakerelerin çözümü için yararlı bir yapı sağlayarak, verimlilik ve reform hedefine yardımcı olabilir[80]. Uyum ve başlangıçta gerçekleşen doğrudan taraf müzakerelerinin aksine, arabuluculuk süreci, tarafların birlikte oturmaları için genellikle aynı toplantı alanını ve masayı paylaşan bir toplantı zamanı ve yeri yaratarak bir yatışma duygusu aşılar.

Arabuluculuğu savunanlar, mevzuatın arabuluculuk müzakerelerine ilişkin dayattığı yapı ile müzakerelerin daha az çekişmeli hale gelebileceğini, yanlış varsayımların düzeltilebileceğini ve mantıksız taleplerin (müvekkillerden ve karşı taraflardan gelen) sorular soran ve anlamı netleştiren arabulucular tarafından kontrol edilebileceğini gözlemlemişlerdir. Arabulucu böylelikle taraflar ve avukatları arasında doğrudan veya gizli iletişim sağlayarak bilgi engellerini aşabilir[81]. Tarafların kendi çözümlerini geliştirme durumu, tarafların özel ihtiyaçlarına cevap verebilir, arabuluculuk tarafları, mahkemelerin sunamadığı yaratıcı çözümler geliştirebilirler[82].

Aslında, bir araya getirildiğinde, sivil söylemi ve toplumu bir bütün olarak iyileştirici olması, arabuluculuğun olumlu etkileri olarak sayılabilir. Amerika Birleşik Devletleri tarihinde arabuluculuğun kurumsallaşmasının kolay ilerlemediği belirtilebilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde beyaz olmayan

[76]Colorada Revised Statutes. § 8-13.5-104(5) https://leg.colorado.gov/sites/default/files/images/olls/crs2020-title-08.pdf (E.T.: 04.03.2023).

[77]California Insurance. Code § 10089.80 (b) https://leginfo.legislature.ca.gov (E.T. 04.03.2023)

[78]Nussbaum, s. 366; Yazzie, Robert, "Life Comes From It"; Navajo Justice Concepts, 24 N.M. L. Rev., 1994, s. 175, 177-178, 180.

[79]Nussbaum, s. 372; Bazıları kurumsallaşmış arabuluculuğu yalnızca tarafların resmi bir mahkeme duruşmasından önce arabuluculuk yapmasını gerektiren mahkeme bağlantılı arabuluculuk olarak değerlendirir. Bkz. McAdoo, Bobbi/Welsh Nancy, A./Wissler Roselle L., "Institutionalization: What Do Empirical Studies Tell Us About court Mediation?", Dispute Resolution Magazine, C.9, S.2, 2003, s.8-10.

[80]Müzakereler yoluyla, mahkeme dışı müzakerelerin iyileştirilmesinin mahkemelere olan bağımlılığı da azaltacağını düşünülmektedir. Dolayısıyla, bir yandan reform savunucuları, arabuluculuğun değerini, resmi olmayan ve daha az yapılandırılmış bir prosedür olarak yargılama, diğer yandan arabuluculuğun doğrudan taraf müzakerelerinde formalitenin dayatılması olarak görmektedir. Bush Robert A. Baruch. "What Do We Need a Mediator for? Mediation's "Value-added" for Negotiators", Ohio State Journal on Dispute Resolution, C 12/1, 1996, s.13.

[81]Bush, s.12-15; Nussbaum, s.377.

[82] Adaletin sağlanmasında mahkemelerin "sınırlı iyileştirici tahayyülü", tarafların hangi olası çözümleri geliştirebileceğini kısıtlar bkz. Nussbaum, s. 377.

topluluklar, kadınlar ve sosyo-ekonomik açıdan dezavantajlılar gibi toplumların, marjinal gruplarının adalete erişiminin iyileştirebileceğine inanmayanlar çoğunluktaydı[83]. Oklahoma'nın 1983 tarihli Uyuşmazlık Çözümü Yasasının amacı adil, etkili, ucuz ve hızlı olan anlaşmazlık çözüm süreçlerine kolay erişimi sağlamaktı. Bu yasa ile Oklahoma'da arabuluculuk programları oluşturmak için herhangi bir il, belediye, akredite hukuk okuluna veya bu eyaletteki kurumlara yetki verilmişti ve mahkemelerin idari müdürünü programları yönetmek ve kuralları ve yönetmelikleri yürürlüğe koymak için görevlendirilmişti. Günümüzde çoğu kamu kurumu kendi arabulucularını istihdam etmekte, arabuluculuk hizmetleri için özel arabulucularla sözleşme yapılmakta veya ihtilaflı tarafları bağımsız bir arabuluculuk merkezine yönlendirmektedir[84].

VI. İşyeri Arabuluculuğu (Kurum içi Arabuluculuk)

ABD şirket kültüründe geçmişte şirket çalışanları ve yöneticileri çalıştıkları şirketleri adeta bir gündüz ailesi olarak ifade edebilirlerdi[85]. Yirminci yüzyılın sonunda iş koşulları önemli ölçüde değişti. Küreselleşme, rekabet alanını genişletti, iç ve dış pazarlar arasındaki ayrımı bulanıklaştırdı ve şirketleri kâr hanesine her zamankinden daha fazla dikkat etmeye zorladı[86]. Günümüzün başarılı çalışanı, akıllı ve yetenekli, özellikle de yeni beceriler öğrenme kabiliyetine sahip biri olarak tanımlanmaktadır. Şirkete sadakatle bağlılık önemli bir özellik olmaktan çıkmıştır. Yirminci yüzyılın sonunda, işten çıkarmaların ayrımcılığa dayandığını iddia edilen şikayetler maalesef fazlalaşmıştır[87].

Arabuluculuk, her iki tarafın çıkarlarını ve ihtiyaçlarını karşılayan bütünleştirici, "kazan-kazan" çözümlerin olasılığını sunar. Bazen de duygusal katarsis için bir fırsat verir, taraflar arasındaki ilişkileri korumaya veya onarmaya yardımcı olur ve çatışma yönetiminden daha geniş bir eğitim sağlar[88]. Yazarlar tipik arabuluculuk sürecini şu şekilde tanımlamaktadır: Başlangıçta taraflar arabulucu veya arabulucularla görüşecek ve sürecin nasıl işleyeceği üzerinde anlaşacaklar; daha sonra, arabulucu ile neler olduğunu ve bu konuda nasıl hissettiklerini keşfedeceklerdir. Taraflar ilk görüşlerini ifade ettikten sonra, arabulucu, hangi seçeneklerin çözüm için temel teşkil edebileceği konusunda çözüm ve anlaşma yollarını değerlendirmeye doğru hareket eder. İlk oturum genellikle tüm tarafların katılımıyla gerçekleşir. Ardından arabulucu ile taraflar arasında, şartlar oluştuğunda yeniden bir araya gelmeden önce bir veya daha fazla özel oturum yapılabilir. Arabulucu, tipik olarak, taraflar arasında bir uzlaşma pozisyonu elde edilene kadar her iki tarafın konumunu diğer tarafa açıklayarak (tarafların izin verdiği ölçüde), taraflar arasında ileri geri

[83]Nussbaum, s. 378; Ackerman, Robert M., "Disputing Together: Conflict Resolution and the Search for Community, Ohio State Journal on Dispute Resolution, C.18, S.1, 2002, s.27, 71.

[84]Nussbaum, s.380; Cole, Sarah, R./McEwen A. Craig/Rogers H. Nancy, Mediation: Law, Policy & Practice, New York, 2018, s.72.

[85]Berger, Vivian, "Employment Mediation in the Twenty-First Century: Challenges in a Changing Environment", C.5/3, 2003, s. 490.

[86]Berger, s. 490; Estlund, Cynthia L., "The Changing Workplace As a Locus of Integration in a Diverse Society, Columbia Business Law Review, C.2, 2000, s.331, 354-55.

[87] Mayer, MattA, The Use of Mediation in Employment Discrimination Cases, Journal of Dispute Resolution, S.153, 1999, s. 163; Berger, s. 493.

[88] McAdoo, Bobbi, "The Growing Gap Between Theory and Practice", Journal of ADR in Employment, 2000, s.8-9; Berger, s. 508.

'mekik' dokur. Süreç boyunca arabulucu, tarafların arabuluculuğun hem sürecini hem de sonucunu kontrol altında tuttuğunu vurgular[89]. Arabuluculuk sürecinde alternatiflere sahip olmanın tarafları güçlendirdiği ve çalışanın dava dahil olmak üzere elindeki tüm seçeneklerinden haberdar olmasını sağlamanın arabulucuların etik yükümlülüğü olduğuna da dikkat çekilmelidir[90]. Colorada Arabulucular için Profesyonel Yönetim mevzuatında arabuluculuk müzakerelerinin adil, düzenli ve tarafsız bir şekilde yürütülmesi ve sonuçlandırılması için taraflardan birinin ek bilgiye ya da yardıma ihtiyacı olması durumunda arabulucu söz konusu tarafı faydalı olacak kaynaklara yönlendirmekle yükümlüdür ifadelerine yer vermiştir[91].

Davadan daha hızlı ve basit olan arabuluculuk aynı zamanda hem parasal hem de parasal olmayan tasarruflar sağlar. Parasal tasarruflar, avukat kullanmak, keşif yapmak ve tarafları ve tanıkları olağan üretken faaliyetlerinden uzaklaştırmakla bağlantılı maliyetlerdeki düşüşleri içerir. Parasal olmayan tasarruflar ise tipik olarak yasal prosedürlerin uzunluğu ve yıpratıcılığı nedeniyle stres ve endişe altında olmamak olarak örneklendirilebilir.

Arabuluculuk ek olarak, mahkemelerde ve kurumlarda birikmiş işlerin tıkanıklığını azaltır. Ancak gerçekçi olarak, gizli toplantıyı mantıklı bir şekilde kullanabilecek tarafsızlığın varlığı, pazarlık sürecini önemli ölçüde iyileştirir. Örneğin, bir arabulucu, tarafların davalarının güçlü ve zayıf yönlerini değerlendirmelerine yardımcı olarak ihtiyaç duyulan bir gerçeklik kontrolü sağlayabilir. Bu kontrol tarafların anlaşmaya varma şansını artırabilir; çünkü bir tarafın alt çizgisi (anlaşacağı en alt meblağ)[92] hakkında ve genel olarak düşünceleri ve endişeleri hakkında arabulucu rakibinden daha fazla şey biliyor durumdadır. Ayrıca, arabulucu taraflardan birinin önerisini kendi önerisi gibi gösterebilir, böylece diğer tarafın refleksif reddinden kaçınabilir[93]. İnsan kaynakları birimlerinin açık kapı politikaları, insan kaynakları özel hakem ve tahkim gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözümü biçimleriyle birlikte, iş davalarında arabuluculuk son yıllarda önemli ölçüde artmıştır.

Konuya ilişkin önem arzeden Brown Root şirketinin uygulaması örnek verilmelidir. Brown&Root Şirketi 30.000'den fazla çalışanı olan bir şirkettir. Çalışanlardan biri cinsel taciz iddiası ile şirketi dava etmiş 5 yıl süren dava sonucunda 400.000 Dolar kazanmıştır. Bu olaydan sonra şirket dört aşamalı bir arabuluculuk programı geliştirmiştir. Birinci aşama kolay şikâyet mekanizmasının geliştirilmesidir. Her çalışan herhangi bir üstüne ya da insan kaynakları departmanına açık kapı politikası gereği başvurabilir. Bu şikayetlerin çözümünde özellikle bu konuda eğitilmiş çalışanlar görevlendirilir. İkinci aşama, taraf şirketin temsilcisi ve çalışanın bir danışman ya da uyuşmazlık çözüm programı yöneticisi ile birlikte konuyu görüşmek için toplantı yapmasıdır. İkinci aşamada uyuşmazlık sonuçlanmazsa dışardan bir arabulucu ile

[89]Scott, Kent/Wilson, Cody, "Questions Clients Have About Whether and How to Mediate an How Counsel Should AnswerThem", Dispute Resolution Journal, 2008, s. 29,30.

[90]Calhoun, Emily M., "Workplace Mediation: The Twenty–First Phased, Private Caucus in Individual Discrimination Disputes", Harvard Negotiaon Law Review, C.9, 2004, s. 216, 217.

[91]Akan, s. 41.

[92]Berger, s. 508; Bununla birlikte, hiçbir arabulucu, partilerin uzlaşmayı kabul edecekleri parasal miktar konusunda, parti toplantılarında bile tamamen samimi olacaklarını düşünmemelidir.

[93] McAdoo, Barbara, "The Growing Gap Between Theory and Practice", Journal of ADR in Employment, 2000, s. 8, 9; Berger, s. 508-509.

uyuşmazlık çözülmeye çalışılır. Bu da işe yaramaz ise dışardan bir hakem ile uyuşmazlık giderilmeye çalışılır. Brown&Root Şirketinin tüm hukuki giderleri ve arabuluculuk masraflarını ödemeyi taahhüt etmesine rağmen üçüncü aşama sonrasına taşınan dava sadece %4 oranındadır ve şirket hukuki masrafların %80 oranında azaldığını bildirmiştir. Benzer bir uygulamayı benimseyen Motorola Şirketi de hukuki masraflarının bu sistem ile %75 oranında azaldığını belirtmiştir[94]. Şirket dışı arabulucu olarak Amerikan Tahkim Derneği'nin (AAA-Amerikan Arbitration Association) veya JAMS[95]'ın (Judicial Arbitration and Mediation Services-Hukuki Tahkim ve Arabuluculuk Servisi) tercih edildiği durumda üstün ekonomik güce sahip olan tarafın bu sağlayıcıların seçimini diğer tarafa dayatabilir olması durumu eleştirilmiştir[96].

Adil olma ve eşitlik, ABD'de yaygın olarak benimsenen temel değerlerdir ve arabuluculuk literatürü, arabuluculuğun; haklarından mahrum çalışanlara adillik ve eşitlik sağlamaya yardımcı olacağına dair vaatlerle doludur. Ancak, arabuluculuğun, çalışanları iyileştirmekten ziyade çalışanların sonuç ve tazminat hedeflerini tatmin ettiği de doğrulanmıştır[97]. Arabuluculuğun ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin dava yoluna kıyasla daha iyi olduğunu savunan yazarlar bile ayrımcılığın varlığını iddia etme sürecinde gerçekte ne yaşandığına dair eleştirilerini ampirik verilere dayandırmada başarısızlardır. Hukuk bilim adamlarının ve avukatların genellikle ilgili sosyal bilim literatürünü eleştirel bir şekilde yorumlama ve değerlendirme yeteneğinden yoksun ve sosyal bilimcilerin tipik olarak veriler ile yasal uygulamalar arasında anlamlı bağlantılar kurmak için yeterli eğitim veya hukuk bilgisine sahip olmadığı öne sürülmektedir. Tahkimi inceleyen ve sonuçları dava ile karşılaştıran birkaç ampirik çalışmanın, neredeyse tamamen ekonomik sonuç karşılaştırmalarına odaklandığı belirtilmektedir[98].

Ölüm ve boşanmadan sonra, bir işin kaybı, bir bireyin yaşayacağı en stresli üçüncü yaşam olayı olarak kabul edilir. Irkçılık karar verme mekanizmalarını yargının farkına varamayacağı veya çare bulamayacağı şekillerde zora sokuyor olsa da sosyal reformun devamı için uygun mekanizmaların

[94]Zahorka, s. 4; Gleason, S. E., "Workplace Dispute Resolution-Directions for the 21th Century", Michigan State Unversity Press, East Lansing 1997, s.79, 96 vd.

[95] Amerika Birleşik Devletleri'nde alternatif uyuşmazlık çözümü üzerine hizmet veren tek kişilik ofislerden ziyade, birçok arabulucu ve hakemin bir arada olduğu farklı şirket yapılanmaları oluşmuştur. Kâr amacı gütmeyen bu kuruluşlar çeşitli alanlarda arabuluculuk hizmetleri sunmaktadırlar. Kanaatimizce, Amerika Birleşik Devletleri'nde bu hizmet sağlayıcılarını akredite eden herhangi bir kuruluş veya yasal düzenleme bulunmaması bir eksiklik olarak görülebilir. Bkz.Tutar/Süleymanoğlu, s.4.

[96]Bingham, Lisa Blomgren/Hallberlin, Cynthia J./Walker, Denise A./Chung, Won-Tae, "Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Wokplace", Harvard Negotiation Law Review, C.14/1, 2009, s.17

[97]Hippensteele, Susan K., "Revisiting the Promise of Mediation for Employment Discrimination Claims", Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, C. 9/2, 2009, s. 212; Sherwyn, David/Estreicher, Samual/Heise, Michael, "Assessing the Case for Employment Arbitration: A New Path for Empirical Research, Stanford Law Review, C.57, 2005, s.1557, 1567.

[98]Nielsen, Laura Beth/Nelson, Robert, "Rights Realized? An Empricial Analysis of Employment Discrimination Litigaiton as a Claiming System", Wisconsin Law Review, 2005, s. 663,664.

mahkemelerde var olduğunu savunulmaktadır[99]. İşyerinde ayrımcılığa maruz kalan çalışanlar dezavantajlı grupların üyeleridir[100].

Dava ve tahkim, davacılara maddi tazminat, işyeri politikalarında da ve işveren uygulamalarında değişiklikler ve diğer olası yardımlar dahil olmak üzere somut çözümler elde etme fırsatı sağlar; ancak, işyerinde ayrımcılığa maruz kaldıklarına inanan çalışanların çoğu dava açmamaktadır ve bunu yapmak isteyenler için dava açılmasının önündeki engeller çoktur. Nispeten az sayıda kişi etkili bir avukat tutabilmektedir, çünkü ya bunu yapacak maddi gücü yoktur ya da kimi avukat olarak tutacağı konusunda bilinçli karar verebilmek için gerekli bilgiye sahip değildir. Dava, zaman alıcıdır, ayrıca duygusal ve fiziksel olarak yorucu olabilir. Uygun avukatları bulduklarına inanan çalışanlar, daha sonraları avukatlarının kendilerini tam anlamıyla anlayamadığından ve kendileri için hedefledikleri çözümleri önceliklendiremediğinden ötürü hayal kırıklığına uğrarlar. İşçiler, avukat olmaksızın EEOC'ye resmi şikâyette bulunmakta özgürdür; ancak, EEOC aracılığıyla bir şikâyeti işleme koymak için geçen süre nedeniyle pek çok kişinin kendi çıkarlarını etkin bir şekilde savunması engellenmektedir. Dahası, mahkemeler ve EEOC tarafından uygulanan ayrımcılık karşıtı yasa, bireysel aktörlerin işyerindeki çoğunluğa özgü olmayan şekillerde davrandıkları için ayrımcılığın meydana geldiği kurgusunu destekleyen bir fail perspektifi etrafında gelişmiştir[101]. Avukatların çoğunluğu, davacının bireysel ve kasıtlı olarak ayrımcılık nedeniyle hedef alındığını ispatlayabileceğine inanmadıkları sürece ayrımcılık davasını mahkemeye taşımamakta, ihlalden kaynaklanan manevi zarar nadiren tazminat için meşru veya ikna edici bir gerekçe olarak görülmektedir[102].

Bir ayrımcılık iddiasını dava etmenin maliyeti her davacı için değişiklik gösterecektir, ancak genellikle en az 25.000 Dolar olacaktır. Arabuluculuk ise muhtemelen 3.000 Dolar civarında bir maliyet anlamına gelmektedir. Kendini EEOC'de açılan bir davada ayrımcılık iddiasına karşı savunan işveren için 4.000 ila 10.000 Dolar, davayı özet karara götürmek için en az 75.000 Dolar ve mahkemede duruşmada kendini savunmak için en az 125.000 Dolar ve muhtemelen çok daha fazlasını harcamak durumunda kalacaktır[103].

[99]Hippensteele, s. 219, 220; Wittenberg, Carol, A. "Why Employment Disputes Mediation is on the Rise", What The Business Lawyer Needs to Know About ADR, *Little Brown & Company, Litigation and Technology Management Report*, New York 1996, s.747, 749.

[100]Fox, Robert Elliot, "Becoming Post-White", Multi-America Essays on Cultural Wars and Cultural Peace, (Ed.) Reed, Ishmael, New York 1997, s.12-13; Hippensteele, s. 221.

[101]Hippensteele, s. 222; "Zarar"ın bireyselleştirilmiş bir yaralama olarak tanımlandığına işaret eder, ancak ırkçılık ve cinsiyetçilik, "en ham ve en çirkin ifade" hariç hepsi kültürel uygulamalar yoluyla aktarılır ve bunlar tarafından gerçekleştirilir. Bu derin oluşum her koşulu ile hukukun kapsamı dışındadır. Bkz. Koppelman, Andrew, Anti-Discrimination Law and Social Equality, Yale University 1996, s. 262, 263.

[102]Krieger, Linda, Hamilton, "The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity", Stanford Law Review, C.47, S.6, 1995, s. 1177; Hippensteele, 1995, s. 223.

[103]Hippensteele, s. 225; Sherwyn, David/Estreicher, Samual/Heise, Michael, "Assessing the Case for Employment Arbitration: A New Path for Empirical Research, Stanford Law Review, C.57, 2005, s.1579.

Dava ve resmi şikâyet mekanizmaları gibi geleneksel çekişmeli süreçlerin mağdurun deneyiminden kaynaklanan acı ve öfkeyi ele almak için bir ortam sağlamada başarısız olduğu argümanıyla güçlendirilen[104] arabuluculuk teorisi, arabuluculuğun mağdurların duygularının çözmesine olanak sağladığını da vurgular. Çalışanın doğrudan hakkını ihlal edenlerle konuşabilmesi anlamlı ve saygılı bir biçimde yaşanılanların dinlenilmesi, çalışanın iyileşmesine ve manevi zararın azalmasına yol açabilir[105]. Arabuluculuk hem sürecin hem de sonucun taraflarca kontrol edildiği bir çözüm seçeneği olarak sunulduğundan, şikâyetçi taraf teoride, sistemin yapısına boyun eğmekten ve emsallere güvenmekten daha iyi bir sonuç elde edebilmeyi[106] hedefler.

İşyerinde tacize veya ayrımcılığa maruz kalan kişiler genellikle saldırgan davranışın durmasını, davranışın tekrarlanmayacağına dair güvence, başkalarına benzer şekilde muamele edilmeyeceğine dair güvence, misillemeden korunma ve saldırgan davranışı deneyimlemeden önce sahip oldukları çalışma ortamının yeniden sağlanmasını talep ederler. İşten atılmayacağının ve işini sürdürmesinin güvence altına alınmasının, çalışanların ayrımcılık şikâyetini EEOC'ye yapmanın birincil nedeni olduğunu belirtir[107].

Arabuluculuğa dayalı bir anlaşma daha sonra ihlal edilirse, davalıyı ihlalden sorumlu tutmak için icra mekanizmaları yürürlükte olmalıdır. İhlal, soruşturma sürecinin yeniden başlamasını gerektiriyorsa, icra edilmezlik, arabuluculuk seçeneğinin değerini önemli ölçüde zayıflatır[108].

Geriye dönük ve ileriye dönük çözümler, arabuluculuk için çok farklı uygulama sorunları ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle geriye dönük çözümlerle ilgilenen müzakere edilmiş bir anlaşmanın uygulanması nispeten kolay olabilir. Bununla birlikte, işe alma veya terfi uygulamalarındaki değişiklikler, şikâyetçi tarafa veya tanıklara karşı taciz veya misillemeye son verilmesi veya sürekli izleme gerektiren diğer çözüm yolları gibi olası çözüm yollarını içeren anlaşmaların uygulanması son derece zor olabilir[109].

Arabuluculuk ortamı ayrımcılık mağdurları için daha güvenli, daha rahat ve daha kolaylaştırıcı olarak tanımlanırken, arabuluculuk daha fazla ayrımcılık eylemine veya misillemeye karşı resmi koruma sağlamaz. Arabuluculuğun gizlilik unsuru nedeniyle içtihatlarının düzenli gelişimi bozulur ve işyerinde gerçekleşen ayrımcılık vakalarının önlenmesi için daha güçlü kanunların yapılması veya ilgili yasaların daha etkin şekilde uygulanması engellenir[110]. Arabuluculuk nedeniyle dava açılmaması da case law sistemi geçerli olan ABD'de ayrımcılık iddiasında bulunan çalışanların maruz kaldığı zararların çoğunun

[104]Harkavy, Jonathan, "Privatizating Workplace Justice; The Advent of Mediation in Resolving Sexual Harrasment Disputes", Wake Forest Law Review, C.34/135, 1999, s. 158.

[105]Sternlight, Jean R., "In Search of the Best Procedure for Enforcing Employment Discrimination Laws: A Comparative Analysis", Tulane Law Review, C.79, 2004, s. 1486.

[106]Hippensteele, s. 236; Grillo Trina, "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", Yale Law Journal, C.100, S.6, 1991, s.1569.

[107]Harkavy, s.156.

[108]Oser, Jessica, "The Unguided Use of Internal ADR Programs to Resolve Sexual Harassment Controversies in the Workplace", Cordozo Journal of Conflict Resoluion, C.6, S.2, 2009, s.310.

[109]Hippensteele, s.239; Rowe, P. Mary, "Dealing with Sexual Harassment: A systems Approach", Sexual Harassment in the Workplace: Perspectives, Frontiers and Response Strategies, 1996, s.270.

[110]Green, s. 358; Hippensteele, s.248.

mahkemeler tarafından hiçbir zaman kanunlaştırılmamış olması sonucunu doğurur ki bu da toplumsal refah ve gelişim için olumlu değildir.

İşyeri arabuluculuğunda değişik arabuluculuk modelleri uygulanmaktadır. Arabulucu, uyuşmazlığın esasına ilişkin görüşünü açıklarsa, arabuluculuk değerlendirici olabilir. Problem çözen veya kolaylaştırıcı bir modelde, arabulucu tarafların çıkarlarını belirlemelerine ve birbirleriyle ilişkilendirmelerine yardımcı olur. Yine de daha az yönlendirici, arabuluculuğun tüm yönlerini kontrol etmeleri için tarafları yetkilendirmeye odaklanan dönüştürücü arabuluculuktur. Dönüştürücü arabulucular, taraflara bir anlaşmayı kabul etmeleri için baskı yapmazlar, bunun yerine tarafların kendi çıkarlarını, hedeflerini ve seçimlerini açıklığa kavuştururlar. Arabulucu aynı zamanda her iki tarafın da diğerinin bakış açısını daha iyi anladığı veya kabul ettiği tanınma anlarını teşvik eder. USPS, Ulaşım Güvenliği İdaresi ve Raytheon Corporation, dönüştürücü arabuluculuk modelini benimsemiştir; neredeyse tüm mahkeme temelli programlar ve kurum programlarında, kolaylaştırıcı veya değerlendirici arabuluculuk uygulanır[111].

SONUÇ

Arabuluculuğun kurumsallaşması kanunların arabuluculuğa ilişkin yerleşik ön koşullar içermesi ve tarafların davranışlarını düzenleyen arabuluculuk sürecinin farklı boyutlarını resmileştirerek arabuluculuğun sonuçlarını etkilenmesi olarak açıklanabilir. Arabuluculuğa ilişkin mevzuat, uyuşmazlık çözümü üzerindeki yetkiyi devletten özel taraflara verir. Tarafların doğrudan müzakere etmeleri için fırsatlar yaratarak ve ihtilaflarını devlet kararı olmadan ancak devlet tarafından ortaya konan usul kuralları dahilinde çözmek için fırsat sunar. Adeta "usul mimarisi" yoluyla özel tarafların ihtilaflı işlemlerini resmileştirmek, taraflar arasında dengeli müzakereleri teşvik edebilir; ancak, aynı zamanda taraflara usul kuralları anlamında karmaşa yaratabilecek ve tarafların asimetrik müzakere gücü nedeniyle, zayıf tarafı dezavantajlı konuma da getirebilecektir.

ABD'de EEOC, iş mahkemelerine başvurmadan önce işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlık çözümüne ilişkin olan kamu kuruluşudur. 14 kişiden fazla işçinin olduğu işyerlerinde EEOC ayrımcılık iddialarını araştırmakla yetkilidir. EEOC kuralları uyarınca, bir işverenin kanunla yasaklanmış eylemleri tekrar tekrar ve düzenli olarak uyguladığı durumlarda ayrımcılık uygulamasının mevcut olduğu kabul edilmektedir. EEOC, iddia edilen ayrımcılığın, münferit eylemler değil, işverenin başlattığı işyeri uygulaması olduğunu kanıtlamalıdır. EEOC aracılığıyla toplu davalar (*class action*) açılabilmektedir. EEOC azınlıkların ve kadınların ücret eşitliğine ilişkin konularını önceliği haline getirmiştir.

İşyeri arabuluculuğunda değişik arabuluculuk modelleri uygulanmaktadır. Dönüştürücü arabuluculuk modelinde bireylerin problemlerle mücadele etme yetisi kazanmalarına; tarafların birbirinin görüşlerine ilişkin olarak bakış açılarının, değerlerinin ve menfaatlerinin kabul edilmesine, dönüştürülmesine ve karşılıklı empati kurmaya olanak sağlanır. Özellikle kurumiçi arabuluculukta tercih edilen bir yöntemdir.

[111]Bingham, Employment Dispute Resolution, s. 156

İş uyuşmazlıkarında arabuluculuğa başvurularak dava yoluna başvurulsaydı ödenmesi gereken çok daha azının ödeneceği belirlenmiştir. Arabuluculuk nedeniyle dava açılmaması da ABD'de ayrımcılık iddiasında bulunan çalışanların maruz kaldığı zararların çoğunun mahkemeler tarafından hiçbir zaman kanunlaştırılmamış olması sonucunu doğurur ki bu da toplumsal refah ve gelişim için olumlu değildir.

Kaynakça

Ackerman, Robert M., "Disputing Together: Conflict Resolution and the Search for Community", Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2002, C.18, S.1, s.27-91.

Aiwazian, Arby, "Transformative Mediation Empowering the Oppressed Voice of a Multicultural City to Foster Strong Democracy", The Scholar, C.11, 2008, s.31-56.

Anderson, Quek Dorcas, "Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing A Court-Mandated Mediation Program", Cardozo Journal of Conflict Resolution, C.11, S.2, 2010, s 479-509.

Arat, Nilay, "Türk İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009.

Başoğlu, Başak, "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1-2, 2016 İstanbul, s.617-637.

Berger, Vivian, "Employment Mediation in the Twenty-First Century: Challenges in a Changing Environment". U. Pa. Journal of Labor And Employment Law, C.5, S.3, 2003, s.487-543.

Bingham Lisa Blomgren / Chesmore, Gregory / Moon, Yuseok / Napoli, Lisa-Marie, "Mediating Employment Disputes at the United States Postal Service, A Comparison of In-House and Outside Neutral Mediator Models", Review of Public Personnel Administration (ROPPA), C.20, S.1, 2000, s.5-19.

Bingham Lisa Blomgren / Napoli Lisa-Marie, "Employment Dispute Resolution and Workplace Culture: The REDRESS Program at the United States Postal Service", Federal Administrative Dispute Resolution Desk book, Breger Marshall J. /Schatz, Gerald S. / Laufer, Deborah Schick (Ed.), American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Practice, III, Chicago 2001, s. 507- 526.

Bingham, Lisa Blomgren / Pitts, David W. "Highlights of Mediation at Work: Studies of the National REDRESS Evaluation Project, Research Report, Negotiaon Journal, 2002, s.135-366.

Bingham, Lisa Blomgren, "Employment Dispute Resolution: The Case for Mediation", Conflict Resolution Quarterly, C.22, S.12, 2004, s.145-174. (Employment Dispute Resolution)

Bingham, Lisa Blomgren / Hallberlin Cynthia J. /Walker Denise A. /Chung Won-Tae, "Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace", Harvard Negotiation Law Review, C.14, S.1, 2009, s.1-50.

Bingham, Lisa Blomgren, “Transformative Mediation at the United States Postal Service”, And Conflict Management Research, C.5, S.4, 2012, S.354-366. (Transformative)

Boettger, Ulrich, “Efficeny Versus Party Emprowerment-Aganist a Good–Faith Requirement in Mandatory Meidation”, The Review of Litigation, C. 23, 2004, s.1-46.

Calhoun, Emily M., “Workplace Mediation: The Twenty–First Phased, Private Caucus in Individual Discrimination Disputes”, Harvard Negotiaon Law Review, C.9, 2004, s.187-221.

Cole, Sarah, R. / McEwen A. Craig / Rogers H. Nancy, Mediation: Law, Policy & Practice, New York, 2018.

Diekemper, Jerome A., “What’s Happening in Employment Mediation”, The St. Louis Bar Journal, 2012, C.59, s.12-16.

Ebisui, Minaw / Cooney, Sean / Fenwick, Colin, Resolving Individual Labour Disputes, A Comparative Overview, International Labour Office, Genava 2 0 1 6 .

Estlund, Cynthia L., “The Changing Workplace As a Locus of Integration in a Diverse Society, Columbia Business Law Review, C.2, 2000, s.331-370.

Fincher, Richard D., “Mediating Class Action Litigation Involving the EEOC: Insights For Employment Mediators And Counsel”, Dispute Resolution Journal, C.67, S.4, 2013, s.19-39.

Fox, Robert Elliot, “Becoming Post-White”, Multi-America Essays on Cultural Wars and Cultural Peace, (Ed.) Reed Ishmael, New York 1997.

Gleason S. E., Workplace Dispute Resolution-Directions for the 21th Century, Michighan State Unversity Press, East Lansing 1997.

Green, Michael Z., “Proposing a New Paradigm for EEOC Enforcement after 35 Years: Outsourcing Charge Processing by Mandatory Mediation”, Dickinson Law Review, C.105. S.3, 2001, s. 305-363.

Green, Micheal Z. “Tackling Employment Discrimination with ADR: Does Mediation Offer a Shield for the Haves or Real Oppurtunity for the Have-Nots”, Berkeley Journal of Employment & Labor Law, C. 26, S.2, 2005, s. 322-361.

Grillo, Trina, “The Mediation Alternative Process Dangers for Women”, Yale Law Journal, C.100, 1991, s.1545-1610.

Göksu, Mustafa, “İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, Global Business Research Congress (GBRC), May 24-25, 2017, Press Academia Procedia, İstanbul, 2017, s.378-384.

Hallberlin, Cynthia J., “Transforming Workplace Culture Through Mediation: Lessons Learned From Swimming Upstream”, Hofstra Labor & Employment Law Journal, C.18, 2001, s.375-383.

Harkavy, Jonathan, “Privatizating Workplace Justice, The Advent of Mediation in Resolving Sexual Harrasment Disputes”, Wake Forest Law Review, C.34, S.135, 1999, s.135-170.

Hensler, Deborah, R., “Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System”, Pennsilvania State Law Review, C.108:1, 2003, s. 165-197.

Hippensteele Susan K. “Revisiting the Promise of Mediation for Employment Discrimination Claims”. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2009, C.9, S.2, s.211-249.

Intrater Karen A. / Gann Traci Gabhart, “The Lawyers Role in Institutionalizing ADR”, Hofstra Labor and Employment Law Journal, c.18, S.2/6, 2001, s. 469-477.

Koppelman Andrew, Anti-Discrimination Law and Social Equality, Yale University Press, London 1996.

Krieger, Linda, Hamilton, “The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity”, Stanford Law Review, 1995, C.47, S.6, s. 1161-1248.

Lembke, Mark, Mediation im Arbeitsrecht, Heidelberg 2001.

Mayer, Matt A. “The Use of Mediation in Employment Discrimination Cases”, Journal of Dispute Resolution, 1999, S.2, s.153-172.

McAdoo, Bobbi, “The Growing Gap Between Theory and Practice”, Journal of ADR in Employment, 2000, s.1-20.

McAdoo, Bobbi / Welsh Nancy, A. / Wissler Roselle L., “Institutionalization: What Do Empirical Studies Tell Us About court Mediation?”, Dispute Resolution Magazine, 2003, C.9, S.2, s.8-10.

Miller, Kathryn E. “How to Prepare for and Participate in an Employment Mediation”, Alternative Dispute Resolution in Employment, C.45, 1999, s.45-52.

Nabatchi, Tina /Bingham, Lisa, “Transformative Mediation in USPS REDDRESS Program: Observations of ADR Specialists”, Hofsra Labor & Employment Law Journal, C.18, 2001, s.399-427. (2001)

Nielsen, Laura Beth & Nelson, Robert, “Rights Realized? An Empricial Analysis of Employment Discrimination Litigaiton as a Claiming System”, Wisconsin Law Review, 2005, s.663-711.

Nussbaum, Lydia, “Mediation as Regulation: Expanding State Governance over Private Disputes”, Utah Law Review, S.2, 2016, s.361-415.

Oser, Jessica, The Unguided Use of Internal ADR Programs to Resolve Sexual Harassment Controversies in the Workplace, Cordozo Journal of Conflict Resoluion, C.6, S.2, 2009, s. 283-311.

Özekes, Muhammet, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi- Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 2018, s. 111-136.

Plapinger, Elisabeth / Stienstra, Donna, “ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook For Judges & Lawyers”, Joint Project of the Federal Judicial Center and the CPR Institute For Dispute Resolution, Washington DC 1996.

Prause, Matthias, "The Oxymoron of Measuring the Immeasurable: Potential and Challenges of Determining Mediation Developments in the U.S.". Harvard Negotiation Law Review, C.13, S.131, 2008, s.131-165.

Reuben Richard C., "Tort Reform, Renews Debate Over Mandatory Mediation", Dispute Resolution, C.13, S.2, 2007, s.13-15.

Rowe, P. Mary, "Dealing with Sexual Harassment: A systems Approach", Sexual Harassment in the Workplace: Perspectives, Frontiers and Response Strategies, (Ed.) Stockdale, Margaret, S., 1996.

Sander Frank E. A. "Another View of Mandotory Mediation", Dispute Resolution Magazine, C.13, S.2, 2007, s.12-24.

Sander, Frank E. A. / Allen, H. William / Hensler, Debra, Judicial (Mis) Use of ADR? A debate, University of Toledo Law Review, Ohio 1996.

Scott, Kent / Wilson, Cody, "Questions Clients Have About Whether and How to Mediate an How Counsel Should Answer Them", Dispute Resolution Journal, 2008, s.26-36.

Senger, Jeffrey M., Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government, San Francisco 2003.

Sherwyn, David / Estreicher, Samual / Heise, Michael, "Assessing the Case for Employment Arbitration: A New Path for Empirical Research, Stanford Law Review, C.57, 2005, s.1557-1591.

Siedel, George, "The Role of Business Deal Making and Dispute Resolution in Contributing to Sustainable Peace" American Business Law Journal, C.44 S.2, 2007, s.379-389.

Sternlight, Jean R., "In Search of the Best Procedure for Enforcing Employment Discrimination Laws: A Comparative Analysis", Tulane Law Review, C. 79, 2004, s.1401-1499.

Streeter-Schaefer, Holy A., "A Look at Court Mandated Civil Mediation", Drake Law Review, C.49, 2001, s.368-389.

Turner Ronald, "Thirty Years of Title VII's Regulatory Regime: Rights, Theories, and Realities", Alabama Law Review, C.46, 1995, s.375-474.

U.S. Equal Employment Opportunity Commission, "EEOC Settles National Origin and Race Discrimination Case on Behalf of Thai Farm Workers", 08-21-2020, https://www.eeoc.gov/newsroom/eeoc-settles-national-origin-and-race-discrimination-case-behalf-thai-farm-workers (Erşim Tarihi: 25.05.2021)

Tutar Abdulkadir / Süleymanoğlu, Aşiyan, "ABD Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR) Hizmet Sağlayıcıları Çalışma Ziyareti Raporu-Yurtdışı Ziyaret Raporu", Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2019.

Varma, Arup / Stallworth, Lamont E., “The Use of Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the Workplace: An Empirical Study”, Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment, C.71, S.71, 2000, s.71-79.

Winston, David, “Participation Standards in Mandatory Mediation: Statutes: You Can Lead a Horse to Water.” Ohio State Journal on Dispute Resolution, C.11, 1996, s. 187-206.

Wittenberg, Carol, A. “Why Employment Disputes Mediation is on the Rise”, What The Business Lawyer Needs to Know About ADR, Little Brown & Company, Litigation and Technology Management Report, New York 1996.

Yazzie, Robert, “Life Comes From It”; Navajo Justice Concepts”, New Mexico Law Rewiev, C.24, S.2. 1994, s. 175-190.

TIP HUKUKU AÇISINDAN: "YAŞAM SONU KARARLARINDA BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZA"

Av. Kevser Aycan YILDIZ İNCESÖZ*

ÖZET

Yaşama hakkı, bireylerin hak ehliyetinin temelini ve diğer tüm hakların özünü oluşturur. Dolayısıyla yaşama hakkı açısından hukuken en üst düzey korumanın sağlanması şarttır. Nitekim bu doğrultuda Anayasa'da yaşama hakkı, diğer tüm hakların temeli olarak düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Hekimin tıbbi müdahalesi, hastanın kimi zaman vücut bütünlüğünü, kimi zaman ise yaşama hakkını ihlal etmesine rağmen; belirli şartların varlığı halinde yasal kabul edilmektedir. Tıbbi müdahalenin yasal olarak kabul edilmesine ilişkin şartların temelinde bilgilendirilmiş rıza kavramı yer alır. Bilgilendirilmiş rıza; hastanın müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ile tehlikeleri hakkında bilgilendirilmesi ve edindiği bu bilgilere dayalı olarak tıbbi müdahaleye özgürce muvafakat edebilecek duruma gelmesini ifade eder. Eğer hasta, tıbbi müdahale ilişkin olarak yeterli şekilde bilgilendirilmediyse, geçerli bir rıza verebilmesi de mümkün olmayacaktır. Hastaya yapılacak bilgilendirmenin hekim tarafından; özellikle hastanın anlayabileceği bir dil kullanılarak ve uygun bir zamanda yapılması gerekir. Zira hastanın usulünce ve yeterli şekilde bilgilendirilmesi; tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermemesi ve dolayısıyla kendi kaderini tayin edebilmesi açısından ön koşuldur. Hekimin uygulayıcı konumda olduğu tıbbi müdahale sürecinde, hastanın uygulanacak tıbbi müdahalelere ilişkin kararları bizzat kendisinin vermesi ve süreci yönetmesi, hasta özerkliği kavramı ile ifade edilmektedir. Kabul edilen bu özerklik ekseninde hastanın; tedavi olarak yaşamına devam etmeyi seçebilmesi gibi, iradi olarak yaşamını sona erdirmeyi de tercih etme hakkının bulunup bulunmadığı hususu gündeme gelmektedir. Her bireyin yaşama hakkının varlığı ve bu hakkın diğer tüm hakların temeli olduğu hususunda tereddüt bulunmamasına rağmen; kişilerin yaşama hakkına dair tasarruf edebilirliği hakkında bir fikir birliğinden bahsetmek mümkün değildir. Diğer yandan bazen de yaşam sonu kararlarının temelinde hasta yerine, zihinlerde iyileştirme amacı ile özdeşleşen hekim yer alabilmekte olup bu kez hekimin eylemlerinin meşruiyeti tartışmalar doğurmaktadır. Bu doğrultuda hem hukuk hem de tıp alanında uzun zamandır tartışmalara sebebiyet veren ve halen niteliği ve geçerliliği üzerinde fikir birliğine varılamamış olan yaşam sonu kararlarının, hastanın ölümü ile sonuçlanması nedeniyle; vicdani, etik ve yasal olarak birçok farklı ikilemi içinde barındırdığı inkar edilemez bir gerçektir. Bu ikilemlerin temelinde; hekime duyduğu güven ve ortak iradenin yönlendiği iyileşme amacı ile tıbbi müdahalelere rıza gösteren ve canını hekime emanet eden hastanın, tedavi edilmesi ve mümkünse iyileşmesi yerine yaşamının sona ermesi şeklinde bir sonuca varılması tezatı yer almaktadır. Hastanın bizzat kendisinde yahut tıbbi müdahalenin uygulayıcısı olan hekimde, hastanın yaşamını sona erdirecek bir irade mevcut olursa; bu noktada bilgilendirilmiş rıza tehlikeli bir eşiği oluşturacaktır. Bu çalışmanın

*Avukat, Ordu Barosu, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Sağlık Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, aycannyldz@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5980-2783

amacı; bilgilendirilmiş rızanın esası ve öneminin, halen yasallığı üzerinde tartışmalar bulunan ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılan yaşam sonu kararları açısından incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Yaşam Sonu Kararları, Bilgilendirilmiş Rıza, Hasta Özerkliği, Tedavinin Reddi, Ötanazi.

IN TERMS OF MEDICAL LAW: "INFORMED CONSENT IN END OF LIFE DECISIONS"

ABSTRACT

The right to life, constitutes the basis of individuals legal capacity and the essence of all other rights. Therefore, it is essential to provide the highest level of legal protection in terms of the right to life. As a matter of fact, the right to life is regulated and protected in the Constitution as the basis of all other rights. Although the physician's medical intervention sometimes violates the patients bodily integrity and sometimes his right to life; It is considered legal if certain conditions are met. The concept of informed consent lies at the basis of the conditions for legal acceptance of medical intervention. Informed consent; It is means informing the patient about the purpose, nature, consequences and dangers of the intervention and becoming able to freely consent to medical intervention based on this information. If the patient is not adequateliy informed about the medical intervention, it will not be possible for him to give valid consent. The information to be given to the patient by the physician; It should be done in a language that the patient can understand and at an appropriate time. The patient is duly and adequately informed; It is prerequisite for consenting to medical intervention and therefore being able to determine ones own fate. In the medical intervention process, where the physicians is practitioner, the patients ability to make desicions regarding the medical intervention to be applied and manage the process is expressed by the concept of the patient autonomy. In this accepted axis of autonomy, The issue of whether the patient has the right to choose to end his life voluntarily, just as he can choose to contiune his life through treatment, comes to the fore. Although there is no doubt about the existence of every individuals right to life and that this right is the basis of all other rights; It is not possible to talk about a consensus about people's ability to dispose of their right to life. On the other hand, sometimes the basis of end-of-life decisions may be the physician, who is identified with the aim of healing, rather then the patient, and this time, the legitimacy of the physician's actions raises debates. In this regard, end-of-life decisions, which have caused controversy in both law and medicine for a long time and whose nature and validity have not yet been agreed upon, as they result in the death of the patient; It is undeniable fact that it contains many different conscientious, ethical and legal dilemmas. The contradiction at the core of these dilemmas is this: the patient who consents to medical interventions and entrusts his life to the physician in line with his trust in the physician and the aim of healing, ends up ending his life instead of being treated. If there is a will on the part of the patient himself or the physician who performs the medical intervention to end the patient's life; At this point, informed consent would constitute a dangerous threshold. The purpose of this study, it examines the essence and importance of informed consent in terms of end-of-life decisions, the legality of which is still debated but is frequently encountered in practice.

Keywords: End-of-life decisions, informed consent, patient autonomy, refusal of treatment, euthanasia

GİRİŞ

Anayasada[1] yer verilen yaşama ve vücut bütünlüğünü koruma hakkı, bireyin en temel haklarındandır. Hukuk düzenimizde yaşama ve vücut bütünlüğünün koruma hakkı, devlet ve üçüncü kişilere karşı korunduğu gibi, kişinin kendisine karşı da korunmaktadır. Bu çerçevede; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri rıza olmakla birlikte, hekimin Anayasada belirtildiği şekliyle, tıbbi bir zorunluluk bulunmaksızın ya da kanunda gösterilen haller haricinde bir tıbbi müdahale uygulaması halinde, kişinin müdahaleye rızası bulunsa dahi hekimin eylemi hukuka aykırı olacaktır.

Hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğu vekalet akdine dayalı olduğundan hekim en hafif kusurundan dahi sorumludur. Hasta özerkliği ve hastanın geleceğini belirleme hakkının bir uzantısı olarak tıbbi müdahalenin temel taşlarından biri olan bilgilendirilmiş rıza kavramı, kanuni çerçeveye uygun olmadığı takdirde hekimin kusuru olarak değerlendirilmekte ve hem hukuki hem de cezai sorumluluğa sebebiyet vermektedir. Yaşam sonu kararları açısından da, bilgilendirilmiş rızanın usulüne uygun olmaması halinde hekimin hastanın ölümünden sorumlu tutulabilmesi söz konusu olabileceğinden, bu hususun dikkatle irdelenmesi gerekir.

Bu çalışmanın amacı, yaşamın sonuna dair kararlarda bilgilendirilmiş rıza kavramının yerini ve önemini belirlemektir. Bu çerçevede öncelikle tıbbi müdahale kavramına yer verilerek, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından bilgilendirilmiş rızanın esasları irdelenmiş, akabinde yaşam sonu kararlarına yer verilerek aydınlatılmış rıza kavramının konumu ve kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

I. TIBBİ MÜDAHALENİN MEŞRUİYET ŞARTLARINDAN BİRİ OLARAK: BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZA

A. Genel Olarak Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahale kavramı HHY[2] m.4'e göre; 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 girişimi ifade etmektedir. Bu tanıma göre kapsamı daha geniş bir tanım yapmak gerekirse, tıbbi müdahale kavramı; tıp biliminin uygulanmasına ilişkin olarak insana uygulanan her türlü müdahaledir.[3] Bu haliyle hastanın hekim ile ilk temasından itibaren yapılan tüm işlemlerin tıbbi müdahale olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Yargıtay'ın bir kararında, tıbbi müdahale kavramının insan vücudu üzerinde yapılan girişimsel/girişimsel olmayan her türlü müdahaleyi kapsadığı ve bir üst kavram olduğu ifade edilmektedir.[4] Bu kapsamda hastanın öyküsünün alınması,

[1] RG. 09/11/1982, S. 17863
[2] RG, 01/08/1998, S.23420
[3] Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.50
[4] Yargıtay HGK, 22/03/2022 tarih ve 2020/11-592 E. ,2022/356 K. Sayılı kararı (E.T:30/10/2022) (https://www.sinerjimevzuat.com.tr/)

muayene edilmesi, tetkik ve tahliller yapılması, yine hastaya ilaç yazılması aşamalarının tıbbi müdahale olarak değerlendirilmesi mümkündür.[5]

Tıbbi müdahalede bulunan hekimin eylemleri, esasen yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün ihlali niteliğindedir. Hekimin bu eylemlerine hukuk düzeni tarafından izin verilmesi ve hekimin tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan durumdan sorumlu olmaması; müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını içermesine ve hekimin yükümlülüklerine uygun davranmasına bağlıdır.

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğunu kabul etmemiz için, bazı şartların mevcut olması gerekir. Bunlar; tıbbi müdahaleyi yapanın müdahaleye yetkili bir kişi olması, tıbbi gereklilik (endikasyon), hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirmeye dayalı rızasının bulunması ve son olarak tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olması şeklinde sayılabilir.[6]

B. Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası

Hastanın rızasının varlığı, tıbbi müdahalenin meşru temelini oluşturan koşullardan biridir. Eğer rıza usulüne uygun şekilde alınmamış ise, hekim tarafından uygulanan tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığı sonucu doğar ve hekimin hem hukuki hem de cezai sorumluluğu gündeme gelir. Bu bağlamda temel şartlardan biri olan rızanın önemle irdelenmesi gerekir.

Tıbbi müdahalelerde rıza kavramına ilişkin olarak mevzuatımız incelendiğinde, ilk olarak karşımıza Anayasamızın 17. Maddesi çıkmaktadır. Madde metninde yer alan "Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz." şeklindeki düzenleme ile, kişinin vücut dokunulmazlığı hakkı hüküm altına alınmıştır. Madde metninde özellikle yer verilen rıza koşulu ile, tıbbi gerekliliklerin mevcut olması halinde dahi, kişiye tıbbi müdahalede bulunmak için kişinin rızasının gerekliliği vurgulanmıştır. Dolayısıyla rıza kavramı, hekimin eyleminin hukuka uygun olması için varlığı aranan şartlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yine 1219 Sayılı Tababet ve Şua-batı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un[7] 70. Maddesindeki "Tabipler, yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir." şeklindeki düzenleme ile hekimin her türlü tıbbi müdahale için hastanın rızasını alması gerektiği, özellikle büyük ameliyatlar için bu rızasının yazılı olarak alınması gerektiği düzenlenmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin[8] 14. Maddesinde de "…Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken

[5] Koru, Onur: "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı", *İÜHFD*, Cilt 12(2), s.493
[6] Hakeri, s.248
[7] RG, 04/04/1928, S.863
[8] RG, 19/02/1960, S.10436

tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır…" denilmek suretiyle hastanın bilgilendirilmesi gereği vurgulanmıştır.

Hekimlik Meslek Etiği[9] Kuralları md. 26'da ise "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir… Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir." denilerek bilgilendirmenin kapsamı ve önemi belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere, istisnai haller hariç olmak üzere, hekimin tıbbi müdahalede bulunması için hastanın rızasının varlığı şarttır. Rızanın varlığının tıbbi müdahale açısından bir hukuka uygunluk şartı olarak değerlendirilebilmesi için; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları olan yetkili kişi tarafından uygulanması, endikasyonun varlığı ve müdahalenin tıp biliminin güncel verilerine uygun olması şartlarının bir arada mevcut olması gerekir. Bu şartların varlığı ile birlikte, mevcut rızanın da usulüne uygun olarak alınmış olması gerekir.Rızanın hukuka uygunluğundan bahsedebilmemiz için; hastanın rıza verecek ehliyete sahip olması, rıza verilen durumun hukuka ya da ahlaka aykırı olmaması, rıza iradesinin hata/hile/ikrah gibi irade sakatlığı hallerine dayalı olmaması ve son olarak verilen rızanın usulüne uygun bilgilendirmeye dayalı olması şeklindeki şartların varlığı aranır.[10] Bahsedilen bu şartlardan rızanın bilgilendirmeye dayalı olması şartı, çalışmamızın esasına ilişkin olduğundan aşağıda ayrıca ele alınmıştır.

C. Bilgilendirilmiş Rıza (Aydınlatılmış Onam)

Aydınlatılmış onam ifadesi, bilgilendirilmiş rıza kavramının tıp literatüründe kabul edilmiş halidir. Hastanın bilgilendirmesi, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biri olmakla birlikte, hekimin aynı zamanda meslek etiği gereği bir yükümlülüğüdür. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.26'da hekimin hastayı aydınlatma yükümüne yer verilmiştir.[11]

Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde "Rıza" konusu düzenlenmiş ve "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir."

[9] Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Yayın Tarihi: 01.02.1999, TTB 47.Büyük Kongresinde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiştir. (https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf)

[10] Detaylı bilgi için bkz. Gökcan, s.329-336

[11] Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 26: *"Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır…"*

düzenlemesiyle müdahalenin hastanın rızasına dayalı olarak yapılabileceği, bu rızanın alınmasından evvel kişinin tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilendirilmesi gereği belirtilmiştir.

Hastanın tıbbi müdahaleye rıza verip vermemesi durumu, hastaya yapılacak bilgilendirmeye göre değişebilecektir. Yani "Hastanın kendi kaderini tayin etme hakkını kullanabilmesi için aydınlatılması şarttır."[12] Dolayısıyla tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından olan rıza koşulunun ön şartı olarak, hastanın yeterli ve geçerli şekilde aydınlatılması gereği karşımıza çıkmaktadır. İşte aydınlatma; hekimin vereceği bilgiler ile, hastanın uygulanması planlanan tıbbi müdahaleye ilişkin özgürce karar verebilecek duruma gelmesi anlamına gelmektedir.[13] Bu bağlamda hastanın, tıbbi müdahaleye ilişkin yeterli şekilde aydınlatılmadığı (bilgilendirilmediği) takdirde tıbbi müdahaleye geçerli bir rıza vermesi de mümkün olamayacaktır.

Bilgilendirmenin kapsamının ne olacağı ise HHY m.15'te düzenlenmiştir. Madde metninde "Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f)Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir." denilmektedir. Bu madde ile; hastanın rıza verirken hangi hususlarda bilgi sahibi olması gerektiğinin çerçevesi belirlenmiştir. Hekim, hastanın rızasını almadan evvel, madde metninde belirtilen hususlarda hastaya bilgi birikimi sağlamak, hastayı aydınlatmakla yükümlüdür. Hastanın yapılacak tıbbi müdahale ile ilgili HHY m.15 kapsamında bilgilendirilmesi, hekimin temel ödevlerindendir.[14] Bu durum aynı zamanda Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.26'da "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır." şeklinde düzenlenmiştir.

Çoğu durumda hastaların, tıbbi müdahaleye ilişkin verileri ve bu verilerin açıklanmasında kullanılan tıbbi terimleri anlaması mümkün değildir. Hekimin hastayı aydınlatırken hastanın eğitim durumunu ve algılama seviyesini de dikkate alması gerekir. HHY md. 18'e göre hekim tarafından yapılacak aydınlatmanın; hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olması ve yapılan bilgilendirmenin hasta açısından anlaşılabilir bir düzeyde olmasının sağlaması gerekir. Diğer bir deyişle bilgilendirme; kafa karışıklığına mahal vermeyecek ve tereddüt yaratmayacak seviyede ve açık olarak, hastanın sosyal ve kültürel düzeyi dikkate alınarak hastanın anlayacağı şekilde yapılmalıdır. Dolayısıyla hekim, her hasta açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmak suretiyle, hastanın anlayacağı düzeyde bir anlatım ile bilgilendirme yapmak durumundadır.

---

[12] Gülen Kurt, Munise: "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", *TBB Dergisi,* Sayı 146, s.193

[13] Oral, Tuğçe: "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümlülüğü", *Ankara Barosu Dergisi,* Cilt 2011/2, s.188

[14] Hakeri, s.278

Hastayı aydınlatma yükümlülüğü, esasen tıbbi müdahalede bulunacak olan hekime aittir. Ancak HHY md. 18'de bu durumun istisnası düzenlenmiştir. Eğer hastayı aydınlatacak olan sağlık mensubu ile tıbbi müdahalede bulunacak sağlık mensubunun farklı olması zorunluluğunu doğuran bir durum mevcut ise, bu durumun açıkça hastaya belirtilmesi ile birlikte hastayı aydınlatma yeterliliğine sahip başka bir sağlık mensubu hastayı bilgilendirebilir.

Yine HHY md. 18'de "Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir" denilmek suretiyle aydınlatmanın hastanın bizzat kendisine yapılması gerekliliği ortaya koyulmuştur. Hastanın eğer ayırtım gücü bulunmakta ise, bizzat kendisinin aydınlatılması gerekir, aksi halde aydınlatma yapılmamış kabul edilmektedir.[15] Diğer yandan ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı olan(sınırlı ehliyetsiz) hastalar açısından; hasta eğer yapılan bilgilendirme faaliyetini anlama kabiliyetine haiz ise, aydınlatmanın yine bizzat hastaya yapılması daha uygun olacaktır.[16]

Eğer hastanın ayırtım gücü mevcut değil ise, hastanın yapılan bilgilendirmeyi anlaması ve anlamlandırması söz konusu olamayacağından, hastanın aydınlatılması da mümkün olmayacaktır. Bu halde hastanın rıza verme ehliyetinden de bahsedilemeyecek olup, hastanın menfaati için yasal temsilciden alınacak rıza ile tıbbi müdahalede bulunulması hukuken uygun olacaktır.[17] Yani eğer hastanın ayırtım gücü yok ise, hastanın yasal temsilcisi aydınlatılacak ve yasal temsilcinin rızası ile tıbbi müdahalede bulunulacaktır.

Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin gereği gibi ve yeterli şekilde bilgilendirilmesinin akabinde hukuka uygun bir rıza alındığını söyleyebilmemiz için, yapılan bilgilendirme üzerinde düşünüp rıza hususunda özgür iradesinin oluşması için hastaya makul sürenin tanınması gereklidir. HHY m.18'de hastaya yapılacak bilgilendirmenin makul süre tanınarak yapılacağı şeklinde düzenlenmiştir. Aydınlatmaya ilişkin bahsedilen bu makul sürenin, her somut durum açısından, operasyonun büyüklüğü ve tıbbi müdahalenin zorluğu dikkate alınarak, ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.[18] Örneğin hasta açısından hayati riskler içeren bir tıbbi müdahale için, bilgilendirme öyle bir zamanda yapılmalıdır ki hasta etraflıca düşünebilsin, yakınlarına danışsın ve rızaya ilişkin özgür iradesi oluşabilsin. Kural olarak aydınlatma, ameliyattan en geç bir gün önce yapılmalıdır.[19] Rutin olarak nitelendirilen tıbbi müdahaleler açısından müdahaleden hemen önce yahut müdahale günü aydınlatma yapılabilmesi mümkündür.[20]

---

[15] Hakeri, s.323: *"Davacının bizzat aydınlatılması gerekirken eşine yapılan aydınlatmanın, davacıya yapıldığının kabul edilerek davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır (Yargıtay 13. HD. 23/12/2012, 3720/32218)"*

[16] Çavdar, Pelin: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü" *MÜHFHAD,* Cilt 22, Sayı 3, s.758

[17] Adıgüzel, Sibel: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *TAAD,* Sayı 19, s.959

[18] Gülen Kurt, s.219; Çavdar, s.756

[19] Hakeri, s.327

[20] Çavdar, s.756

II. YAŞAM SONU KARARLARI AÇISINDAN BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZA

Anayasal koruma altında olan yaşama ve vücut bütünlüğünü koruma hakkı en temel haklar olup, en güçlü korumanın bu haklar yönünden sağlanması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Anayasanın 56. Maddesinde "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." şeklindeki düzenleme de devletin bu hususta yükümlülük sahibi olduğu da açıkça ortaya koyulmuştur. Bu geniş koruma gereği hukuk düzenimizde, yaşama ve vücut bütünlüğünü koruma hakkı, devlet ve üçüncü kişilere karşı korunduğu gibi, kişinin kendisine karşı da korunmaktadır.[21] Bu durum hem Anayasa md.12'deki kişinin hak ve özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği düzenlemesine; hem de 4721 Sayılı TMK md.23/2-3'te yer alan kişilerin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı düzenlemesine dayalıdır. Bu düzenlemeler çerçevesinde kişinin yaşam ve vücut bütünlüğü haklarından vazgeçemeyeceği kabul edildiğinden, bu yönde verilen rızanın da hukuka ve ahlaka aykırı olması kaçınılmazdır. Yani Anayasada belirtilen çerçevede, tıbbi zorunluluklar ve kanunda gösterilen haller haricinde, kişinin rızası bulunsa dahi, kişinin vücut bütünlüğüne ya da yaşam hakkına yönelik eylemler hukuka aykırı olacaktır. Örneğin tıbbi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, hasta bir böbreğinin alınmasını ister ve hekim de bu yönde bir tıbbi müdahalede bulunursa, hekimin eylemi hukuka aykırı olacak ve hekimin eyleminden dolayı hem hukuki hem de cezai sorumluluğu doğacaktır.

Bu çerçevede yaşam sonu kararları açısından bakıldığında, hekimin eyleminden sorumlu olup olmayacağı değerlendirmesinin, hem hasta hem de hekim açısından büyük önem arz ettiğini söylemeliyiz. Çünkü yaşam sonu kararı ile, hasta açısından geri dönülemez bir şekilde hayatın sona ermesi yani ölüm sonucu doğacağı gibi; somut durum gerekli hukuki şartları haiz değil ise hekim açısından da büyük yaptırımlara sebebiyet verecek hukuki ve cezai sorumluluk gündeme gelebilecektir.

Hastanın ölümü neticesini doğuracak bu kararların oluşum süreci, hukuki ve cezai sorumluluk bağlamında belirleyici olmaktadır. Yaşam sonu kararlarının temelinde, tıbbi müdahalede de olduğu gibi hastanın isteği, talebi ya da diğer söyleyişle rızası, ya da kimi durumlarda varsayılan rızası yer alır. Dolayısıyla hastanın bu iradesinin ve rızanın oluşum sürecine dair ilkesel çerçevenin belirlenmesi, aynı zamanda hukuki belirlilik ilkesi gereğidir.

24/11/2019 Tarihli TTB Olağanüstü 71. Büyük Kongre'sinde yeniden gözden geçirilmiş hali kabul edilen "Yaşam Sonuna İlişkin Bildirge"de yaşam sonu kavramına ve bu kavrama ilişkin karar alma süreçlerine ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu çerçevede yaşamın sonu kavramından söz edildiğinde, yalnızca yaşlılar, kronik ve ölümcül hastalığı olan hastaların değil, yaşamla bağdaşmayan anomalileri ya da gelişme sorunları olan yenidoğan ve çocukları da anlamak gerektiği belirtilmiş; yaşam sonu kararlarında hastanın karar alma süreci, bu kararı alma ehliyeti de önem arz ettiğinden bu hususta ilkeleri belirleyen bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Bildiri metninde;

[21] Gökcan, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara 2022 Sf:81

1. *Tüm yaşam destek tedavilerinde hastanın kararı esastır. Hastanın karar veremeyecek durumda olduğu ve konuya ilişkin görüşüne ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde "yerine karar verme" düzenekleri işlerlik kazanır. Bu tür bir hasta iradesi bulunmadığı durumda hastanın temsilcisine yaşamı destekleyen tedavilerin hastaya olan yararı ve yaratacağı sıkıntılar ayrıntılarıyla açıklanmalı ve kararları sorulmalıdır. Bu bağlamda hastanın yasal temsilcisinin kararları esas alınır. Hastanın yasal temsilcisinin kararlarının, hastanın en iyi yararına aykırı olduğunun değerlendirmesi halinde, hekim hastanın çıkarlarını korumak amacıyla yasal yollara başvurabilir.*

2. *Kronik hastalığının seyrinde hastaya yaşam desteği sağlanması öngörülüyorsa, hastanın asıl hekimi, hastanın yaşam desteği konusunda görüşüne başvurmalı ve karar verme yeterliğini yitirebileceği durumlar için isteğini önceden açıklamasını önermelidir.*

3. *Hekim gerektiğinde meslektaşları ile konsültasyon yapmalı ve/veya konseylerle kararı oluşturma yönüne gitmelidir.*

4. *Özellikle yoğun bakım çalışanlarının yaşayabileceği etik ikilemlerle baş etmelerine yardımcı olacak "yaşamı destekleyen tedavilerin başlatılması ya da sonlandırılmasına ilişkin ülke çapında geçerli olacak ölçütler" belirlenmelidir. Bu ölçütler hazırlanırken, yaşamı destekleyen tedavilerle elde edilecek olan tıbbi yarar sadece hasta yönünden değil, toplum yönünden de gözetilmelidir.*

5. *Tedaviye başlamama, tedaviyi sonlandırma, boşuna tedavi konularında karar verme sürecinde Hastane Etik Kurullarının da yer alması önemlidir. Hastane Etik Kurulları karar alma sürecinde hasta ve hasta yakınlarına bilgi verilmesinden, konunun tüm taraflarına danışmanlık sunmaya kadar çeşitli işlevler üstlenebilir.*

6. *Hasta ve hasta yakınlarının beklenen sürece hazırlanması, gereğinden fazla umut verilmemesi önemlidir. Bilginin şeffaflığı ve hastalık sürecindeki farklı sağlık durumlarında hasta ile iletişimin sürekli kılınması hastanın yakınlarını ölüm, tedavinin sonlandırılması gibi durumlara hazırlar ve karar alma sürecini olumlu etkiler. Hekimlere, kötü haber verme ve iletişim eğitimi verilmesi bu süreçte hekim, hasta ve hasta yakınları açısından faydalıdır.*

7. *Hastalık ve ölüm sürecinde sevdikleriyle birlikte olmak hem hastanın hem de hasta yakınlarının hakkıdır. Yoğun bakım ünitelerinde, olanaklar ölçüsünde, hasta yakınlarının hastalarıyla bir arada olmalarını sağlayacak mekânların oluşturulması önerilmektedir. Bu bağlamda TTB Palyatif Bakım Hizmetleri*

Bildirgesi'nde ortaya koyduğu etik kurallar doğrultusunda palyatif bakımı destekler.[22] denilmektedir.

Görüldüğü üzere TTB tarafından ilan edilen bu bildiride; yaşamın devamını sağlayacak tıbbi uygulamaların temelinde hastanın iradesinin yer aldığı, eğer hastanın irade beyanında bulunması mümkün değil ise, varsayılan rızasının göz önüne alınacağı ve bu halde hasta yakınlarının iradesinin alınması gerekliliği belirtilmiştir. Hasta yakınlarının iradesine başvurulurken, yaşam destek tedavilerinin hastaya olan yararı ve yaratacağı sıkıntıların ayrıntılı olarak açıklanması gerektiği de belirtilmiştir. Burada hekimin, hastanın yararına olacak sonucu gözetmesi gerekmektedir. Hasta yakınlarının hasta ile miras vb. konularda çelişen menfaatleri olabileceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla hekim, eğer hastanın yararına olmayacağı kanaatinde ise, zaten hasta yakınlarının yaşam sonu kararı önerileri ile bağlı değildir. Öte yandan yaşam desteğinin kesilmesi, eğer hekim tarafından hastanın yararına olarak değerlendirilmekte ise, bu halde hasta yakınlarının öncelikle bu yönde bilgilendirilmesi gerekir. Akabinde eğer hasta yakınlarının aksi yönde iradesi mevcut olursa hekimin yasal yollara başvurması da mümkün olabilecektir.

Yine bu bildiride vurgulandığı üzere, hastanın ya da hasta yakınlarının irade beyanının ayrıntılı açıklamalara dayalı olması gerekir. Nitekim aydınlatılmış onam kavramı, hekimi sorumluluktan kurtarmaya yarayan bir kâğıt parçası olmaktan öte; hekim hastayı bilgilendirmesi ile başlayıp, hastanın özgür iradesini ortaya koyabilecek yeterliliği olup olmadığının tespiti, akabinde hastanın kendisine verilen bilgiyi anladığından emin olunması ile hastanın iradesine dayalı olarak hareket edilmesinin temin edildiği bütüncül bir süreçtir.[23] Dolayısıyla hastanın ya da hasta yakınlarının, yaşamının sonuna sebebiyet verecek kararı verme sürecinde hekim tarafından bilgilendirilmesi, hekimin hem yasal, hem etik, hem de vicdani yükümlülüğü altındadır. Yaşam sonu kararları söz konusu olduğunda, yapılan bilgilendirmenin ve ayrıntılı beyanların yazılı olarak tespiti gerekir.

A. Hukuken Ölüm Kavramı

Ölüm; bir insan, bir hayvan veya bitkide hayatın tam ve kesin olarak sona ermesi olarak tanımlanmaktadır.[24] Hukukumuzda ölüme bağlı birçok sonuçtan bahsetmek mümkündür. Örneğin medeni hukukta ölüm ile kişilik hakları son bulur ve miras hakkı gündeme gelir, ceza hukukunda ise yaşama karşı suçlar başlığı altında ölüme bağlı cezai müeyyideler öngörülmüştür. Bu bağlamda kişinin ölümünün ve ölüm anının tespiti doğacak hukuki ve cezai sonuçlar için önem arz etmektedir.

Kişilik tam ve sağ doğumla kazanılır, ölüm ile son bulur. Burada kişiliği sona erdiren ölümden kasıt, somatik ölümdür. Somatik ölüm, insan vücudunun temel fonksiyonları olan merkezi sinir sistemi, solunum ve dolaşım fonksiyonlarının geri dönülemez şekilde işlevlerinin kaybıdır.[25] Bunun yanında biyolojik ölüm ve beyin ölümü olmak üzere iki farklı ölüm tanımı daha mevcuttur. Beyin ölümü, beynin insan vücudunu

[22] TTB, Yaşam Sonuna İlişkin Bildirge, s.2, (24.11/2019 Tarihli TTB Olağanüstü 71. Büyük Kongre'de kabul edilmiştir). (E.T:20/12/2022) (https://www.ttb.org.tr/)
[23] Örnek Büken, Nüket: "Yaşamın Sonunda Klinik Etik Karar Verme Süreci ve Belirleyici Faktörler" *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği, Hukuku, Tarihi Özel Konular*, Cilt 2(3), s.25
[24] TDK Tanımı, E.T: 15/12/2022 (https://sozluk.gov.tr/)
[25] Koç, Sermet; Can, Muhammet: "Ölüm Kavramı ve Ölü Muayenesi" Klinik Gelişim Dergisi, 2009, s.11

yönetebilme gücünü bütünüyle ve geri dönüşümsüz olarak kaybetmesi hali olarak tanımlanmakta olup, beyin ölümünün gerçekleştiği anda da kişi tıbben ve hukuken ölmüş kabul edilir.[26] Biyolojik ölüm ise, organ ve dokuların somatik ölüme bağlı olarak canlılığını yitirmesi olarak tanımlanır ve bu ölüm şekline ve sonuçlarına hukuken atfedilen bir değer söz konusu değildir.[27]

Esas olarak ölüm kavramının hukuken kabul edilen ve sonuç bağlanan tanımı somatik ölümdür; hastanın kalp ve/veya solunum faaliyetlerinin durması akabinde, uygulanan yaşam desteğine de (resüsitasyon) bir dönüş alınamadığında; hasta ölmüş kabul edilerek yaşam desteğine son verildiği anın ölüm anı olarak tespiti ve kaydı gerekir.[28] Türk Tabipler Birliği 18.4.1948 tarihli kararında *"kişinin ölmüş sayılabilmesi için beynin işlevini tümüyle yitirmiş olması, tüm reflekslerin sona ermiş bulunması, kalp atışı ve solunumun durmuş ve yapay çalıştırılma yöntemleriyle uğraşılarak kendiliğinden çalışacak duruma getirilmemiş olması"* koşullarını birlikte aramakta olduğunu belirtmiştir. [29]

Diğer yandan hastanın "beyin ölümü" vuku bulduğunda da, hukuken öldüğü kabul edilmektedir.[30] Bu iki durum, yani somatik ölüm ve beyin ölümü halleri, kişinin hukuken öldüğünün kabulü ile kişiliğin sona erdiği hallerin tespiti anı olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Ölme Hakkı

Bireyin en temel ve en sıkı korumaya tabi tutulan hakkı yaşama hakkıdır. Peki yaşama iradesinden bağımsız olarak dünyaya gelen bireyin yaşama hakkına hukuk düzenince bu denli önem verilirken, bireyin yaşamını sonlandırmaya yönelik iradesi ve eylemi hukuk düzenince korunacak mıdır?

Bireyin yaşam yerine ölümü seçebilmesi; diğer bir tabirle ne zaman, nerede ve ne şekilde ölebileceğinin bireyin iradesine bağlı olması, ölme hakkını ifade eder.[31] Ölme hakkının kapsamında yer alan intihar kavramı kişinin bizzat yaşamına son vermesini, ötanazi kavramı ölümcül, tedavi imkânı bulunmayan ve büyük acılar çeken hastanın hekim tarafından yaşamına son verilmesini; hekim destekli intihar ise hekimin intihar için yardımcı olacak faaliyetlerde bulunmasını ifade etmektedir. [32]

Hem felsefi, hem dini, hem de hukuki açıdan bakıldığında çoğunlukla insanın varlığını kutsal görmek eğilimi söz konusudur. Felsefi açıdan bakıldığında Pitagoras, Platon, Aristoteles, Stoa ve Epikuros felsefelerinin kişinin hayatına son verme hakkının varlığı hakkında tartışmalar içerdiği, genel olarak yaşama son vermek onaylanmamakta ise de ötenazinin kapsadığı durumların farklı değerlendirildiği görülmektedir.[33] Dini açıdan bakıldığında, İslam, Hristiyanlık ve Yahudilik dinlerinde yaşam kutsaldır,

[26] Gökcan, s.85-86
[27] Koç; Can, s.11
[28] Gökcan, s.88
[29] Sansar, Hatice Arzu: "Organ ve Doku Naklinin Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Editör: Mustafa Çakır, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s.82
[30] 01/02/2012 tarihli 28191 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ORGAN VE DOKU NAKLİ HİZMETLERİ YÖNETMELİĞİ'nin Ek-1. Maddesinde beyin ölümü teşhisi için aranan kriterlere yer verilmiştir.
[31] Kaya, Ali: "Ruh ve Beden Bütünlüğüne Dokunulmazlık Kuramı Bakımından Ölme Hakkı" *Marife Dini Araştırmalar Dergisi,* Cilt 4/2, s.198
[32] Ömeroğlu, Ömer: "Hukuksal Açıdan Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu" *EÜHFD,* Cilt 8, Sayı 3-4, s.86
[33] Güven, Murat: "Ötanazi Hakkına Dair Genel Bir Değerlendirme" *TBB Dergisi,* Sayı 131, s.40

insana yaşamı veren yaratıcı olduğu gibi onu sonlandıracak olan da yaratıcıdır, dolayısıyla intihar ve ötenazi yasak olarak kabul edilmektedir.[34] Diğer yandan hukuki açıdan bakıldığında ise; yaşam hakkı en temel haktır. Bireyin yaşamına son vermesi ya da verilmesini sağlayan irade açıklamaları, yaşam hakkı ve insan onuru çerçevesinde tartışmaları ortaya çıkarmaktadır.

Bireyin onurlu şekilde yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı olduğu gibi, onuruyla ölme hakkının varlığı da kabul edilmelidir. TTB, "Yaşam Sonuna İlişkin Bildirge"de, onurlu ölüm hakkını benimsediğini, ölüm hakkının kullanılmasında temel belirleyenin yaşam niteliği olduğunu kabul ettiğini belirtmiştir. Bildirgede yaşamın niteliği ise "kişinin yaşamını yaşamaya değer bulması, yani hastanın değerlerine; kişi olma vasfını sürdürmesine, hastanın yeterliğine; makul bir insanın yaşamayı sürdürmek isteyebileceği koşulları taşımasına ve bu konuda tıbbın bilimsel olarak ortaya koyduğu verilere dayanan endikasyona bağlı olduğu"[35] ortaya koyulmuştur.

Bireyin kendi yaşamını sonlandırmasının savunulması, kulağa canice bir yaklaşım olarak gelebilmekte ise de, bireyin bu iradesinin somut duruma göre savunulabilir olduğu kanaatindeyiz. Bu noktada intihar olgusu ile ötenazinin birbirinden farklı olgulara dayandığına dikkat çekilmelidir. Örneğin kurtulma şansı olmayan bir hastalığın pençesinde dayanılmaz fiziksel acılar çeken bir kişinin, zorla hayatta tutularak bu acılara daha uzun sürelerde mahkûm edilmesi, bir işkence olarak dahi değerlendirilebilecek olup insan onuruna yakışmayan bir tutumdur. Gerçekten de, bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bakıldığında; hastanın yaşamına dair kararlarda iradesinin esas alınması gerektiğinden, kişinin yaşamının çekilemez hale geldiği durumlarda da bireyin yaşamını sonlandırma iradesine üstünlük tanınması gerekir.

İntihar olgusuna bakıldığında, aslında burada da bireyin psikolojik acılar içerisinde olduğu ve yaşamını sonlandırmak istediği durumlar söz konusu olabilir. Bireyin psikolojik acılar içerisinde olduğu durumda; psikolojik tedaviye ihtiyaç duyulduğu, irade kabiliyetinin bulunmadığı, bu nedenle yaşamı sonlandırma iradesinin geçerli olmadığı, dolayısıyla eylemin bir yasal çerçevede değerlendirilemeyeceğini söyleyebiliriz. Ancak diğer yandan, hiçbir psikolojik sıkıntısı olmayan, irade kabiliyeti bulunan bir birey de, yaşamının belirli bir döneminde artık yaşamamayı ve kendi belirlediği şekilde ölmeyi tercih edebilir. Psikolojik acılar içerisinde olmayan kişinin iradesi geçerli olabilirse de; toplumsal açıdan bireyin yaşamının devamı esas olduğundan ve hukuki olarak da yaşam hakkı üstün kabul edildiğinden, intihar bir hak ya da özgürlük olarak kabul edilmemektedir. Oysaki yaşama hakkı, aynı zamanda ölme hakkını da içinde barındıran bir kavram olarak değerlendirilebilir; neticede ölüm de yaşama bağlı olarak ortaya çıkan bir olgudur. Ancak bu görüş, yaşam hakkının devlet tarafından korunması gerekliliğine aykırılık teşkil ettiğinden, ölme hakkının varlığı henüz net bir şekilde ortaya koyulamamış, sınırları tespit edilememiştir.

Bugün hukukumuzda, kişinin ölme hakkına dair yasal bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte intihar ve intihara teşebbüs suç olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, bir hak olarak da değerlendirilmemektedir. Öte yandan ötenazi ise açıkça yasaklanmıştır. Ötenazi ve hekim destekli intihar hallerinde, hekimin kasten öldürme ve/veya intihara yönlendirme suçundan cezai sorumluluğu

[34] Kalkan, Mehmet: "Biyo Etik Sorunlar ve Dinlerin Ötenazi ve İntihara Bakışı" *Kent Akademisi,* Cilt 7, Sayı 17, s. 20-21

[35] TTB, Yaşam Sonuna İlişkin Bildirge, Sf:4

doğabilecektir. Kanun koyucunun bu şekildeki düzenlemeler ile dolaylı olarak ölme hakkını kabul etmediğini, bireyin yaşam hakkına üstünlük tanıdığını ve yaşam hakkının bireyin bizzat kendi iradesiyle dahi sonlandırılmasını uygun bulmadığını ortaya koyduğu kanaatindeyiz.

C. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı/Hasta Özerkliği

Gelişen teknoloji ve değişen dünya düzeniyle birlikte, tıbbi müdahalenin çeşitleri ve uygulanma şekilleri de artmıştır. Bu gelişmelere dayalı olarak; geçmişte kabul edilen hekimin hastanın sağlığı için gerekli uygulamayı yapacağı, bu uygulamayı yaparken hastanın sürece katılımının sınırlı olacağı şeklindeki paternalist hekimlik anlayışının[36] aksine, günümüzde hastanın kararlarına ve taleplerine gittikçe daha fazla önem atfedilmektedir. Bu yaklaşımlarla paralel olarak da; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri hastanın rızası olarak belirlenmiş durumdadır.

Hastanın rızasının hukuka uygunluk şartlarından biri olarak belirlenmesi ile birlikte, bu rızayı verecek olan hastanın özerkliği veya bir diğer söyleyişle hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı gündeme gelmektedir. Özerklik kelime anlamı olarak; bir topluluğun, bir kuruluşun ayrı bir yasaya bağlı olarak kendi kendini yönetme hakkı olarak tanımlanmaktadır.[37] Hukuki açıdan kişinin kendisi ile ilgili kararları özgür iradesi ile alabilmesi ve aldığı kararlar doğrultusunda davranabilme yetkisi, "kişi özerkliği" ya da "kendi kaderini/geleceğini belirleme hakkı" olarak nitelendirilmektedir.[38] Hasta özerkliği ya da hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ise, tıbbi müdahaleye ilişkin kararların hastanın kontrolü altında verilmesidir.[39] Diğer bir deyişle hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, teşhis, tedavi ve muhtemel riskler konusunda hastanın bilgilendirilmesini ve bu sayede hastanın uygulanacak tedaviyi ve süresi yönlendirebilmesini ifade etmektedir.[40]

Hastanın özerk bir kararının varlığından söz edebilmek için; hastanın irade beyanında bulunduğu konuyu anlamış olması, hekimin ya da başka kimsenin etkisi altında kalmadan özgür iradesini oluşturmuş ve isteği doğrultusunda iradesini açıklamış olması gerekir. Bu çerçevede örneğin hiçbir açıklama yapılmaksızın önüne getirilen matbu bir aydınlatılmış onam formunu imzalayan hastanın, özerk bir karar verdiğinden bahsedilemez.[41] Bu çerçevede, güncelliğini koruyan hasta özerkliğinin ve iradesinin merkeze alındığı bu yaklaşımla, hastanın tedaviyi reddetme hakkı ve buna bağlı diğer yaklaşımlar ortaya çıkmaktadır.

D. Tıbbi Vasiyet

Biyotıp Sözleşmesi m.9'da yer alan "Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır." Ve HHY m.24/5'te yer alan "Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda

[36] Atıcı, Elif: "Hasta-Hekim İlişkisi Kavramı", *UÜTFD,* Cilt 33, Sayı 1, s.46
[37] TDK tanımı, E.T: 19/12/2022 (https://sozluk.gov.tr/)
[38] Gökcan, s.97
[39] Atıcı, s.48
[40] Aşkın, Uğur; Yeğrim, Koray: "Ötenazi ve Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Arasındaki İlişki", *TAAD*, Cilt 13, Sayı 52, s.3
[41] Aydın, Erdem: "Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi", *Erciyes Tıp Dergisi,* Cilt 25, Sayı 2, s.94

bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır" şeklindeki düzenlemelere dayalı olarak ortaya çıkan tıbbi vasiyet kavramı, bir vasiyet olmaktan ziyade hastanın tıbbi talimatlarıdır. TTB tarafından ilan edilen "Yaşam Sonuna İlişkin Etik Bildirge"de de; kronik bir hastalık yaşamakta olan hastanın, hekimi tarafından bilinci açıkken fikrine başvurularak; eğer hasta karar veremeyecek bir duruma gelirse, bu durumdaki isteğinin ne olduğu ortaya koymasının önerilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu çerçevede tıbbi vasiyet kavramını, hastanın ayırtım gücü yerindeyken, ayırtım gücünü kaybetmesi durumunda ne şekilde tedavi uygulanacağını, hangi tıbbi müdahalelere rıza gösterdiğini ve hangilerine rızasının bulunmadığını ortaya koyması olarak tanımlayabiliriz.[42]

Tıbbi vasiyet kavramı, esas olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Burada tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirilmiş, yazılı olması, el yazısı ile imzalanması ve tarih atılması gerektiği belirtilmiş, ancak aydınlatmaya ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.[43] Nitekim yukarıda yer verilen Biyotıp Sözleşmesi ve HHY maddelerinde de hastanın aydınlatılması hususuna ilişkin bir açıklama yer almamaktadır.

Eğer hasta, hastane dışında bir yazılı belge tanzim ederek tıbbi vasiyetini ortaya koymuşsa, bu halde bilinci kapalı olarak hastaneye geldiğinde, hekimin zaten hastayı aydınlatması mümkün olmayacaktır. Kaldı ki hukukumuzda bu hususta net bir yasal düzenleme yer almadığından, yazılı olarak tanzim edilen söz konusu belgenin hekimi bağlayacağı da söylenemez. Her ne kadar bağlayıcı bir belgenin varlığından söz edilemez ise de, belgenin varlığı acil durumlarda ya da temsil yetkisinin kullanıldığı hallerde hastanın farazi iradesinin belirlenmesinde yardımcı olabilir.[44] Örneğin yaşam destek tedavisinin hastanın yararına olmadığı hekim tarafından değerlendirilirken, hasta yakınları hekimin fikrine iştirak ederek tedavinin sonlandırılması (yani yaşam sonu kararı) iradesini ortaya koyuyorsa, bu durumda yazılı belgenin hastanın varsayılan iradesi olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir. Ancak yine de böyle bir durumda hekimin hastaya ait olup olmadığını tespit edemeyeceği bir yazılı belgeye istinaden tıbbi müdahalede bulunmaması sorumluluğunu doğurabilecektir. Nitekim hastanın bu yöndeki iradesinin, belgenin düzenlendiği tarihten sonra değişmiş olması da ihtimal dâhilindedir. Bu nedenle; bu hallerde de hekimin tıbbi müdahalede bulunması gerektiği şeklindeki görüşe katılıyoruz.[45]

Peki hasta, hastanede tedavi gördüğü esnada ve bilinci açıkken doktoruna bir tıbbi vasiyette bulunuyorsa durum değişecek midir? Burada hastanın bilinci açıkken ortaya koyduğu iradesini uygulamak, sağlık çalışanlarının etik yükümlülüğü olarak değerlendirilmektedir ve hekim tarafından hastanın iradesi doğrultusunda, söz konusu yaşam destek tedavilerinin esirgenmesi ya da sonlandırılması, etik açıdan uygun ve gerekli görülmektedir.[46]

---

[42] İmamoğlu, Selma Hülya: "Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler", AÜHFD, Cilt 65, Sayı 1, s.202
[43] İmamoğlu, s.205
[44] İmamoğlu, s.223
[45] Hakeri, s.472
[46] Akpınar, Aslıhan; Ersoy, Nermin: "Yaşamı destekleyen tedaviler: Ne zaman esirgenmeli? Ne zaman sonlandırılmalı?", *Türk Onkoloji Dergisi,* Cilt 27, Sayı 1, s.40

Kanaatimize göre bu şekilde ortaya koyulan tıbbi vasiyetin, tedavinin reddi gibi değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda; öncelikle hekimin hastayı iradi yönden değerlendirmesi ve karar verebilecek yeterliliğe bulunduğunu tespit etmesi gerekir. Eğer hasta bu yeterliliğe sahip ise, hekim hastayı detaylı şekilde aydınlatmalı, tıbbi müdahalenin risk ve faydaları yönünden hastanın aklındaki soru işaretlerini ortadan kaldırmalı, alternatif tedaviler hususunda bilgilendirmelidir. Akabinde halen ısrarla devam eden bir tıbbi vasiyet varsa, hekim bu durumu yazılı olarak tutanak altına almalı ve devam eden süreçteki müdahalelerinde de hastanın söz konusu iradesini dikkate almalıdır.

E. Tedavinin Reddi

Tıbbi müdahalenin temelinde, hastanın yaşadığı sağlık probleminden kurtulmak isteği vardır. Hasta bu isteği doğrultusunda hekime başvurur, hekim muayene ve teşhis aşamalarının ardından hastaya gereken tedaviyi önerdiğinde, hekime başvurusu isteğe ve dolayısıyla rızaya dayalı olan hastanın, uygulanacak tedavi açısından da rızasının esas alınması gerekir.

Anayasa md.90 gereği iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Biyotıp Sözleşmesi md.5'te, hastanın tıbbi müdahaleye verdiği rızayı her zaman geri alabileceği belirtilmektedir. Yani hasta, uygulanması planlanan tedaviye rıza vermeyerek tedaviyi reddedebileceği gibi, uygulanmakta olan bir tedavinin herhangi bir aşamasında rızasını geri alarak tedavinin durdurulmasını da isteyebilir. HHY m.25'te ise tedaviyi ret hali bir hasta hakkı olarak düzenlenmiş olup, madde metninde bu hakkın kanunen zorunlu haller dışında kullanılabileceği; yine bu hakkın kullanılması halinde doğması muhtemel olumsuz neticelerin sorumluluğunun hastaya ait olacağı açıkça belirtilmiştir. Nitekim hastanın tedavinin reddi halinde öleceği açıkça bilinmekte olsa bile, hastanın sağlıklı ve usulüne uygun olarak ortaya koyduğu tedaviyi ret iradesine üstünlük tanınarak eylemin hukuka aykırı olmayacağı ve hekimin de sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmektedir.[47]

Yani hukukumuzda hasta, hekim tarafından kendisine önerilen tedaviyi kabul edebileceği gibi, reddetmek hakkına da sahiptir. Tedavinin hasta tarafından kabul edilmesi halinde hastanın rızası alınmış olur. Eğer hasta tedaviyi kabul etmiyor ise, tedavinin reddi söz konusu olacaktır.

Tedavinin kabulü (rıza) halinde olduğu gibi, tedavinin reddi halinde de hastanın aydınlatılması gerekir. Tedavinin reddi söz konusu olduğunda, sürecin hastanın ölümü ile dahi sonuçlanabileceği göz önüne alındığında, hastaya yapılacak aydınlatmanın/bilgilendirmenin kapsamı, doğması muhtemel hukuki ve cezai sorumluluk açısından büyük önem arz etmektedir. Nitekim yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, aydınlatma eğer usulüne uygun olmaz ise, rızanın geçersiz olması sonucunu doğuracağından, hekimin hukuki ve cezai sorumluluğuna sebebiyet verebilmektedir.

Tedavinin reddi halinde yapılacak aydınlatmada hastanın bu yöndeki iradesinin sağlıklı oluşabilmesi için ölüm ya da önemli sağlık zararı sonucu vurgulanarak geniş kapsamlı bir aydınlatma yapılması gerekir.[48] Kanaatimizce yapılacak bu aydınlatma kapsamında, hasta veya kanuni temsilcisi ya da yakınları; tedavinin

[47] Sert, Gürkan: "Tıp Hukuku'nda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği", *Terazi Hukuk Dergisi,* Cilt 7, Sayı 10, s.17

[48] Hakeri, s.745

reddi halinde ortaya çıkması muhtemel sonuçlara ilişkin mevcut hastalık, hastalığın seyri ve güncel aşaması, önerilen tedavi yöntemi, varsa alternatif tedaviler, hastalığın tedavi edilmemesi halinde doğabilecek komplikasyonlar, sağlık durumunda gelişecek değişimler ve ortaya çıkabilecek riskler ve tedavi ile elde edilmesi beklenen yararlar özelinde bilgilendirilmelidir. Bu aydınlatmanın hastanın anlayacağı şekilde yapılması gerekir. Nitekim alınacak tedaviyi ret beyanı öncesinde, hastanın yapılan bilgilendirmeyi anlamış olduğunun hekim tarafından da tespit edilmesi gerekir.

Hastanın özerkliğine saygı ve yararlılık ilkesi gereği tedavinin reddi halinde hekimin; ret iradesinin aydınlatılmaya dayalı olmasını sağlamak ve tedavinin reddi nedenlerini araştırarak yazılı şekilde kayıt altına almak yükümlülüğü söz konusudur.[49] Hastanın usulüne uygun şekilde bilgilendirilmemesi halinde, hastanın tedaviyi ret iradesinin de hukuka uygun olarak ortaya çıktığını söylemek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu halde ortaya çıkan ölüm sonucunda, hekimin yasal sorumluluğu doğacaktır.

HHY m. 25 uyarınca da, hastanın tedaviyi reddetmesi durumda bir yazılı belge tanzim edilerek, tedavinin uygulanmaması ile doğabilecek sonuçların hastaya veya kanuni temsilcisine veya yakınlarına anlatıldığı tutanak altına alınmalıdır. Uygulamada da çoğu zaman, hekimlerin yönetmelik maddesine uygun şekilde yazılı belge tanzimi gerekliliğini ihmal ettiği görülmektedir. Hekimin kayıt tutma yükümlülüğü her tıbbi müdahale açısından esas olduğu gibi, tedavinin reddi halinde özellikle bir yazılı belgenin arandığı yönetmelik maddesinde açıkça belirtilmiştir. Yargıtay, tedaviyi redde ilişkin yönetmelik maddesine uygun şekilde yazılı belgenin varlığının araştırılması gerektiğini, bu yazılı belgenin de tarafların hukuki durumunun takdiri açısından belirleyici olduğunu belirtmektedir.[50] Hekimin hukuki ve cezai

---

[49], Ersoy Burcu; Özcan, Müesser; Ünüvar Göçeoğlu, Ümit; Balcı, Yasemin: "Tedaviyi Red Kararı Sonrası Ölüm Olgusundan Yola Çıkarak Etik ve Hukuki Sorunların Tartışılması", *MSKÜTD,* Cilt 8, Sayı 3, s.226

[50] Yargıtay 13. HD, 09/10/2018 Tarih ve 2016/28450 E., 2018/9152 K. Sayılı kararı: *"..Bu durumda, ... dekolmanı teşhisi konulan bir hastaya hekimin derhal müdahale etmesinin gerekip gerekmediği, bu durumun anne ve bebek açısından hayati risk taşıyıp taşımadığı, bu teşhis konulan hastanın, hem kendisinin hem de bebeğin sağlığı açısından uygunalanacak* **tedaviyi red** *etme hakkının bulunup bulunmadığı, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya yakınlarına anlatılıp anlatılmadığı ve yazılı bir belgenin neden alınmadığına ilişkin inceleme ve değerlendirme yapılması için üniversitelerin tıp fakültelerinde görevli öğretim üyelerinden Kadın Hastalıkları ve Doğum konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir…"* ; Yargıtay 13. HD., 17/12/2019 Tarih ve 2018/5555 E., 2019/12706 K. Sayılı kararı *" Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir." şeklinde düzenlemeler yer almakta olup, davalı tarafın ibraz ettiği 04.09.2015 tarihli belgede hasta ve yakınının imzasının yer almadığı gibi söz konusu belge yönetmeliğe uygun olarak düzenlenmemiştir… Bu durumda, davalıların hukuki konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve işlemlerin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalılara kusur izafe edilip edilmeyeceği, hastaya hekimin derhal müdahale etmesinin gerekip gerekmediği, hayati risk taşıyıp taşımadığı, hastanın sağlığı açısından uygulanacak* **tedaviyi ret etme hakkının bulunup bulunmadığı, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçları***n hastaya veya veyahut yakınlarına anlatılıp anlatılmadığı ve yazılı bir belgenin neden alınmadığına ilişkin inceleme ve değerlendirme yapılması için üniversitelerin tıp fakültelerinde görevli öğretim üyelerinden aralarında Kadın Hastalıkları ve Doğum konusunda uzmanın da bulunduğu, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir…"*

sorumluluğundan kurtulabilmesi için, matbu formlar ile yetinilmeyerek ve ret beyanının anlaşılır ve açıklayıcı olmasına özen gösterilerek, hastanın tedaviyi ret nedenlerinin açıkça belirttiği beyanları tutanak altına alınmalıdır.

Hastanın tedaviyi reddetmesi halinde, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına üstünlük tanındığından, hastaya tedavi uygulanamaz, hasta zorla tıbbi müdahaleye maruz bırakılamaz. Hasta tedaviye rıza vermez yahut verdiği rızayı geri alırsa; hekimden yalnızca hastanın acılarını dindirecek tedbirleri alması beklenir.[51] Ancak hastanın tedaviyi ret hakkını kullanmasının ardından, fikrini değiştirerek yeniden sağlık kuruluşuna müracaatı söz konusu olursa, tedaviyi ret beyanı verdiğinden bahisle hastaya müdahaleden kaçınılamaz. [52] Bu halde hastaya, rızası çerçevesinde tıp biliminin gerektirdiği müdahalelerin uygulanması gerekir.

Hastanın tedaviyi reddetmesi akabinde, usulüne uygun bir şekilde tedaviyi ret beyanının alınması ile birlikte hekimin doğacak neticelerden sorumluluğu olmayacaktır. Aksine hekim, kanuni zorunlulukların gerektirmediği hallerde, hastanın tedaviyi reddetmesine rağmen müdahalede bulunursa eylemi hukuka aykırı olacaktır.[53] Nitekim hastaya iradesi hilafına zorla tedavi uygulanması; insan onuruna, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına aykırı olup hukuksuzdur.[54]

Tedaviyi ret kavramı, aşağıda incelenecek olan bazı diğer başlıkları da içinde barındırabilen nispeten daha geniş bir kavram olduğundan, bu kısımda özellikle aydınlatılmış onama ilişkin yer verdiğimiz açıklamaların niteliğine uygun düştüğü takdirde diğer hallerde de dikkate alınması gerektiğini belirtmeliyiz.

F. Ötanazi

Ötanazi kelimesinin kökeni eski Yunancadaki "euthanasia" kelimesine dayalı olup, "iyi, hayırlı" anlamlarına gelen "eu" ve ölüm anlamına gelen "tanasium" kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır.[55] Türkçe kelime olarak anlamı ise "ölme hakkı" olarak tanımlanmaktadır.[56] Ancak ötanaziye yönelik bu tanımın yetersiz olduğunu belirtmeliyiz. Hem hukuk hem de tıp bilimini yakından ilgilendiren ve hukuki geçerliliğine ilişkin halen bir görüş birliğine varılamamış olan bu kelimenin tanımının yalnızca ölme hakkı ile ifade edilmesi mümkün değildir. Nitekim ölme hakkının detayları yukarıda açıklanmış olup, ötanazi çok yönlü ve daha karmaşık durumlar barındıran bir durumdur.

Doktrinde farklı tanımlamalar yer almakla birlikte yaygın olarak kabul edilen ötenazi tanımı "Ölüm durumunun kaçınılmaz olduğu ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı olmayan veya dayanılmaz acılar içerisinde olan kişinin tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilerek kişiyi ölüme terk etme durumudur."[57] Günümüzde ötanazinin hukuki durumuna ilişkin tartışmaların devam ettiği

[51] Hakeri, s.743
[52] HHY md.25/2: "*Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.*"
[53] Gökcan, s.106; Hakeri, s.741
[54] Gökcan, s.106
[55] Gamsız Bilgin, Nursel: "Ötanazi: Tanım ve Tarihçe*", Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Lokman Hekim Tıp Tarihi ve Folklorik Tıp Dergisi,* Cilt 3, Sayı 2, s.25
[56] TDK tanımı, (E.T: 19/12/2022) (https://sozluk.gov.tr/)
[57] Güven, s.39

bilinmekle birlikte, hasta özerkliği ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına yönelik gelişmeler ile birlikte, artık ötenazi kavramına ön yargının nispeten kırıldığını, hatta bazı ülkelerde artık ötanazinin yasal hale geldiğini söylemeliyiz.[58] Ancak hukukumuzda ötenazi yasaktır.[59]

Ötanazi, aktif, dolaylı ve pasif ötanazi olmak üzere üç farklı tanıma ayrılmaktadır. Aktif ötanazi, hekimin hastanın ölümü sonucu doğuracak bir icrai harekette bulunmak suretiyle, tedavi ümidi olmayan ve ağır acılar çeken hastanın iradesine dayalı olarak yaşamının sona erdirmesidir.[60] Burada ölüm sonucu hekimin aktif bir müdahalesine, icrai hareketine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. HHY m. 13'teki "Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez." Şeklindeki düzenlemede de belirtildiği üzere hukukumuzda aktif ötanazi yasaktır. Aktif ötanazi sayılabilecek icrai hareketlerde bulunan hekimin, kasten adam öldürme suçu nedeniyle sorumluluğunun doğması söz konusu olabilecektir.

Pasif ötanazi ise; ölümcül hastalığı nedeniyle ağır acılar çeken hastanın iradesine dayalı olarak, bir süre daha yaşamasını sağlayabilecek yaşam destekleyici tedaviye başlanmaması veya bu yaşam destekleyici tedaviye son verilmesi halidir.[61] HHY m.13'ün lafzı gereği; aktif ve pasif ötanazi ayrımı yapılmaksızın ötanazinin yasaklandığı ve pasif ötanazinin de hukuka aykırı olduğu söylenebilirse de, bu konu tartışmalıdır. Doktrinde pasif ötanazinin hukuka aykırı olduğu ve bu halde hekimin taksirle adam öldürme suçundan sorumluluğunun doğacağını savunan görüş mevcut olmakla birlikte[62], bizim de katıldığımız görüşe göre yönetmelik hükmü icrai davranışa dayalı olan aktif ötanaziyi yasaklamaktadır.[63]

Pasif ötanazide bilinci açık, temyiz kudreti bulunan hastanın iradesi ve isteği doğrultusunda yaşam destekleyici tedbirlerin uygulanmaması ya da uygulamanın sona erdirilmesi söz konudur. Dolayısıyla temelde, hastanın iradesi ve isteği vardır. Yani hasta, aslında yasalara uygun olarak tedaviyi ret hakkını kullanmaktadır. Bu noktada tedaviyi ret halinde olduğu gibi, öncelikle hastanın irade kabiliyeti tespit edilerek, hastanın yaşam destekleyici tedavilerin uygulanmaması ya da durdurulması halinde doğacak neticeler açısından detaylı şekilde bilgilendirilmesi, özellikle ölüm olgusu söz konusu olduğundan, yaşamın sona ereceği hususu vurgulanarak hastanın beyanı tutanak altına alınmalıdır.

Dolaylı ötanazi ise, hekimin ölmek üzere olan hastanın acılarını dindirmek amacı ile tıp biliminin öngördüğü ilaçları kullanması ve bu ilaçların kullanımı ile oluşan yan etkiler neticesinde hastanın yaşam süresinin kısalması anlamına gelir.[64] HHY m. 5/b ve m.12'nin dolaylı ötanaziyi de yasakladığı söylenebilirse de, TDN m.14'te "Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya

[58] Hollanda, Belçika, Lüksenburg, ABD'de bazı eyaletlerde ötanazi yasaldır.
[59] HHY md. 13: "*Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.*"
[60] Gökcan, s.123
[61] Gökcan, s.128
[62] Güven, s.46
[63] Gökcan, s.136
[64] Hakeri, s.1099

dindirmeye çalışmakla mükelleftir." denilmekte, yine HHY m. 14/2'de "Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur." denilmektedir. Yani hastanın acılarının dindirilmesi sağlık personeli açısından bir yükümlülüktür. Hastanın acılarını dindirmek yükümlülüğü altında olan hekimin, tıbbi gerekliliklere dayalı olarak uyguladığı müdahaleler, hastanın yaşam süresini kısaltsa dahi, hekimin bu tedbirleri almaktan kaçınamayacağı savunulmakla birlikte, bu durumda müdahalenin/ilacın uygulanacağı hastanın yazılı rızasının alınması gerekir.[65] Yine önemle belirtmek gerekir ki; hekimin dolaylı ötenaziye yönelik eylemleri bakımından hukuki ve cezai sorumluluğunun doğmaması için hem tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarının somut halde mevcut olması, hem de uygulanması mümkün başka tedavi yönteminin bulunmaması gerekir.[66] Burada özellikle, yaşam süresinin kısalmasına sebebiyet veren tıbbi müdahalenin ya da ilacın uygulandığı kişinin bilinci açıkken duruma ilişkin aydınlatılması ve rızasının alınması gerekmektedir. Hastanın bilinci kapalıyken söz konusu ilaç ya da tedavinin uygulanması sırasında, hastanın dayanılmaz acılar içerisinde olduğundan kabulle varsayılan iradesinin varlığı savunabilirse de, bu halde de hasta yakınlarının bilgilendirilerek rızalarının alınmasının hekimin lehine olacağı kanaatindeyiz.

Ötanazi, geri dönüşü olmayan bir şekilde yaşamsal varlığın sonlandırmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla ötanazinin uygulanabilirliği için, geniş kapsamlı bir araştırma ve aydınlatma gerekir. Dolaylı ötanazi ve pasif ötanazi hallerinde hastaya yapılacak bilgilendirme kapsamında, öncelikle hastanın fiil ehliyeti bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Bilindiği üzere TMK m. 10 gereği ayırtım gücü bulunan ve kısıtlı olmayan ergin kişinin fiil ehliyeti bulunmaktadır. Öncelikle hastanın temyiz kudreti bulunup bulunmadığı netleştirilmeli, gerekirse psikiyatri konsültasyonuna başvurulmalıdır. Daha sonra hastanın; tedavinin uygulanmaması, kesilmesi ya da yaşam süresini kısaltıcı ağrı tedavilerin uygulanması durumunda ortaya çıkabilecek komplikasyonlar, riskler, tıbbi müdahalede bulunulması/bulunulmaması durumunda ortaya çıkabilecek yararlar ve zararlar, her iki durumda hastanın vücudunda ve sağlığında meydana gelecek değişiklikler, hastalığın gelişimi ve seyri, hekimin tıbbi müdahale önerileri hususlarında bilgilendirilmesi gerekir. Akabinde hastanın konuyu anlayıp anlamadığı netleştirildikten sonra, tedaviyi ret ya da dolaylı ötenazi talebi şeklindeki devamlı iradesinin hukuken tutanak altına alınması sağlanmalıdır.

Öğretide yer alan bir diğer ayrım ise, iradeye bağlı olan ötanazi ve iradeye bağlı olmayan ötanazi ayrımıdır. İradeye bağlı olan ötenazide, hastanın iradesi ile hareket edilir. İradeye bağlı ötenazinin hukuki olarak geçerli olabilmesi için, ayırtım gücü bulunan hastanın iradesini sakatlayacak bir durum olmaksızın ortaya koyduğu özgür iradesine uygun şekilde davranılmış olması gereklidir.[67] Eğer hastanın bilinci kapalı ise ve hasta yakınlarının iradesi ile ötanazi uygulanıyorsa, irade dışı ötanaziden bahsedilecektir. Her iki halde de, hastanın veya hasta yakınlarının aydınlatılmış onamının alınmış olması gerekir.[68] İrade dışı ötanazi de, hastanın ölümü neticesini doğuracak kararı hastanın bizzat kendisi vermediğinden, bu hususta farklı görüşler mevcuttur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, ölüm hususunda karar verebilmek, kişiye sıkı

[65] Demirörs, Özge; Hızal, Sevinç Arslan: "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", *AÜHFD*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s.1489
[66] Hakeri, s.1100
[67] Besiri, Arzu: "Ötenazi ve Yaşam Hakkı", *TBB Dergisi,* Sayı 86, s.191
[68] Besiri, s. 191-192

sıkıya bağlı hak olarak değerlendirilecek en temel haklardan biri olduğundan, bu hakkın kanuni temsilci vasıtası ile kullanımı mümkün olmamalıdır.[69] Nitekim halihazırda kişinin kendi iradesine dayalı aktif ötanazi dahi yasal olmadığından, irade dışı ötanazinin kabul edilmesi mümkün değildir.

G. Beyhude Tedavi ve Hekimin Tedaviyi Sonlandırma Hakkı

Öğretide yararsız, nafile, faydasız, etkisiz tedavi ya da tıbbı faydasızlık gibi farklı şekillerde isimlendirilen beyhude tedavi kavramı en basit hali ile "faydalı bir sonuca hizmet etmeyen, etkisiz tedavi" şeklinde tanımlanabilir.[70] Diğer bir deyişle "hekimin, hastanın ya da vekilinin tıbbi müdahalenin yararsız ya da etkisiz olduğu, yaşam kalitesine minimum katkı ya da çok az fayda sağladığı, hastanın beklentilerine cevap verme olasılığı taşımadığı, makul yaşam şansı tanımadığı konusunda birleştikleri tedavi" beyhude tedavidir.[71]

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.30'da "Hekim, hastasının parasal durumu ne olursa olsun, kesin zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçlar ve yöntemler öneremez, hastaya gereksiz harcamalar yaptıramaz ve yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi veremez." denilmektedir. Her ne kadar bu düzenlemenin "Gereksiz Harcama Yaptırma Yasağı" başlığı altında yapılması eleştirilebilirse de; esasen bu madde ile hekimin beyhude tedavide bulunmama ödevi ortaya koyulmuştur. Yani hekimin sunmuş olduğu tedavinin hastaya yararı olmayacaksa, hekim müdahalede bulunmaya zorlanamaz.[72]

Amerikan Tıp Birliği (AMA), boşuna tedaviye karar verilirken sağlık personelinin yaklaşımına ilişkin açıklamalarında, hasta veya yakınlarının, tedavinin neden boşuna olduğuna dair tam olarak aydınlatılması gerektiğini belirtmiştir.[73]

Türk Tabipler Birliği de "Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirge"de, boşuna tedaviye şu şekilde yer verilmiştir:

> *"Hastaya önerilen ya da durumu için mümkün olabilen tedavinin yararsız ya da etkisiz olduğu, yaşamın niteliğine çok az katkı sağladığı, beklentilere cevap verme olasılığı taşımadığı ve makul yaşam şansı tanımadığı durumlarda tedavi ya da uygulama tıbbi açıdan yararsız olarak değerlendirilmekte ve "boşuna tedavi" terimi ile ifade edilmektedir. Özellikle terminal dönemde saldırgan (agressive) yaşam destek tedavilerinin hastaya durumunu düzeltme şansı tanımadığı ve fizyolojik bir yarar sağlamadığı, aksine ilave ağrı ve acıya maruz kalmasına ya da sıkıntı çekme süresinin uzamasına neden olduğu durumda öngörülen tedavinin yapılmaması etik açıdan savunulabilir. Boşuna tedavi tıbbi bir karar olup, hekim tarafından alınır. Hekimin boşuna olarak değerlendirdiği uygulamalar yaşam destek tedavisi olarak sınıflandırılamaz. Tıbbi yararsızlık söz*

[69] Biton Serdaroğlu, Erika: "Ötenazi-Ölme Hakkı", *MÜHFHAD*, Cilt 22, Sayı 3 Özel Sayı- Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s.466
[70] Acar, Veli: "Yararsız Tedavi", *Türkiye Biyoetik Dergisi*, Cilt 3 Sayı 2, s.74
[71] Örnek Büken, s.29
[72] Hakeri, s.472
[73] Özkaya, Hilal; İlkılıç, İlhan: "Palyatif Bakım ve Tıp" *İsar Yayınları,* İstanbul 2022, s.85

konusu olduğunda solunum ve dolaşım desteği hastadan esirgenebilir ya da sonlandırılabilir. Hastanın ağrı, acı çekme süresinin uzamasına, beklenen ölümün ertelenmesine yol açan yapay beslenme/ sıvı desteği de sonlandırılabilir. Ancak hasta bakımı hiçbir biçimde boşuna tedavi kapsamında değerlendirilemez. Boşuna tedavi kararı ile uygulamaların sonlandırılması hastaya verilen bakımın sonlandırılması anlamına gelmez.

1. *Hekim, mesleki bilgiler doğrultusunda boşuna tedavi olarak değerlendirdiği bir uygulamayı yapmaya zorlanamaz.*
2. *Hekim, hasta ya da yasal temsilcisini boşuna tedavi kararı konusunda bilgilendirmelidir.*
3. *Hasta ya da yasal temsilcisi hekimin boşuna tedavi olarak değerlendirdiği bir uygulamanın yapılması konusunda ısrarlı ise, hekim hastanın tedavisinden çekilebilir. Ancak hekim bu durumda, tıbbi bakımın sürekliliğini sağlamaktan ve/veya hastanın uygun koşullarda başka bir sağlık kurumuna nakledilmesinden sorumludur.*
4. *Beyin ölümü tanısı konduktan sonra yapılacak uygulama ve girişimler tıbbi tedavi kapsamında nitelendirilemez. Hekim, tıbbi ve yasal anlamda ölüm anlamına geldiğinden beyin ölümü tanısı sonrasında herhangi bir uygulama yapmaya zorlanamaz."*[74]

Eğer hekim tarafından tedavinin faydasız/beyhude olduğu kanaatine varılır ise, hekim hastaya ya da yasal temsilcisine bu durumu açıklanmalıdır. Bu aydınlatma çerçevesinde tedavinin getireceği yük ve acının ağırlığı, buna rağmen sağlayacağı faydaların azlığı, dayanılmaz bir yaşam kalitesini sürdürmeye yönelik olduğu, sağlığa olumlu etkisinden bahsedilemeyeceği hekim tarafından hastaya/hasta yakınlarına açıklanmalıdır. Beyhude tedavide, hastanın fizyolojik, anatomik ve kimyasal olarak faydası değerlendirileceği gibi, yaşam kalitesi olarak refahı da göz önüne alınmalıdır.[75] Her iki açıdan da tedavinin yararlı bir netice ortaya çıkarabilmekten uzak olduğu değerlendirilebilirse, bu halde tedavinin nafile olduğu noktasında bir şüphe bulunmayacaktır. Dolayısıyla hekim, bu durumda tedavide bulunmaya zorlanamaz.

H. Resüsite Etmeme Talimatı

İnsan bedeninde kendiliğinden devam eden solunum ve dolaşım faaliyetlerinin ani olarak durması hali tıp dilinde "kardiyopulmoner arrest" olarak isimlendirilmektedir. Kardiyopulmoner resüsitasyonu (CPR) ise, duran solunum ve dolaşım faaliyetlerinin yeniden kendiliğinden işlemeye devam etmesi için ortaya konulan çabaları içeren faaliyetler olarak tanımlayabiliriz.[76] Konumuzu oluşturan resüsite etmeme ya da

[74] TTB, Yaşam Sonuna İlişkin Bildirge, s.4
[75] Akpınar, Ersoy, s.42
[76] Balcı, Bahattin; Keskin, Özcan; Karabağ, Yavuz: "Kardiyopulmoner Resüsitasyon" *Kafkas Tıp bilimleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, s.41

diğer söyleyişle resüsitasyon yapılmaması talimatı, hastanın solunum ve dolaşımının durduğu zamanlarda uygulanan kardiyopulmoner resüsitasyon işleminin yapılmaması yönündeki istemi ifade etmektedir.[77] İngilizce de "Do Not Resuscitate" şeklinde ifade edildiğinden DNR olarak kısaltılmaktadır.

Kalp ve solunum fonksiyonlarının durması ile hastanın yaşamsal bulgularının kaybolduğu sırada, hasta uygulanacak resüsitasyon ile yaşama geri dönebilir durumdadır. Ancak hastaya herhangi bir müdahalede bulunulmazsa, yaklaşık 8 dakika içerisinde hasta vücudunda somatik ölüm kavramına ilişkin gelişmeler yaşayacak ve neticeten hastanın yaşamı sona erecektir.[78] Dolayısıyla resüsite etmeme talimatı, yine hastanın ölümü ile sonlanan bir duruma ilişkindir. Yani hekimin hukuki ve cezai sorumluluğunun doğmaması için ciddi derecede dikkat ve özen gerekir.

Resüsite etmeme talimatının niteliğine bakıldığında, bu kavramın esasında tıbbi vasiyet, tedaviyi red ve özellikle de pasif ötenazi kavramları içerisinde değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür. Bu talimatın varlığı durumunda da hasta, pasif ötenazide olduğu gibi, yaşamını devam ettirecek olan tedaviyi reddetmektedir. Dolayısıyla genel esasların, hukuki ve cezai sorumluluğun bu kavramlar ekseninde değerlendirilebilmesi olasıdır.

Hastanın resüsitasyon yapılacağı esnada bu yönde bir talimat vermesi mümkün değildir. Belirttiğimiz üzere resüsitasyon, hastanın yaşamsal faaliyetlerinin durduğu anda, yeniden kendiliğinden işler hale gelmesi için yapılan işlemlerdir. Hastanın resüsitasyon uygulanacağı esnada yaşamsal faaliyetleri durmuş olacağından, bu anda bir talimat verilmesi, hastanın bilgilendirilmesi ya da rıza araştırılması yapılması mümkün değildir. Peki hastanın, resüsite edilmeme yönündeki iradesini bilinci kapanmadan önce ortaya koyması halinde durum ne olacaktır? Bu durumda yukarıda yer verdiğimiz tıbbi vesayet kavramı söz konusu olacaktır. Hasta bilinci açıkken, özgür iradesine dayalı olarak hekime resüsite edilmeme iradesini açıkça bildirmişse, burada artık hastanın bilinci kapandığında ve yaşamsal fonksiyonları durduğunda resüsitasyon yapılmaması gerekir.[79] Bu halde hastanın resüsite edilmeme iradesinin, tıbbi vasiyet ve genel ölçüde de tedavinin reddi olarak değerlendirilerek aydınlatmaya dayandırılması ve yazılı olarak tutanak altına alınması gerekir.

Diğer yandan hastanın, hekim tarafından bilgilendirmesine dayanmayan, örneğin vücuttaki bir dövmeye dayalı olarak hekimin resüsitasyondan kaçınması halinin hekimin sorumluluğunu doğuracağı görüşüne katılıyoruz.[80] Yine hekimin bilgilendirmesine dayanmayan, önceden tanzim edilmekle birlikte hastaya ait olup olmadığı tespit edilemeyen yazılı bir belgeye dayalı olarak da resüsitasyon yapılmaması hali, hekimin sorumluluğunu doğurabilecektir.

Resüsite etmeme talimatının hasta yakınları tarafından verilmesi mümkün değildir. Bu noktada hastanın yaşama geri dönüşünü sağlayabilecek tıbben gerekli bir müdahaleden bahsedildiğinden, hasta yakınlarının bu hususta herhangi bir şekilde irade beyan etmesi hukuken kabul edilemez.[81] Bu talimatın

[77] Hakeri, s.478
[78] Balcı, Keskin, Karabağ, s.41
[79] Hakeri, s. 478
[80] Hakeri, s. 478
[81] Hakeri, s.478

hekim tarafından verilmesi ise, resüsitasyonun boşuna(beyhude) tedavi olarak değerlendirilmesi halinde söz konusu olabilmektedir. Hastanın eğer yaşamsal işlevleri geri dönüşsüz olarak işlevini yitirmiş ise, hekim tarafından yaşama geri dönüş için uygulanan resüsitasyon talimatları gereksiz görülüp resüsitasyon yapılmaması kararı verilebilir.[82]

Hukukumuzda, resüsite etmeme talimatına ilişkin bir yasal düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla yapılan değerlendirmeler etik ve doktrinel tartışmalar temelinde ortaya koyulmaktadır. Bu noktada hekimler yaşam sonu kararlarına yönelik süreçlerde; tıbbi bir gereklilik mevcut olmasına rağmen gerekli müdahalede bulunulmaması durumunda hukuki ve cezai sorumluluğun doğacağını unutmamalıdır.

SONUÇ

Tıbbi müdahale kavramı; hekim tarafından hastaya uygulanan her türlü faaliyet olarak tanımlanabilir. Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, hastanın tıbbi müdahale hususunda yeterli şekilde aydınlatılması ve bu aydınlatılmaya dayalı olarak da rıza vermesi gerekmektedir. Tıbbi müdahalenin rızaya bağlı olması koşulu, Anayasa md.17'de yer alan "tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" şeklindeki düzenlemeye dayalıdır.

Tıbbi müdahalenin temeli olan rıza koşulunun da belirli geçerlilik şartları mevcuttur. Bunlar; hastanın rıza verecek ehliyete sahip olması, rıza verilen durumun hukuka ya da ahlaka aykırı olmaması, rıza iradesinin hata/hile/ikrah gibi irade sakatlığı hallerine dayalı olmaması ve son olarak verilen rızanın usulüne uygun bilgilendirmeye dayalı olması olarak sayılabilir. Bu şartlardan çalışmamızın temelini oluşturan aydınlatılmış rıza kavramı; hekim tarafından hastaya yapılacak bilgilendirme ile, hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin özgür iradesini oluşturabilecek yeterliliğe erişmesi anlamına gelmektedir. Yapılacak bu bilgilendirme/aydınlatma kapsamında hastaya, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilmelidir. Bu bilgilendirmenin hastanın anlayabileceği düzeyde yapılması gerekir.

Hastanın ölümü ile sonuçlanan yaşam sonu kararlarında, bu kararların oluşum süreci hekimin sorumluluğu açısından büyük önem arz eder. Yaşam sonu kararlarının temelinde, tıbbi müdahalede olduğu gibi hastanın isteği, talebi ya da diğer söyleyişle rızası, ya da kimi durumlarda ise varsayılan rızası yer alır. Hastanın yaşam sonu kararına yönelik iradesinin oluşum sürecinin nasıl olması gerektiğinin tespiti, hekimlerin hukuki ve cezai sorumluluğu açısından belirleyici olacaktır.

[82] TTB, Yaşam Sonuna İlişkin Bildirge, s.4

Teknolojik ve tıbbi gelişmelere paralel olarak, zaman içerisinde hekimin kararlarının ön planda olduğu paternalist hekimlik anlayışı terk edilerek, hastanın iradesinin öne çıktığı bir yaklaşım benimsenmeye başlanmıştır. Bu kapsamda; hastanın uygulanması gereken ya da önerilen tıbbi müdahalenin kendi bedeninde ve yaşamında bir takım sonuçlar doğuracağı, tıbbi müdahalenin direkt olarak hastayı ilgilendirdiği göz önüne alınarak, hastanın tıbbi müdahaleye bağlı olarak değişkenlik gösterecek tıbbi ve yaşamsal geleceğini kendi kararları ile belirlemesinin bir hak olduğu görüşü işlerlik kazanmıştır. Bu çerçevede hastanın talebi esas alındığından; hasta, hekim tarafından kendisine önerilen tedaviyi kabul edip rıza verebileceği gibi, söz konusu tedaviyi reddedebilme hakkına da sahiptir.

Biyotıp Sözleşmesi md.5 ve HHY m.25'te hastanın tıbbi müdahaleyi reddedebileceği açıkça düzenlenmiştir. Hasta önerilen tedaviyi baştan reddedebileceği gibi, devam eden bir tedavinin de durdurulmasını isteyebilir. İşte bu tedaviyi ret hakkı, kanaatimizce tüm yaşam sonu kararlarının temelini oluşturmaktadır. Ötanazide ve resüsite etmeme talimatında (DNR) esasen hasta, yaşamın devamını temin edecek tıbbi müdahaleyi reddetmektedir. Beyhude tedavi kapsamında hekimin tedaviyi sonlandırması durumunda ise, her ne kadar ilk bakışta hekimin iradesine üstünlük tanınmakta gibi gözükmekteyse de, aslında hekim, tedavinin hastaya yarar sağlamayacağı bilgisine dayanarak hastanın lehine olduğunu düşündüğü "tedavi uygulamama" fikrini önermektedir. Yani burada, hekimin hasta lehine olan ve hastanın varsayılan rızasına dayanan bir fikri ortaya koyduğunu söyleyebiliriz. Nitekim beyhude tedavide de hastanın bilinci yerindeyse, hem hastanın hem de hasta yakınlarının bu konuda bilgilendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Bir yaşam sonu kararından söz ediliyorsa, burada tedaviyi ret olgusu çerçevesinde geniş bir bilgilendirme ve bu bilgilendirmeye dayalı olarak da hastanın tedaviyi ret beyanının yazılı olarak alınması gerekir. Hasta veya kanuni temsilcisi ya da yakınlarına yapılacak bilgilendirmenin ya da eş söyleyişle aydınlatmanın; ölüm ya da önemli sağlık zararı sonucu vurgulanarak, tedavinin reddi halinde ortaya çıkması muhtemel sonuçlara ilişkin mevcut hastalık, hastalığın seyri ve güncel aşaması, önerilen tedavi yöntemi, varsa alternatif tedaviler, hastalığın tedavi edilmemesi halinde doğabilecek komplikasyonlar, sağlık durumunda gelişecek değişimler ve ortaya çıkabilecek riskler ve tedaviyle elde edilmesi muhtemel yararlar özelinde olması gerekir. Bu aydınlatmanın ve yazılı belgenin varlığı ve usulüne uygun olarak tanzim edilip edilmediği hususları, hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu açısından belirleyici rol oynar.

Hastanın ölümü ya da önemli tıbbi zararı ile sonuçlanabilecek yaşam sonu kararlarında, hekimlerin hukuki ve cezai sorumluluğunun doğmaması için azami özeni göstermesi gerekir. Özellikle tıbbi müdahalenin esası kabul edilen bilgilendirilmiş rızanın hekimin yükümlülüğü olduğu göz önüne alınarak, hastanın geçerli iradesinin yazılı mevcudiyeti sağlanmalıdır.

Uygulamada mevcut olmasına rağmen, hukukumuzda yaşam sonu kararlarına ilişkin ayrık bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Yalnızca ötanazi, yönetmelikte yasak olarak ifade edilmiştir. Ancak çalışmamızda yer verdiğimiz üzere pasif ötanazi ve dolaylı ötanazi konularında yönetmelik maddesine karşılık farklı görüşler yer almaktadır. Halihazırda doktrinel olarak sınırları çizilmeye çalışılan yaşam sonu kararlarının hukuki belirlilik ilkesi gereği yasal çerçevesinin çizilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde

yasal bir belirsizlik içerisinde hareket eden hekimlerin, hukuki ve cezai yaptırımlara maruz kalması ve mağduriyetlerin doğması kaçınılmazdır.

Kaynakça

Acar, Veli: "Yararsız Tedavi", *Türkiye Biyoetik Dergisi,* 2016, Cilt 3, Sayı 2, s.74-84

Adıgüzel, Sibel: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *TAAD,* Sayı 19, 2014, s. 943 - 996

Akpınar, Aslıhan; Ersoy Nermin: "Yaşamı destekleyen tedaviler: Ne zaman esirgenmeli? Ne zaman sonlandırılmalı?", *Türk Onkoloji Dergisi,* 2012, Cilt 27, Sayı 1, s.37-45

Aşkın, Uğur; Yeğrim, Koray: "Ötenazi ve Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Arasındaki İlişki", *TAAD,* 2022, Cilt 13, Sayı 52, s.1-24

Atıcı, Elif: "Hasta-Hekim İlişkisi Kavramı", *UÜTFD,* 2007, Cilt 33, Sayı 1, s.45-50

Aydın, Erdem: "Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi", *Erciyes Tıp Dergisi,* 2003, Cilt 25, Sayı 2, s.92-94

Balcı, Bahattin; Keskin, Özcan; Karabağ, Yavuz: "Kardiyopulmoner Resüsitasyon", *Kafkas Tıp Bilimleri Dergisi*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s.41-46

Besiri, Arzu: "Ötenazi ve Yaşam Hakkı", *TBB Dergisi,* 2009, Sayı 86, s.188-203

Biton Serdaroğlu, Erika: "Ötenazi-Ölme Hakkı", *MÜHFHAD,* 2016, Cilt 22, Sayı 3 Özel Sayı- Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s.463-491

Çavdar, Pelin: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *MÜHFHAD,* 2016, Cilt 22, Sayı 3, s.735-764

Demirörs, Özge; Hızal, Sevinç Arslan: "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", *AÜHFD*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s.1481-1516

Ersoy Burcu; Özcan, Müesser; Ünüvar Göçeoğlu, Ümit; Balcı, Yasemin: "Tedaviyi Red Kararı Sonrası Ölüm Olgusundan Yola Çıkarak Etik ve Hukuki Sorunların Tartışılması", *MSKÜTD*, 2021, Cilt 8, Sayı 3, s.222-226

Gamsız Bilgin, Nursel: "Ötanazi: Tanım ve Tarihçe", *Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Lokman Hekim Tıp Tarihi ve Folklorik Tıp Dergisi*, 2013, Cilt 3, Sayı 2, s.25-31

Gökcan, Hasan Tahsin: *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Seçkin Yayınları, Ankara 2022

Gülen Kurt, Munise: "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", *TBB Dergisi*, 2020, Sayı 146, s. 187-218

Güven Murat: "Ötanazi Hakkına Dair Genel Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi*, 2017, Sayı 131, s.31-56

Hakeri, Hakan: *Tıp Hukuku,* Seçkin Yayınları, Ankara 2020

İmamoğlu, Selma Hülya: "Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler", *AÜHFD*, 2016, C:65, S:1, Sf:199-230

Kalkan, Mehmet: "Biyo Etik Sorunlar ve Dinlerin Ötenazi ve İntihara Bakışı" *Kent Akademisi*, 2014, Cilt 7, Sayı 17, s.15-25

Kaya, Ali: "Ruh ve Beden Bütünlüğüne Dokunulmazlık Kuramı Bakımından Ölme Hakkı*", Marife Dini Araştırmalar Dergisi,* 2004, Cilt 4/2, s.197-218

Koç, Sermet; Can, Muhammet: "Ölüm Kavramı ve Ölü Muayenesi", *Klinik Gelişim Dergisi*, 2009, s.11-22

Koru, Onur: "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı", *İÜHFD*, 2021, Cilt 12(2), s.491-500

Oral, Tuğçe: "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümlülüğü", *Ankara Barosu Dergisi,* 2011, C: 2011/2, Sf:185-210

Ömeroğlu, Ömer: "Hukuksal Açıdan Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu", *EÜHFD*, 2009, Cilt 8, Sayı 3-4, s.85-106

Örnek Büken, Nüket: "Yaşamın Sonunda Klinik Etik Karar Verme Süreci ve Belirleyici Faktörler", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği, Hukuku, Tarihi Özel Konular*, 2016, Cilt 2(3), s.24-33

Özkaya, Hilal; İlkılıç, İlhan: *Palyatif Bakım ve Tıp,* İsar Yayınları, İstanbul 2022

Sansar, Hatice Arzu: "Organ ve Doku Naklinin Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Editör: Mustafa Çakır, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018

Sert, Gürkan: "Tıp Hukuku'nda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2012, Cilt 7, Sayı 10, s.14-21

Şimşek, Uğur: "Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza", *DEUHFD*, 2014, Cilt 16, s.3535-3556

Yargıtay 13. HD. 09/10/2018 Tarih ve 2016/28450 E., 2018/9152 K. Sayılı kararı:

Yargıtay 13. HD. 17/12/2019 Tarih ve 2018/5555 E., 2019/12706 K. Sayılı Kararı

Yargıtay HGK, 22/03/2022 Tarih ve 2020/11-592 E. ,2022/356 K. Sayılı Kararı

(https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf)

(https://sozluk.gov.tr/)

(https://www.mevzuat.gov.tr/)

(https://www.sinerjimevzuat.com.tr/)

KADASTRO HATALARININ DÜZELTİLMESİ (KK M. 41) VE KADASTRONUN YENİLENMESİ (KK M. 22/II-A) HÂLİNDE BAŞVURULABİLECEK HUKUKÎ YOLLAR

Dr. Öğr. Üyesi Kemal ERDOĞAN*

ÖZET

Türk Medeni Kanunu'nun 719'uncu maddesinde taşınmaz eşyaların sınırlarının tapu plânları ve yeryüzündeki sınır işaretleriyle belirleneceği ve bunlar birbirini tutmazsa plândaki sınırın asıl olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle, plânların gerekli teknik düzenlemelere uygun olarak hazırlanması, zemini tam olarak yansıtması ve zemine uygulanabilir olması gerekmektedir. Ne var ki, tesis kadastrosu veya sonrasında yapılan işlemler sırasında başta teknik imkânların yetersizliği olmak üzere çeşitli sebeplerle birtakım hataların yapılmış olması, plânların gerçek durumu tam olarak yansıtamamasına neden olmaktadır. Kadastro işlemleri sırasında yapılan hatalar, *"hukukî hatalar"* ve *"teknik (maddi) hatalar"* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hukukî hatalar, taşınmaz üzerindeki hak sahipliğini etkileyen hatalardır. Bunların düzeltilebilmesi için tapu sicilini düzeltme davasının (TMK m. 1025) açılması gerekmektedir. Buna karşılık, Kadastro Kanunu'nda taşınmazlara ilişkin sınırlandırma, ölçü, tersimat ve hesaplamadan doğan hataların idare tarafından düzeltilebilmesine imkân tanınmıştır. Öncelikle bu tür teknik hataların KK m. 41 uyarınca ilgilinin başvurusu üzerine veya kadastro müdürlüğünce re'sen düzeltilmesi mümkündür. Düzeltmenin yapılmasından olumsuz olarak etkilenen kişiler, düzeltmenin kendilerine tebliğinden itibaren otuz gün içinde düzeltmenin kaldırılması amacıyla sulh hukuk mahkemesinde düzeltmenin kaldırılması davası açabilirler. Sulh hukuk mahkemesi, açılan bu davada düzeltme işleminin mevzuata uygun olup olmadığını inceler. Mevzuata uygunluk bakımından incelenmesi gereken ilk husus, düzeltme işleminin mülkiyet nakline sebep olup olmadığıdır. Zira KK m. 41 hükmü uyarınca yapılan düzeltme işleminin mülkiyet değişikliğine yol açmaması gerekmektedir. Yargıtay'a göre, otuz günlük süre geçtikten sonra ya da düzeltme talebinin reddedilmiş olması hâlinde her zaman asliye hukuk mahkemesinde düzeltmenin kaldırılması ya da teknik hataların düzeltilmesi amacıyla dava açmak mümkündür. Ancak Yargıtay'ın bu davalarda toptan asliye hukuk mahkemesini görevli sayması, HMK m. 382 ve 383 hükümleri bağlamında eleştiriye açıktır.

Öte yandan, kadastro çalışmaları kapsamında birçok adayı etkileyen daha geniş ölçekli hatalar da yapılmış olabilir. Bu hataların giderilebilmesi amacıyla KK m. 22/II-a hükmünde ikinci defa kadastro (uygulama kadastrosu) yapılmasına imkân tanınmıştır. Uygulama kadastrosu nedeniyle hakkı olumsuz etkilenen kişilerin otuz günlük askı ilânı süresi içinde Kadastro Mahkemesinde dava açması mümkündür.

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, Sakarya, Türkiye. ORCID ID: 0000-0001-8648-1623.

Askı ilânı süresi içinde dava açılmaması nedeniyle kadastro tutanaklarında yer alan yenileme işlemi kesinleşmekte ve buna ilişkin tapu sicilinde gerekli işlemler yapılmaktadır. Hak sahipleri gerçek hak durumuna uygun düşmeyen sınırlandırmaları asliye hukuk mahkemesinde tapu sicilini düzeltme davası açarak düzelttirebilirler.

Düzeltme işlemi sonucunda taşınmazın geometrik şeklinde ve/veya yüzölçümünde değişiklik meydana gelmektedir. Özellikle taşınmazının yüzölçümü azalan kişinin, önceki malike başvurup başvuramayacağı ya da TMK m. 1007 hükmü uyarınca devletten tazminat isteyip isteyemeyeceği önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kadastro hatalarının düzeltilmesi (KK m. 41), Kadastronun yenilenmesi (KK m. 22/II-a), Sayısallaştırma, Yüzölçümü eksikliği, Devletin Sorumluluğu.

LEGAL REMEDIES FOR CORRECTION OF CADASTRAL ERRORS (ARTICLE 41 OF THE CADASTRAL CODE) AND RENEWAL OF CADASTRE (SUBPARAGRAPH A OF THE PARAGRAPH II UNDER ARTICLE 22 OF THE CADASTRAL CODE)

ABSTRACT

Article 719 of the Turkish Civil Code (TCC) stipulates that the boundaries of immovable property shall be determined by deed plans and boundary markings on the ground, and if these are inconsistent, the boundary on the plan shall prevail. Therefore, the plans should be prepared in accordance with the necessary technical regulations, reflect the ground accurately and be applicable to the ground. However, the fact that some mistakes are made during the establishment cadastre or subsequent operations due to various reasons, primarily the inadequacy of technical facilities, causes the plans not to fully reflect the real situation. Errors made during cadastral operations are divided into two categories: "legal errors" and "technical (material) errors". Legal errors are those that affect the ownership of rights on immovable property. In order to correct them, a lawsuit for rectification of the land registry (Article 1025 of the TCC) must be filed. On the other hand, the Cadastral Code allows for the correction of errors arising from the delimitation, measurement, plotting and calculation of immovables by the administration. First of all, such technical errors may be corrected upon the application of the relevant person or ex officio by the cadastral directorate pursuant to Article 41 of the Cadastral Code (CC). Persons who are adversely affected by the correction may file a lawsuit for the removal of the correction before the civil court of peace within thirty days following the notification of the correction. In this lawsuit, the civil court of peace examines whether the correction is in compliance with the legislation. The first issue to be examined in terms of compliance with the legislation is whether the correction causes a transfer of ownership. Pursuant to Article 41 of the CC, the rectification should not lead to a change of ownership. According to the Court of Cassation, it is possible to file a lawsuit for the removal of the rectification or correction of technical errors before the civil court of first instance at any time after the thirty-day period has expired or if the rectification request is rejected. However, the fact that the Court of Cassation considers the civil court of first instance to have

jurisdiction in these cases is open to criticism in the context of Articles 382 and 383 of the Code of Civil Procedure.

On the other hand, within the scope of cadastral surveys, larger scale errors affecting many blocks may have been made. In order to eliminate these errors, Subparagraph a of the Paragraph II under Article 22 of the CC allows for a second cadastre (implementation cadastre). Persons whose rights are adversely affected by the implementation cadastre may file a lawsuit before the Cadastral Court within the thirty-day public display period. If a lawsuit is not filed within the public display period, the renewal process in the cadastral minutes becomes final and the necessary actions are taken in the land registry. Right holders may have the limitations that do not correspond to their real rights corrected by filing a lawsuit for correction of the land registry at the civil court of first instance.

As a result of the correction process, changes occur in the geometric shape and/or surface area of the immovable. In particular, it is important whether the person whose immovable's surface area has decreased can apply to the previous owner or request compensation from the state pursuant to Article 1007 of the TCC.

Keywords: Correction of Cadastral Errors (Article 41 of the CC), Renewal of Cadastre (Subparagraph a of the Paragraph II under Article 22 of the CC), Digitization, Lack of Surface Area, State Responsibility.

GİRİŞ

Taşınmazlar için tapuda bağımsız bir sayfa açılmasına kayıt işlemi denilmektedir. Diğer bir deyişle, kayıt işleminde her taşınmaz tapuda bağımsız bir sayfaya yazılmaktadır. TMK m. 1004 hükmüne göre ise, *"Taşınmazlar, bulundukları bölgenin tapu siciline kaydedilir"*. Bununla birlikte, kânunda açıkça öngörülenler dışında bir hususun tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmesi mümkün değildir. TMK m. 998 hükmünde tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilecek olan hususlar, *"arazi", "taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar"* ve *"kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler"* olmak üzere üç bentte sayılmıştır. Anılan hükmün ikinci fıkrasında ise, arazinin tapu siciline kaydının özel kanun hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiştir. Bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler ve olağanüstü zamanaşımıyla kazanılan taşınmaz mülkiyeti gibi birtakım istisnalar dışında, taşınmaz malların tapu kütüğüne kaydedilmesi için öncelikle kadastro (tapulama) faaliyetlerinin yapılması gerekir. Bu husus, TMK m. 1003 hükmünde *"Bir taşınmazın kütüğe kaydı ve belirlenmesinde resmî bir ölçüme dayanan plân esas alınır (f. 1). Plânların nasıl hazırlanacağı Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir (f. 2)"* şeklinde belirtilmiştir.

Kadastrodan kasıt, yetkili kamu görevlileri tarafından teknik ve bilimsel esaslara uyularak taşınmazın geometrik ve hukukî durumlarının tespit edilmesi ve plânlar içinde gösterilmesidir[1]. TMK m. 719 hükmünde, *"Taşınmazın sınırları, tapu plânları ve arz üzerindeki sınır işaretleriyle belirlenir (f. 1). Tapu*

[1] SİRMEN, A. Lâle, *Eşya Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 139; NOMER, Halûk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2022, N. 350.

plânları ile arz üzerindeki işaretler birbirini tutmazsa, asıl olan plândaki sınırdır. Bu kural, yetkili makamlarca heyelân bölgesi olduğu belirlenen yörelerde uygulanmaz (f. 2)". Hükümden anlaşılacağı üzere, tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının kapsamının belirlenmesinde, arazideki sınır işaretlerine değil, taşınmazın plândaki (harita ve kroki) sınırlarına öncelik verilmektedir. Bu nedenle, tapu sicilinin kendisinden beklenen fonksiyonları gerçek anlamda yerine getirebilmesi için, taşınmazın bütün özelliklerinin (sınırları, yüzölçümü, türü, hak sahipleri) plânda sağlıklı bir şekilde gösterilmesi şarttır. Diğer bir deyişle, plânlar bilimsel esaslara uygun olarak doğruluk derecesi yüksek bir metotla hazırlanmalı, zemini tam olarak yansıtmalı ve her zaman zemine uygulanabilir olmalıdır[2].

Ne var ki, başta bilimsel ve teknik ekipmanların nicelik ve nitelik açıdan yetersizliği olmak üzere bazı nedenlerle önceden üretilen kadastral haritaların büyük bir çoğunluğunda taşınmazların kenarlaşmaları çok zor sağlanmakta ve yüzölçümü hesaplamaları ile kadastro paftalarında hatalar çıkabilmektedir[3]. TMK m. 719 hükmünde asıl olduğu belirtilen plândan kasıt, gerekli bilimsel esaslara uygun olarak doğru bir şekilde oluşturulmuş olan plânlardır[4]. Diğer bir deyişle, gerekli teknik ilkelere uyulmadan hazırlansa ve taşınmazın gerçek geometrik şeklini hazırlandığı anda dahi doğru olarak yansıtmasa bile plânın asıl olduğunu kabul etmek hak ve adaletle bağdaşmaz. Bu nedenle, bu şekilde teknik hatalar barındıran plânların düzeltilmesi gerekir. TMK m. 1027/I hükmüne göre, *"İlgililerin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memuru, tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararıyla düzeltebilir"*. Hükme göre, tapu sicilindeki (onun bir unsuru olan plândaki) yanlışlık ya ilgililerin yazılı rızalarına ya da mahkeme kararına istinaden düzeltilebilecektir. Anılan hükmün üçüncü fıkrasında ise, basit yazı yanlışlıklarının Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik uyarınca tapu memuru tarafından re'sen düzeltilebileceği düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce taşınmazlara ilişkin ölçü, sınırlandırma, tersimat ve hesaplamadan doğan hatalar teknik bilgi gerektirdiğinden tapu memuru tarafından bir hatanın bulunup bulunmadığı tespit edilemez. Belki de bu nedenle KK m. 41 hükmünde geometrik durumu kesinleşmiş olan taşınmazlarda ölçü, sınırlandırma, tersimat ve hesaplamadan doğan hataların kadastro müdürlüğü tarafından ilgilinin başvurusu üzerine veya re'sen düzeltilmesine imkân tanınmıştır.

KK m. 41 hükmü kural olarak münferit teknik hatalarda uygulama alanı bulan hüküm olmasına rağmen, bazı hâllerde bir veya birkaç adayı ilgilendirebilen, yani daha geniş bir alanda etkili olan teknik hatalarla karşılaşılabilmektedir. Bu durumda her bir hatanın tek tek düzeltilmesi mümkün olmayıp, yeniden bir kadastro çalışmasının yapılması gerekli olmaktadır[5]. Kadastro Hukuku'nda kural olarak *"ikinci*

---

[2] SARI, Nevzat İhsan/ DEMİREL, Zerrin, "Ülkemiz Kadastrosunda Yenileme Olgusu ve Öneriler", *Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi*, S. 96, 2007, s. 14.

[3] KOÇAK, Hüseyin, *3402 S. KK. Mad: 22/a gereğince Kadastro Paftalarının Yenilenmesi*, Ankara 2009, s. 4; KARATAŞ, Kamil/ GENÇER, Eyyüp, "Kadastro Haritalarının Sayısallaştırılması Kapsamında Yapılan Çalışmaların İrdelenmesi", *Geomatik Dergisi*, C. 6, S. 2, 2021, s. 125.

[4] Yargıtay 14. HD. T. 05.12.2008, E. 2008/12946, K. 2008/15194, *"Harita ve krokisi bulunan tapu kayıtlarına Türk Medeni Kanunu'nun 719. ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 20. maddeleri uyarınca harita ve krokisi kapsamı ile değer verilir. Harita ve krokiden diğer bir ifade ile mülkiyet hakkının kapsamından maksat sınır çizgileri değil haritanın gerçek ölçü değerleridir"* (Lexpera); ayrıca bkz. Yargıtay 14. HD. T. 15.10.2008, E. 2008/9983, K. 2008/11704, (Lexpera); Yargıtay 14. HD. T. 25.06.2020, E. 2020/516, K. 2020/4081, (Hukuktürk).

[5] YILMAZ, Zekeriya, *Medeni Kanun Madde 935 ve Kadastro Kanunu Madde 41'e Göre Tapu ve Kadastroda Tashih*, Seçkin, Ankara 2000, s. 49.

kez (mükerrer) kadastro yasağı" geçerlidir. Gerçekten KK m. 22/I hükmüne göre, *"Evvelce tespit, tescil veya sınırlandırma suretiyle kadastro veya tapulaması yapılmış olan yerlerin yeniden kadastrosu yapılamaz. Bu gibi yerler ikinci defa kadastroya tâbi tutulmuşsa, ikinci kadastro bütün sonuçlarıyla hükümsüz sayılır ve Türk Medenî Kanununun 1026'ncı maddesine göre işlem yapılır. Süresinde dava açılmadığı takdirde, ikinci defa yapılan kadastro, tapu sicil müdürlüğünce re'sen iptal edilir"*. Ancak kanun koyucu bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. Şöyle ki öncelikle anılan hükmün ikinci fıkrasında, birinci fıkra hükmünün uygulanmadığı, yani ikinci kez kadastronun yapılması mümkün olan hâller düzenlenmiştir. Buna ek olarak, KK m. 44/II hükmünde toplu yapıların maksada uygun hale getirmek için ikinci defa kadastrosunun yapılabileceği öngörülmüştür. Çalışma konumuz bunlardan KK m. 22/II-a hükmüyle sınırlandırılmıştır. Anılan hükme göre, *"Tapulama, kadastro veya değişiklik işlemlerine ilişkin; sınırlandırma, ölçü, çizim ve hesaplamalardan kaynaklanan hataları gidermek üzere uygulama niteliğini kaybeden, teknik nedenlerle yetersiz kalan, eksikliği görülen veya zemindeki sınırları gerçeğe uygun göstermediği tespit edilen kadastro haritalarının tekrar düzenlenmesi ve tapu sicilinde gerekli düzeltmelerin sağlanması amacıyla tapulama ve kadastro görmüş yerlerde"* yeniden kadastro yapılabilir. Hükümden anlaşılacağı üzere, uygulamada *"22/a uygulamaları veya yenileme kadastrosu"* olarak adlandırılan kadastro işlemlerinin amacı, tümden yeni bir kadastro çalışması yapılması değil, teknik hataları gidermek üzere kadastro haritalarının tekrar düzeltilmesi, yani yenilenmesidir[6].

I. Kadastro Hatalarının Düzeltilmesi (KK m. 41) Hâlinde Başvurulabilecek Hukukî Yollar

A. Genel Olarak Kadastro Hatalarının Düzeltilmesi (KK m. 41)

KK m. 41 hükmünde[7] bazı maddî (teknik) hataların kadastro müdürlüğünce idarî yoldan düzeltilmesine olanak tanınmıştır. Hükme göre düzeltilebilecek maddi hatalar, sınırlandırma[8], ölçü,

[6] DUMAN, Özgür, *Kadastroda Maddî Hataların Düzeltilmesi (KK m. 41)*, Savaş Yayınevi, Ankara 2017, s. 25. Ülkemizde zaten 2859 sayılı Kanun ve buna istinaden çıkarılan yönetmeliklerle hataların düzeltilmesi için haritaların yenilenmesi yapıldığından, KK m. 22/I-a hükmünde yapılan düzenlemenin sadece kadastrosu tamamlanmış yerlerde yeniden bir kadastro yapılabileceğinin ifade edilmesinden başka bir yenilik yapılmadığı ifade edilmiştir. Bkz. SARI/ DEMİREL, s. 19.

[7] Hükümde 22.02.2005 tarihli ve 5304 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesiyle önemli değişiklikler yapılmıştır. Ancak çalışmanın kapsamını gereğinden fazla genişletmemek amacıyla bu değişikliklere değinilmemiştir.

[8] Sınırlandırma hatalarının düzeltilebileceği, 6304 sayılı Kanun'la getirilmiştir. Bu tür hataların düzeltilmesiyle mülkiyet değişikliğine sebebiyet verilebilir. Dolayısıyla sınırlandırma hataları düzeltilirken diğer hata türlerine göre daha dikkatli olunması ve yapılacak düzeltme işleminin kadastro öncesi bir veriye dayandırılması gerekir. Bkz. KOÇAK, s. 26. Düzeltme Yönetmeliği m. 8 hükmünde sınırlandırma hataları düzenlenmiş olup, aynı yönetmeliğin 15'inci maddesinin birinci fıkrasına göre ise, *"Orman, mera, kamu taşınmazları, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki genişletmeye elverişli yerlere sınırı olan taşınmazlar ile kadastrosu ya da kadastro sonrası sınırları hükmen belirlenerek kesinleşmiş olan parsellerdeki sınırlandırma hatası düzeltilemez"*. Yargıtay 16. HD. T. 02.07.2013, E. 2013/7429, K. 2013/7649, *"Somut olayda; çekişmeli 454 parsel sayılı taşınmazın sınırları incelendiğinde; düzeltmeye konu olan, düzeltme kararında (a) ve keşfe katılan uzman bilirkişi raporunda (A) harfi ile gösterilen bölümün Köyceğiz Gölü'ne, düzeltme kararında (b) ve (c), keşfe katılan uzman bilirkişi raporunda (B) ve (C) harfleri ile gösterilen bölümlerin orman alanına sınır oldukları anlaşılmaktadır. Aynı şekilde, çekişmeli 454 parsel sayılı taşınmazla ilgili kadastro tespitinin de hükmen kesinleştiği düzeltme kararındaki açıklama ve dosya ekine getirilen fersude dosya aslından anlaşılmaktadır. Bu durumda, düzeltme kararının açıkça 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesi ile bu maddenin uygulanmasının usul ve esaslarını belirleyen Yönetmeliğin 15/1. maddesi hükümlerine aykırı olduğu ve mülkiyet hakkının nakli sonucunu doğurduğu görülmektedir. Bu nedenle de, mülkiyet hakkının nakli sonucunun*

tersimat[9] ve hesaplama hataları[10] olmak üzere dört tanedir[11]. Sadece kadastro sırasında yapılan hataların değil, kadastrodan sonra tescile tabi ifraz, cins değişikliği veya parselasyon gibi değişiklik işlemleri sırasında yapılan hataların da düzeltilmesi mümkündür. Ancak bu dört çeşit teknik hatanın düzeltilebilmesi için, yapılan düzeltme işleminin taşınmazda vasıf ve mülkiyet değişikliğine yol açmaması gerekmektedir[12]. Diğer bir deyişle, vasıf ve mülkiyet değişikliği gerektiren düzeltme işlemi, ancak asliye hukuk mahkemesinde açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi (TMK m. 1025) davasına istinaden yapılabilir[13]. Bu tür düzeltim talebini

---

ortaya çıkmaması için, davacı Hazine'nin davasının kabulü ile Kadastro Müdürlüğünce yapılan düzeltme işleminin tamamının iptaline karar vermek gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır" (Hukuktürk); Yargıtay 16. HD. T. 07.05.2015, E. 2015/891, K. 2015/5756, *"3402 sayılı Kanun'un 41. maddesinin uygulamasına dair yönetmeliğin 15. maddesinde; '…' hükmü mevcut ise de bu düzenlemenin sınırlandırma hatalarına ilişkin olduğunun, somut olayda ise dosya kapsamına göre sınırlandırma hatasının değil, hesap ve yazım hatasının bulunduğunun, taşınmazların yalnızca meraya komşu olmasının düzeltme işleminin iptali için bir gerekçe olamayacağının kabulü gerekir"* (Hukuktürk).

[9] Yargıtay 14. HD. T. 11.06.2007, E. 2007/6864, K. 2007/7190, *"Tersimat, araziden ölçülen ve ölçü krokisinde görülen değerler yardımıyla parselin geometrik şeklinin paftaya çizilmesi işlemidir. Tersimat hatasında çelişki ölçü krokisi ile paftası arasındadır. Zemin ile ölçü krokisi arasında herhangi bir uyumsuzluk söz konusu değildir. Çünkü ölçü krokisindeki değerler paftasına doğru aktarılmamıştır"* (Lexpera); Yargıtay 1. HD. T. 23.06.2005, E. 2005/7266, K. 2005/7801, *"Hemen belirtmek gerekir ki, aslolan orjinal ölçü krokisidir ve paftanın orjinaline tam olarak uyumlu halde bulunmasıdır, bu itibarla orjinal ölçü krokisine uygun düşmeyecek şekilde paftaya yanılgılı tersimat yapıldığının anlaşılması durumunda paftadaki tersim hatasının orjinaline uygun hale getirilmesinin dava ve talep edilebileceği de tartışmasızdır"* (Lexpera).

[10] Bkz. Yargıtay. HD. T. 28.04.2014, E. 2014/3746, K. 2014/4866, (Hukuktürk).

[11] Bu teknik hatalara örnek olarak ölçüm değerlerinin yanlış okunması, yanlış noktaların işaretlenmesi, yanlış noktaların birleştirilmesi, tersimatın yanlış yapılması, yüzölçümünün yanlış hesaplanması gibi durumlar verilebilir. Bkz. KILIÇ, Halil, *Kadastro Davaları, C. 2, Madde 20-50, Afet Kadastrosu, 2981 S. Yasaya Göre Kadastro, Orman Kadastrosu*, Ankara 1999, s. 1843; YILMAZ, s. 49.

[12] ERTAŞ, Şeref, *Eşya Hukuku*, 16. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 2021, N. 888; YARDIM, Orhan, *3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi*, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s. 501; KILIÇ, s. 1843; YILMAZ, s. 48-49. Yargıtay 14. HD. T. 15.10.2008, E. 2008/9983, K. 2008/11704, *"Kadastro Müdürlüğünün iptali istenen işlemi ile dava konusu taşınmazların kadastro tespiti sırasında ölçü krokisi ve takometrik hesap karnelerindeki değerlere göre parsel köşeleri sayısallaştırılıp, paftaya aktarılırken 8 numaralı noktanın paftaya tersim edilmediği gerekçesiyle tersimat hatası ve buna bağlı olarak yüzölçüm miktarlarında düzeltme yapılmıştır. Gerçekten de, yapılan bu düzeltme ile de hatalı pafta üzerinde düzeltme ile mülkiyet nakli oluştuğu izlenimi edinilmektedir. Yukarıda değinilen 41. madde kapsamında düzeltme yapılırken paftada değil zeminde mülkiyet nakli yapılmaması yönetmeliğin 6. maddesi hükmü gereğince mülkiyet sınırlarında eylemli değişikliğe neden olunmaması gerekir. Mahkemece bu olgular gözetilerek pafta üzerinde oluşan değişikliğin zeminde tarafların mülkiyet haklarını da değiştirip değiştirmediği hususu üzerinde durulması gerekirken paftadaki geometrik şekillerinin değişmesi esas alınarak mülkiyet nakli sağlandığının kabulü doğru olmamıştır"* (Lexpera).

[13] Bu konuda bkz. Yargıtay 16. HD. T. 25.12.2020, E. 2020/1436, E. 2020/6394, *"Davacı Hazine, çekişmeli taşınmazın yüzölçümünün 3402 Sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. madde uygulaması ile 17.750 metrekareden, 23.557,46 metrekareye çıkartılması neticesinde davalıların belgesiz zilyetlikten edinebileceği taşınmaz miktarından fazla taşınmaz elde ettikleri iddiasıyla kayıt miktar fazlasının tapu kaydının iptal edilerek adına tescilini talep etmiştir. Açıklanan bu haliyle dava, tapu iptal ve tescil davası niteliğinde olup, mahkemenin uyuşmazlığın 3402 Sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesinden kaynaklandığı yönündeki kabulünde isabet bulunmamaktadır"* (Hukuktürk); Yargıtay 16. HD. T. 13.03.2014, E. 2014/3122, K. 2014/2543, *"3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesi gereğince kadastro sırasında veya sonrasında yapılan işlemlerle geometrik durumları kesinleşmiş olan taşınmazlarda ölçü, tersimat ve hesaplamalardan doğan fenni hatalar ile bundan kaynaklanan yüzölçümü hatası düzeltilebilir. Düzeltme işlemi ile kadastro tespiti sırasında kesinleşen mülkiyet durumunu değiştirecek şekilde uygulama yapılamaz. Mülkiyet aktarımına neden olan hatalar için çözüm açılacak tapu iptal ve tescil davasıdır"* (Lexpera); Yargıtay 20. HD. T. 06.12.2016, E. 2016/10770 K. 2016/11779 (Lexpera); Yargıtay 14. HD. T. 05.12.2008, E. 2008/12946, K. 2008/15194, (Lexpera); Yargıtay 14. HD. T. 15.10.2008, E. 2008/9983, K. 2008/11704, (Lexpera).

içeren davalar kadastrodan önceki bir sebebe dayanıyorsa KK m. 12'de belirtilen 10 yıllık hak düşümü süresi de uygulama alanı bulacaktır[14].

Teknik hatalar, re'sen veya talep üzerine[15] düzeltilebilir. Teknik hataların düzeltilmesini ilgili kişiler talep edebilir. İlgili kişi, tapu kaydında malik olarak gözüken kişi olabileceği gibi, düzeltme işlemine konu olacak olan taşınmaz üzerinde aynî veya şahsi hak sahibi olan kişiler de olabilecektir[16]. KK m. 41/II hükmünde ise, kadastro sırasında veya sonrasında yapılan işlemlerle kesinleşmiş olan taşınmazlarda, değişiklik işlemleri sırasında ortaya çıkan yüzölçümü farklılıklarından, kadastronun dayandığı teknik kurallarda belirtilen hata sınırları içinde kalanların re'sen düzeltilebileceği düzenlenmiştir.

Talep üzerine veya kendiliğinden maddî hatanın varlığından haberdar olan kadastro müdürlüğü, bir rapor düzenlettirir. Raporda hatanın ölçü, tersimat veya hesaplamadan meydana geldiği, taşınmazın sınırlarında eylemli değişiklik olmadığı, hatanın nedeni ve düzeltme şekli gösterilir. Rapora taşınmazın mevcut durumu ile düzeltme durumunu gösteren bir krokinin eklenmesi gerekir (Düzeltme Yönetmeliği[17], m. 6/I). Buna ek olarak kadastro müdürlüğünün tapu müdürlüğüne bildirimde bulunması gerekir. Tapu müdürlüğü de ilgili taşınmazın beyanlar hanesine *"3402 sayılı Kanun'un 41 inci maddesine göre düzeltmeye tâbidir"* şeklinde belirtme yapar (Düzeltme Yönetmeliği, m. 5). Yapılan bu yazım, sonraki sürülen iyiniyet iddialarının dinlenmemesini sağlar[18].

Düzeltmeye ilişkin olarak düzenlenen raporu ve eki olan kroki kadastro müdürünce onaylanır. Onaylanan bu rapor ve kroki, bir yazıya eklenerek düzeltmeden etkilenen parsellerin malikleri ile hak sahiplerine 1/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir (Düzeltme Yönetmeliği, m. 10/I). Ancak hata yanılma sınırı içerisinde kaldığı için düzeltme işlemi re'sen yapılan parseller ile düzeltmeden etkilenmeyen parsellere tebligat gönderilmesine gerek yoktur. Ayrıca parselin önceki malikleri ile diğer hak sahiplerine de tebligat yapılmaz. Tebligatta, tebliğ tarihinden başlayarak otuz gün içinde düzeltmenin kaldırılması için ilgili sulh hukuk mahkemesinde dava açılmadığı takdirde düzeltmenin kesinleşeceği belirtilmelidir (Düzeltme Yönetmeliği, m. 10/II). Tebligatın yapılmasından itibaren otuz gün içinde düzeltmenin kaldırılması için dava açılmaması hâlinde yapılan düzeltme işlemi

---

[14] KILIÇ, s. 1844; DUMAN, s. 58-59.

[15] Yargıtay. HD. T. 11.06.2007, E. 2007/6864, K. 2007/7190, *"Davacı da 489 parsel sayılı taşınmazın paftasına yanlış tersim edildiğini ileri sürdüğüne göre, öncelikle Kadastro Müdürlüğüne bu hatanın giderilmesi için başvurması gerekir. Az yukarıda da değinildiği gibi 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. madde uyarınca tersimat hatasının düzeltilmesi Kadastro Müdürlüğünün yetkisi dahilindedir. Anılan hükümde Kadastro Müdürlüğünün işleminden sonra kimlerin dava açabilecekleri de gösterilmiş ve bu kişilerin düzeltme talebinin kabulü üzerine aleyhine düzeltme yapılanlar olduğu vurgulanmıştır. Davacı düzeltme istemi ile Kadastro Müdürlüğüne başvurma yerine doğrudan mahkemeye başvurarak Kadastro Müdürlüğünün görevinde olan bir işin mahkemede görülmesini isteyemez. Mahkemece açıklanan bu olgu HUMK.nun 7.maddesi gözetilerek idari makamın görevine giren bir iş kendisine arz olunduğundan davanın yargı yeri nedeniyle reddi gerekirken istemin hüküm altına alınması doğru değildir"* (Lexpera); ayrıca bkz. Yargıtay 14. HD. T. 01.12.2006, E. 2006/12643, K. 2006/14269, (Lexpera); Yargıtay 20. HD. T. 01.06.2016, E. 2016/9474, K. 2016/6217, (Hukuktürk); Yargıtay 16. HD. T. 09.03.2015, E. 2014/13197, K. 2015/1830, (Hukuktürk).

[16] DUMAN, s. 59.

[17] Kadastro Sırasında veya Sonrasında Yapılan İşlemlerle Geometrik Durumları Kesinleşmiş Olan Taşınmazlarda Ölçü, Sınırlandırma, Tersimat ve Hesaplamalardan Doğan Hataların Düzeltilmesine İlişkin Yönetmelik, RG. 20.04.2006, S. 26145.

[18] DUMAN, s. 60-61.

kesinleşir (Düzeltme Yönetmeliği, m. 12/I). Ancak kadastro müdürlüğü tapu kütüğü kendi nezdinde tutulmadığından taşınmaza ait kayıtlar üzerinde yapılması gereken değişiklikleri bizzat yapamaz. Kadastro müdürlüğünün yapması gereken, bir düzeltme kararı almak ve aldığı bu *düzeltme kararının kesinleşmesi üzere* tapu müdürlüğüne tescil bildirimi göndermektir. Yapılan tescil bildirimiyle birlikte kadastro müdürünce onaylanan rapor, kroki ve eklerinin de gönderilmesi gerekir (Düzeltme Yönetmeliği, m. 12/III). Tapu müdürü, kadastro müdürlüğü tarafından gönderilen kesinleşmiş düzeltmeye dair yazısını yevmiye defterine kaydederek tapu sicilinde gerekli olan düzeltme işlemlerini yapar ve beyanlar hanesindeki belirmeleri kaldırır (Düzeltme Yönetmeliği, m. 12/IV)[19].

B. Başvurulabilecek Hukukî Yollar

1. Düzeltmenin Kaldırılması Davası

a. Düzeltmenin Kaldırılması Davası Kavramı ve Hukukî Niteliği

Kadastro müdürlüğünce verilen düzeltme kararına karşı, bu kararın tebliğ tarihinden başlayan otuz gün içinde düzeltmenin kaldırılması için ilgili sulh hukuk mahkemesinde dava açılabilir (KK m. 41/I). Bu davanın *"düzeltmenin kaldırılması davası"* olarak isimlendirilmesi mümkündür[20]. Davada hak sahibi ve ilgililer idarenin aldığı karar bakımından KK m. 41'de aranan şartların somut olayda oluşmadığının tespitini ve düzeltme işleminin kaldırılmasını talep ederler[21]. Bu nedenle, düzeltmenin kaldırılması davasının eda davası niteliğinde olduğu (HMK m. 105) kabul edilmektedir[22].

b. Düzeltmenin Kaldırılması Davasının Tarafları

Düzeltmenin kaldırılması davasında davacı, düzeltme işleminin kaldırılmasında menfaati bulunan kişi veya kişilerdir. Diğer bir deyişle, düzeltmenin kaldırılması davası, düzeltme işlemi nedeniyle zarar gören kişiler tarafından açılır[23].

Düzeltmenin kaldırılması davasında davalı ise, davanın niteliğine göre kadastro müdürlüğü veya düzeltmenin yapılması yararına olan kişi veya kişilerdir. Davalının kim olduğu konusunda ikili bir ayırım yapılabilir. Öncelikle düzeltme işlemi davacı dışında kimseyi ilgilendirmiyorsa, davanın kadastro müdürlüğüne karşı açılması gerekmektedir. Kadastro müdürlüğü bu tür davalar bakımından kanuni hasım sıfatıyla taraf olmaktadır. Buna karşın, düzeltme işlemi başka kişilerin hak durumunu olumlu bir şekilde etkilemişse, davanın bu kişilere yöneltilmesi gerekmektedir. Meselâ, düzeltme işlemi neticesinde komşu taşınmazın sınırları genişlemiş veya yüzölçümünde bir artış meydana gelmişse, bu dava komşu taşınmaz malikine karşı açılmalıdır. Bu ihtimalde dava, kural olarak kadastro müdürlüğüne karşı açılamaz. Ne var ki,

[19] DUMAN, s. 60. Tapu memuru, ilgililerin yazılı rızaları veya bir mahkeme kararı olmadıkça, ancak basit yazı yanlışlıklarını re'sen düzeltebilir (TMK m. 1027). Basit yazı yanlışlıkları ise, hakkın varlığı veya içeriğiyle ilgisi olmayan hatalardır. KK m. 41 bu genel ilkeye bir istisna getirmektedir. Bkz. YILMAZ, s. 48.

[20] YILMAZ, s. 53. Davaya konu taşınmazdaki düzeltmenin Kadastro Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca yapılan bir düzeltme olmadığı, düzeltmenin 1994/5 sayılı genelge uyarınca yapıldığı belirtilerek, davanın reddine karar verilmesinin isabetsiz olup bozmayı gerektirdiği hakkında bkz. Yargıtay 16. HD. T. 23.09.2020, E. 2020/1944, K. 2020/3294, (Lexpera).

[21] KILIÇ, s. 1844.

[22] DUMAN, s. 66.

[23] DUMAN, s. 71.

düzeltme işleminin re'sen yapıldığı durumlarda kadastro müdürlüğünün de hasım olarak gösterilmesi gerekir[24].

c. Düzeltmenin Kaldırılması Davasında Yetkili ve Görevli Mahkeme

Düzeltme işleminin kadastro müdürlüğünce verilmesi, bu kararın idarî bir işlem olup olmadığı yönünde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Öğretide[25], kadastro müdürlüğünce verilen düzeltme kararının idarî işlemin çoğu özelliğini taşımasına rağmen idare hukukunun kapsamına giren idari bir faaliyet niteliğinde olmadığı ve kadastro faaliyetlerinin özel hukuku ilgilendirmesi nedeniyle idari işlem olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir. KK m. 41 hükmü de düzeltmenin kaldırılması davasının sulh hukuk mahkemesinde görüleceğini açık bir şekilde belirtmektedir. O hâlde düzeltmenin kaldırılması davasında idarî yargı değil, adlî yargı görevli kılınmıştır.

KK m. 41/I hükmüne göre düzeltmenin kaldırılması davasında görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir[26]. Buna karşılık, KK m. 41 hükümde bu davada hangi sulh hukuk mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmemiştir. Düzeltme Yönetmeliği'nin 11'inci maddesinin birinci fırkasında ise, davanın taşınmazın bulunduğu mahalli sulh hukuk mahkemesinde açılacağı öngörülmüştür. Ancak bu hüküm olmasaydı bile HMK m. 12/I hükmü uyarınca bu davanın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerekirdi.

d. Düzeltmenin Kaldırılması Davasında Süre

KK m. 41 hükmünde ve Düzeltme Yönetmeliği 11/I hükmünde düzeltmenin kaldırılması davasının "otuz gün" içinde açılabileceği öngörülmüştür. Her iki hükümde de otuz gün geçtikten sonra dava açılamayacağına yönelik bir ifadeye yer verilmemiştir. KK m. 41 hükmünde otuz günlük süre içinde dava açılmaması hâlinde düzeltmenin kesinleşeceği belirtilmiştir[27]. Bu nedenle, maddede belirtilen sürenin hak düşümü süresi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir[28].

---

[24] YILMAZ, s. 53; DUMAN, s. 71-72. Yargıtay 1. HD. T. 26.10.2016, E. 2016/9960, K. 2016/9767, *"3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca Kadastro Müdürlüğünün re'sen veya ilgililerin başvurusu üzerine yapacağı düzeltme işlemlerini ilgililere tebliğinden sonra, ilgililerin Sulh Hukuk Mahkemesine 30 gün içinde açacakları davada, düzeltme işlemi yararına olan kişi ya da kişiler hasım gösterilerek işlemin iptali istenebilir. Düzeltme işleminin Kadastro Müdürlüğünce re'sen yapıldığı durumlarda müdürlüğe karşı da dava yöneltilmelidir"* (Lexpera); ayrıca bkz. Yargıtay 14. HD. T. 05.12.2008, E. 2008/12946, K. 2008/15194, (Lexpera); Yargıtay 14. HD. T. 15.10.2008, E. 2008/9983, K. 2008/11704, (Lexpera); Yargıtay 16. HD. T. 13.03.2014, E. 2014/3122, K. 2014/2543, (Hukuktürk).

[25] DUMAN, s. 66-67.

[26] Bkz. Yargıtay 16. HD. T. 16.02.2015, E. 2014/13257, K. 2015/1096, *"Maddenin açıklanan içeriği karşısında, 30 günlük süre içinde açılan davalarda Sulh Hukuk Mahkemeleri görevlidir. Kadastro Kanunu özel bir yasa olup, bu yasada düzenlenen görev kuralları 6100 sayılı HMK hükümlerinden önce uygulanır"* (Lexpera); Yargıtay 16. HD. T. 07.06.2018, E. 2018/1118, K. 2018/3801, *"Somut olayda; Kadastro Müdürlüğü'nün 03.12.2014 tarihli işlemi davacıya 18.12.2014 tarihinde tebliğ edilmiş, davacı işlemin iptaline yönelik olarak 13.01.2015 tarihinde dava açmıştır. Hal böyle olunca; davanın 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesine göre verilen düzeltme kararına itiraz niteliğinde olup, kararın tebliğden itibaren 30 gün içerisinde açıldığı anlaşılmaktadır. Bu nitelikteki davalara bakma görevi Sulh Hukuk Mahkemelerine ait olup, Mahkemece işin esası hakkında yargılama yapılıp hüküm verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi isabetsiz olup…"* (Hukuktürk); Yargıtay 20. HD., T. 20.6.2016, E. 2016/5455 K. 2016/7276, (Lexpera); Yargıtay 20. HD. T. 04.11.2015, E. 2015/12369, K. 2015/10485, (Hukuktürk).

[27] YILMAZ, s. 50.

[28] DUMAN, s. 72. Yargıtay 16. HD. T. 07.06.2018, E. 2018/1118, K. 2018/3801, *"Dava, 3402 sayılı Yasa'nın 41. maddesi uyarınca yapılan teknik hataların düzeltilmesi istemine ilişkindir. Anılan madde uyarınca, re'sen veya istem üzerine*

O hâlde, düzeltmenin kaldırılması davasının otuz günlük süre geçtikten sonra da açılması mümkündür. Ancak bu davada görevli mahkemenin neresi olduğu kanunda özel olarak belirtilmemiştir. KK m. 41 hükmünde sulh mahkemesinin görevli olarak belirtildiği davalar otuz günlük süre içinde açılan düzeltmenin kaldırılması davalarıdır. Bu nedenle, HMK hükümlerine göre görevli mahkemenin belirlenmesi gerekir. Görevli yargı yerinin belirlenmesi bakımından, öncelikle talebin çekişmesiz yargı işi veya dava olup olmadığı tespit edilmelidir. HMK m. 382/I hükmünde çekişmesiz yargı işi tanımlanmış ve bu işlere ilişkin olarak üç tane ölçüt verilmiştir. Bu ölçütler, *"ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller", "ilgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller"* ve *"hâkimin resen harekete geçtiği hâller"* şeklindedir. Hükmün ikinci fıkrasında ise çekişmesiz yargı işleri sayılarak belirtilmiştir. HMK m. 382/II-ç-1'de eşya hukukundaki çekişmesiz yargı işlerine örnek olarak *"taşınmaz üzerinde taraf oluşturulmasına ve hak ihlaline sebebiyet vermeyecek düzeltmelerin yapılması"* gösterilmiştir. O hâlde burada yapılması gereken kadastro müdürlüğünce düzeltme talebinin reddedilmesi üzerine açılacak davalarda ilgililer arasında uyuşmazlık olup olmadığıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, düzeltmenin kaldırılması davası, düzeltme işlemi davacı dışında kimseyi ilgilendirmiyorsa, kadastro müdürlüğüne karşı; buna karşılık, düzeltme işlemi başka kişilerin hak durumunu olumlu bir şekilde etkilemişse, bu kişilere karşı açılmaktadır. Kadastro müdürlüğü kendisine karşı açılan davalarda kanuni hasım olarak yer aldığından, bu tür davalarda gerçek anlamda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu nedenle, kadastro müdürlüğüne karşı açılan davalar çekişmesiz yargı işlerinden sayılmalıdır (HMK m. 382). HMK m. 383 hükmünde çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi olduğu düzenlenmiştir. Bu durumda otuz günlük süreden sonra kadastro müdürlüğüne karşı açılan düzeltmenin kaldırılması davasında görevli mahkeme yine sulh mahkemesidir[29]. Buna karşılık, otuz günlük süre geçtikten sonra düzeltme işlemi yararına yapılan kişi veya kişilere karşı açılacak düzeltmenin kaldırılması davalarında taraflar arasında gerçek anlamda bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Taraflar arasında malvarlığına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğundan bu tür davalarda HMK m. 2 uyarınca asliye hukuk mahkemesi görevli olmalıdır. Her iki dava türünde de yetkili mahkeme ise, HMK m. 12/I uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Ne var ki Yargıtay[30], otuz günlük sürenin dolmasından sonra

---

Kadastro Müdürlüğünce düzeltme kararı verilmesi halinde, bu karar ilgililerine tebliğ edilir. Bu karara karşı, tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde dava açılmaması halinde tapu sicilinde düzeltme yapılır. Yasada öngörülen bu süre hak düşürücü bir süre olmayıp sadece, hak kaybı olmaması amacıyla, düzeltme kararının tescilinden önceye ilişkin bir nevi bekleme süresidir. Bu sürenin geçirilmiş olması ya da düzeltme talebinin reddedilmesi halinde 41. maddeye ilişkin sebeplerle genel hükümlere göre tapu iptal ve tescil davası açılması imkan dahilindedir". (Hukuktürk).

[29] DUMAN, s. 70.

[30] Yargıtay 16. HD. T. 04.02.2013, E. 2013/793, K. 2013/568, *"Ayrıca 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesine ilişkin ihtilaflar taşınmazın aynına ilişkin bulunmadığından 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12/3. maddesinde öngörülen hak düşürücü süreye de tabi değildir. Hal böyle olunca 41. madde ihtilafının idari işlem basamakları tüketilmek kaydıyla 30 günlük süre geçtikten sonra dahi Asliye Hukuk Mahkemesince çözümlenmesi mümkündür. Hemen belirtmek gerekir ki 30 günlük süre düzeltim yapılması halinde Sulh Hukuk Mahkemesinde dava açılabilecek yasal süredir. 30 günlük süre geçtikten sonra da düzeltme işlemine karşı veya düzeltme isteminin reddedilmiş olması halinde de bu isteme karşı her zaman Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açılabilir. Bu durumda da açıklanan ilkeler gözetilerek 41. maddenin uygulanmasından doğan ihtilafın çözümlenmesi gerekir"* (Lexpera); Yargıtay 16. HD. T. 07.06.2018, E. 2018/1118, K. 2018/3801, *"… 30 günlük süre içinde açılacak davalarda görevli mahkeme, 3402 sayılı Yasa'nın 41/1. maddesi uyarınca Sulh Hukuk Mahkemesi olduğu halde 3402 sayılı Yasa'nın 41. maddesine dayanılarak, düzeltme kararı infaz edildikten (30 günlük süreden) sonra açılacak davalar ile düzeltme isteminin*

açılan davalarda görevli olan mahkemenin kanunda özel olarak belirtilmediği, bu nedenle kime karşı açılırsa açılsın bu tür davaların asliye hukuk mahkemesine karşı açılması gerektiği yönünde karar vermektedir. Yargıtay'ın kadastro müdürlüğüne karşı açılan davaların çekişmesiz yargı işi olduğunu göz önünde tutmayarak bu tür davalarda da asliye hukuk mahkemesini görevli sayması eleştiriye açıktır.

Tartışılması gereken bir diğer mesele bu maddenin uygulanmasında KK m. 12/III hükmünde öngörülen hak düşümü süresinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Hükme göre, *"Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılamaz"*. Ancak KK m. 41 hükmünde düzenlenen düzeltme işlemleri kadastro sırasında veya sonrasında yapılan işlemlere yönelik olduğundan bu madde bakımından KK m. 12/III hükmünde düzenlenen on yıllık zamanaşımının uygulama alanı bulmaz. Kanun koyucu oluşması muhtemel tereddütleri gidermek amacıyla yine de KK m. 41/III hükmünde bu maddenin uygulanmasında, 12'nci maddede belirtilen hak düşürücü sürenin aranmayacağını öngörmüştür[31].

2. Düzeltme Talebinin Reddedilmesi Hâlinde Açılacak Dava

Maddi hatalar kadastro müdürlüğünce re'sen düzeltilebileceği gibi, ilgililerin müracaatı üzerine de düzeltilebilmektedir. İlgilinin düzeltme talebinin reddedilmesi hâlinde ne olacağı KK m. 41 hükmünde düzenlenmemiştir. Kanunda düzeltme talebi reddedilen kişinin bu işleme karşı dava açamayacağına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle, öğretide[32] düzeltmenin kaldırılması davası açılabileceği gibi, düzeltmenin reddedilmesi hâlinde de bu işleme karşı dava açılabileceği kabul edilmektedir.

KK m. 41 hükmünde düzeltmenin kaldırılması davasında sulh mahkemesinin (adli yargı yeri) görevli olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Ancak kadastro müdürlüğü tarafından düzeltme talebinin reddedilmesi hâlinde hangi yargı kolunun görevli olduğu kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak gerek öğreti[33] gerek Uyuşmazlık Mahkemesi[34] ve Yargıtay[35] bu tür davalarda da adli yargı yerinin görevli olduğunu belirtmektedir.

Düzeltmenin kaldırılması davasında davacı taraf, düzeltmenin yapılmasını talep eden kişi veya kişiler iken, davalı taraf düzeltme talebini reddeden kadastro müdürlüğüdür. Kadastro müdürlüğünün davalı

---

idarece reddi halinde açılacak davalarda ise görevli mahkeme; Kadastro Kanunu'nda bu konuda bir hüküm yer almadığından, 6100 sayılı HMK'nın 2. maddesi uyarınca Asliye Hukuk Mahkemesidir" (Hukuktürk); Yargıtay 16. HD. T. 08.06.2020, E. 2016/17248, K. 2020/1604, (Lexpera); Yargıtay 16. HD. T. 17.06.2019, E. 2019/2620, K. 2019/4550, (Lexpera).

[31] KILIÇ, s. 1844; DUMAN, s. 74.

[32] DUMAN, s. 69.

[33] DUMAN, s. 67.

[34] UYM HB. T. 24.03.1997, E. 1997/12 K. 1997/11, (Lexpera).

[35] Yargıtay 16. HD. T. 16.02.2015, E. 2014/13257, K. 2015/1096, *"Diğer taraftan, Kadastro Müdürlüğünce ilgililerin başvurusu üzerine düzeltme isteminin reddine dair verilen kararlara karşı ve yukarıda sözü edilen 30 günlük sürenin dolup tapu kaydına işlenmesinden sonra açılacak davalarda görevli mahkemenin neresi olduğu konusunda Kadastro Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından, bu tür davalarda ise görev, 6100 sayılı HMK uyarınca belirlenir ve ihtilaf, çekişmeli yargı işi olduğundan Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir"* (Lexpera); Yargıtay 16. HD. T. 18.07.2008, E. 2008/7622 K.2008/9538 (Lexpera).

olduğu hallerde taraflar arasında gerçek anlamda bir uyuşmazlık olmayıp, kadastro müdürlüğü bu davalarda sadece kanuni hasım olarak yer almaktadır. Bu nedenle, kadastro müdürlüğünün davalı olduğu davalar çekişmesiz yargı işlerinden sayılmalıdır (HMK m. 382). HMK m. 383 hükmünde çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi olduğu düzenlenmiştir. O hâlde düzeltme talebinin reddine karşı açılacak bu tür davalarda görevli mahkeme yine sulh mahkemesidir[36]. Buna karşılık, davalı taraf düzeltmenin yapılması başka kişilerin hak durumunu olumsuz etkileyecekse, davanın bu kişi veya kişilere karşı yöneltilmesi gerekir. Bu ihtimalde çekişmeli yargı işi söz konusu olduğundan HMK'da yer alan genel kurallar uyarınca asliye hukuk mahkemeleri görevli olacaktır[37]. Yetkili mahkeme ise, HMK m. 12/I uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir.

II. Kadastronun Yenilenmesi (KK m. 22/II-a) Hâlinde Başvurulabilecek Hukukî Yollar

A. Genel Olarak Kadastronun Yenilenmesi

Kadastro hukukunda geçerli olan temel ilke, evvelce tespit, tescil veya sınırlandırma suretiyle kadastro veya tapulaması yapılmış olan yerlerin yeniden kadastrosu yapılamamasıdır (KK m. 22/I-c.1). Buna *"ikinci kadastro yasağı"* adı verilmektedir. Bu gibi yerler ikinci defa kadastroya tâbi tutulursa[38], ikinci kadastro bütün sonuçlarıyla hükümsüz sayılmakta ve Türk Medenî Kanunu'nun 1026'ncı maddesine göre işlem yapılmaktadır. Hatta süresinde dava açılmadığı takdirde, tapu sicil müdürlüğü, ikinci defa yapılan kadastroyu re'sen iptal eder (KK m. 22/I-c.2 ve 3)[39].

Ne var ki, geniş bir alanda etkili olan maddi hataların KK m. 41 uyarınca münferiden düzeltilmesinin zorluğu karşısında, bunların düzeltilmesi amacıyla yenileme çalışmalarının yapılması mecburiyet hâline gelmiştir. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla 23.06.1983 tarihli ve 2859 sayılı Tapulama ve Kadastro Paftalarının Yenilenmesi Hakkında Kanun[40] çıkarılmıştır. Ancak bu Kanun'un kapsamının yeterli olmaması ve uygulamada karşılaşılan bazı tereddütleri gidermek amacıyla[41] 22.02.2005 tarihli ve 5304 sayılı Kanun m. 6 hükmüyle KK m. 22 hükmü yeniden gözden geçirilmiş, KK m. 22/II-a hükmünde yenileme

---

[36] Ne var ki, Yargıtay bu tür davalarda talebin çekişmesiz yargı işi olup olmadığını değerlendirmeden genel olarak asliye hukuk mahkemesinin görevli mahkeme olduğunu belirtmesi eleştiriye açıktır. Bkz. Yargıtay 16. HD. T. 26.03.2021, E. 2018/5602, K. 2021/2829, (Hukuktürk).

[37] Samsun BAM 2.HD. T. 10.04.2017, E. 2017/228, K. 2017/219, *"Dava, 3402 Sayılı Kadastro Kanunun 41.maddesi gereği Kadastro Müdürlüğü'ne yapılan başvurunun zımnen reddedildiği iddiası üzerine bu kararın iptali istemine ilişkindir. … Diğer taraftan, Kadastro Müdürlüğünce ilgililerin başvurusu üzerine düzeltme isteminin reddine dair verilen kararlara karşı veya yukarıda sözü edilen 30 günlük sürenin dolup tapu kaydına işlenmesinden sonra açılacak davalarda görevli mahkemenin neresi olduğu konusunda Kadastro Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığından, bu tür davalarda görev, 6100 sayılı HMK'daki genel hükümler uyarınca belirlenir ve ihtilaf çekişmeli yargı işi olduğundan Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir"* (Lexpera); Yargıtay 16. HD. T. 16.02.2015, E. 2014/13257, K. 2015/1096, (Lexpera).

[38] Kadastronun gerçekleşmiş sayılabilmesi için, tespit, sınırlandırma ve tescil işlemlerinin kesinleşmesi gerekmektedir. Bu nedenle, henüz bu işlemler kesinleşmeden yapılan ikinci kadastro kesinleşirse, daha önce yapılan kadastro işlemleri hüküm ifade etmeyecektir. Bkz. KILIÇ, s. 1168; YARDIM, s. 302.

[39] Detaylı bilgi için bkz. YARDIM, s. 301-302. Ne var ki, mükerrer kadastro nedeniyle meydana gelen hatanın KK m. 41 uyarınca yapılan düzeltmeyle giderilmesi, işlemin iptalini gerektirmez. Bkz. Yargıtay 14. HD. T. 20.01.2011, E. 2010/14080, K. 2011/437, (Lexpera).

[40] RG. 25.06.1983, S. 18088.

[41] KOÇAK, s. 8.

kadastrosunun yapılabileceği ve bu durumda birinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir[42]. KK m. 22/II-a hükmündeki düzenlemenin daha ayrıntılı olması nedeniyle günümüzde yenileme çalışmaları büyük oranda KK m. 22/II-a hükmü uyarınca yapılmaktadır[43].

Gerek 5859 sayılı Kanun gerek KK m. 22/II-a uyarınca yapılacak yenileme çalışmalarında, *"teknik nedenlerle yetersiz kalan, "uygulama özelliğini kaybeden", "eksikliği görülen"* ve *"zemindeki sınırları gerçeğe uygun olarak göstermediği tespit edilen"* kadastro haritalarının tekrar düzenlenmekte ve tapu sicilinde gerekli düzeltmelerin sağlanmaktadır[44]. Ancak 5859 sayılı Kanun'da maddi hataların *"en az bir mevki veya ada biriminde"* etkili olması aranırken; KK m. 22/II-a hükmünde bu şart aranmamıştır. Kanaatimizce KK m. 22/II-a hükmünde uygulama niteliğini kaybeden kadastro haritalarının tekrar düzenlenmesinden bahsedildiğinden, bir veya birden fazla paftaya ilişkin hatalar bu madde uyarınca düzeltilebilecektir.

KK m. 22/I-a hükmünde, 5859 sayılı Kanun'dan farklı olarak, hangi hataların düzeltilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre yenileme işlemi, tapulama, kadastro veya değişiklik işlemlerine ilişkin sınırlandırma, ölçü, çizim ve hesaplamalardan kaynaklanan hataları gidermek üzere yapılmalıdır[45]. Mülkiyet ile ilgili hususlar, gerek KK m. 22/II-a hükmünün gerek 5859 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalmaktadır[46].

KK m. 22/I-a hükmü uyarınca yapılacak kadastro yenileme çalışmalarının usul ve esaslarını belirlemek amacıyla KK m. 47/I-M hükmüne dayanılarak *"Kadastro Güncelleme Yönetmeliği (KGY)"*

---

[42] Paftaların yenilenmesinin ikinci kadastro olarak sayılmamasının nedeni, bu çalışmalarda birinci (tesis) kadastro ile belirlenen mülkiyet hakkına dokunulmaması ve teknik hataların giderilmesi amacıyla sadece kadastro haritalarının yenilenmesidir. Bkz. KILIÇ, s. 1174.

[43] KOÇAK, s. 122. Öte yandan, *"Türkiye Ulusal Coğrafi Bilgi Sistemi (TUCBS)"* projesinin hayata geçirilebilmesi için, kadastral verilerin sayısal olmasına ihtiyaç duyulmaktadır. 22.02.2005 tarihli ve 5403 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle Kadastro Kanunu ek madde 1 hükmü eklenmiş ve bu maddede sayısallaştırma kurumu düzenlenmiştir. KK ek m. 1 kapsamındaki çalışmalarla teknik hataların giderilmesinden ziyade eskiden üretilen ancak sayısal olmayan kadastro paftalarının Büyük Ölçekli Harita ve Harita Bilgileri Üretim Yönetmeliği ve TUCBS'nin öngördüğü ITRF96 koordinat sisteminde sayısallaştırılması amaçlanmaktadır. Bkz. KARATAŞ/ GENÇER, s. 125. KK m. 47/I-O ve KK ek m. 1 hükümlerine dayanılarak *"Kadastro Haritalarının Sayısallaştırılması Hakkında Yönetmelik"* çıkarılmıştır. (RG. 24.11.2006, S. 26356). Bu yönetmelikte de Kadastro Güncelleme Yönetmeliği'deki düzenlemelere benzer şekilde sayısallaştırma işlemlerine ilgililerce itiraz yapılabileceği ve bu itirazların kadastro müdürlüğünce değerlendirilerek sonuçlarının askı ilânı cetvellerinde gösterileceği (m. 18/II), itiraz ve düzeltmeler sonucunda sayısallaştırma askı ilân cetvellerinin düzenleneceği (m. 19/I), askı ilân süresi içinde kadastro mahkemesinde dava açılabileceği (m. 20), askı ilân süresi içinde dava açılmayan taşınmazların sayısallaştırma işlemlerinin kesinleşeceği (m. 21), sayısallaştırma kesinleşme cetveline göre tapu sicilinde gerekli düzeltmelerin yapılacağı (m. 23) yönünde hükümler öngörülmüştür.

[44] Detaylı bilgi için bkz. KOÇAK, s. 19-24.

[45] KOÇAK, s. 18.

[46] KOÇAK, s. 121; YARDIM, s. 303. Yargıtay 16. HD. T. 13.04.2021, E. 2020/9180, K. 2021/3643, *"3402 Sayılı Kanun'un 22 /2-a maddesi gereğince, kadastro sırasında veya sonrasında yapılan işlemlerle geometrik durumları kesinleşmiş olan taşınmazlarda ölçü, tersimat ve hesaplamalardan doğan fenn'i hatalar ile bundan kaynaklanan yüzölçümü hatası düzeltilebilir. Düzeltme işlemi ile, kadastro tespiti sırasında kesinleşen mülkiyet durumunu değiştirecek şekilde uygulama yapılamaz. Mülkiyet aktarımına neden olan hatalar için çözüm, açılacak olan tapu iptali ve tescil davasıdır. Bu tür davalarda mahkemece yapılacak iş, uygulama kadastrosunun usul ve yasaya uygunluğu ile uygulanma kabiliyeti bulunup bulunmadığını denetlemekten ibaret olup, taraflar arasındaki fiili sınıra göre düzeltme işlemi tesisi değildir"* (Hukuktürk).

çıkarılmıştır. Bu yönetmelikte kadastro güncelleme çalışmalarına ilişkin detaylı düzenlemeler bulunmaktadır.

B. Başvurulabilecek Hukuki Yollar

1. Kadastro Güncelleme Tutanağına İtiraz

Kadastro Güncelleme Yönetmeliği'nin 29'uncu maddesinde kadastro güncelleme tutanağına itiraz imkânı yeterince detaylı bir şekilde düzenlenmemiştir. KGY m. 44 hükmünde ise, yönetmelikte hüküm olmayan hâllerde 3402 sayılı Kadastro kanunu ile bu Kanunun uygulanmasına dair çıkarılan yönetmeliklerin bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca, kadastro güncelleme tutanağına itiraz bakımından KK m. 9 ve 10 hükümleri de uygulama alanı bulabilecektir.

Kadastro teknisyenleri tarafından KK m. 22/II-a hükmü uyarınca hazırlanan kadastro güncelleme tutanağına itiraz edilebilir. İtiraz edecek olanlar, itirazda hukuken korunmaya değer bir menfaati bulunan kişilerdir. Mesela, sahibi olduğu taşınmazın güncelleme çalışmaları neticesinde yüzölçümü azalan veya sınırları değişen hak sahipleri güncelleme tutanağına itiraz edebilirler. İtirazın mutlaka ilgili kişi tarafından yapılması şart olmayıp, onun vekili veya kanuni temsilcisi tarafından da yapılması mümkündür (KGY m. 29/II).

Kadastro güncelleme tespitine karşı yapılacak itirazın bir belgeye dayanması zorunludur. Herhangi bir belgeye dayanmayan itirazlar, incelenmez (KK m. 9/III).

İtiraz, kadastro güncelleme tutanağının düzenlendiği tarihten çalışmaların bitirildiğine ilişkin tutanak düzenleninceye kadar yapılabilir. İtirazın kadastro teknisyenliğine veya kadastro müdürlüğüne yapılması mümkündür (KK m. 9/II). İtiraz, kadastro güncelleme ekibine yapılmışsa, itirazla ilgili tutanak ve ekleri kadastro komisyonuna intikal ettirilmek üzere en geç on gün içinde kadastro müdürüne teslim edilmelidir.

Yapılan itirazlar, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre oluşturulan kadastro komisyonu tarafından intikal tarihinden itibaren en geç bir ay içinde veya gerekçe gösterilmek suretiyle kadastro güncelleme ekibinin kadastro güncelleme alanındaki faaliyetleri sona erinceye kadar incelenerek sonuçlandırılır. Komisyon gerektiğinde bilirkişilerin ve muhtarların bilgisine de başvurabilir. Ancak belgeye karşı şahit dinlenilemez. Kadastro komisyonu, tam üye sayısı ile toplanır ve oy çokluğu ile tespit yapar (KK m. 10/III). Yapılan inceleme neticesinde eski tutanağın yerine kaim olmak üzere hak sahibini belirleyici yeni bir tutanak (Ek-13) düzenlenir (KK m. 10/II; KGY m. 29/II). Düzenlenen bu tutanak, komisyon üyeleri ve bilgilerine başvurulan kişiler tarafından imzalanır. Ayrıca sonuçların, askı ilânında gösterilmesi gerekir (KK m. 10/III; KGY m. 29/II, m. 33/I).

2. Askı İlânı Süresi İçinde Kadastro Mahkemesinde Dava Açma

Kadastro Güncelleme Yönetmeliği kapsamında yapılan çalışmalar sonucu düzenlenen tutanaklara göre güncelleme askı ilân cetvelleri düzenlenir (KGY m. 34). Kadastro güncelleme askı ilân cetvelinde (Ek-8) *"taşınmazın ili, ilçesi, mahallesi veya köyü, sokak veya mevkii, beyanlar hanesi ile pafta, ada, parsel*

numarası, malik ismi, baba adı ve hissesi ile vasfı, yüzölçümü, irtifak hakkı alanı, emlak vergisi değeri, kadastro harcı tutarı ve oranı, mülkiyetten gayri ayni haklar, şerhler, beyanlar, rehinler, ikametgâh adresi ve ilândan önceki itirazların sonucu yer alır" (KGY m. 33/I-c.2). Ayrıca askı ilan cetvellerinde taşınmazın pafta, ada, parsel numaraları, vasfı ve yüzölçümlerin eski ve yeni bilgileri de gösterilir (KGY m. 33/I-c.3).

Kadastro güncelleme askı ilân cetveli, kadastro müdürü tarafından kadastro müdürlüğünde, köy veya mahalle muhtarının çalışma yerinde ve ayrıca, belediye teşkilatı varsa sadece ilân cetvelinin bir örneği belediye başkanının göstereceği yerde otuz gün süre ile ilân edilir (KGY m. 34/I-c.3). Üç ayrı yerde ilân yapıldığına dair tutanak (Ek-9) düzenlenir. İlânlar aynı günde yapılmadığı takdirde otuz günlük sürenin hesabı bakımından son ilân tarihi esas alınır (KGY m. 34/II-c.1). Kadastro müdürü, bu ilânla ilgili işlemleri, kadastro güncelleme ekibinin çalışma alanındaki işini bitirdiği tarihten itibaren en geç üç ay içinde yapmak zorundadır (KGY m. 34/III).

KGY m. 35 hükmüne göre, bu Yönetmelik kapsamında yapılan güncelleme çalışmalarına karşı, askı ilânı süresi içerisinde kadastro mahkemesinde dava açmak suretiyle itiraz edilebilir[47]. "Bu parsellere ait tutanakların tasdikli örnekleri müdürlükte bırakılmak suretiyle asılları ile pafta ve ada raporunun tasdikli birer örnekleri kadastro mahkemesine gönderilir" (KGY m. 35/I-c.3).

Kadastro mahkemesine davanın açılması, ilgili taşınmaz hakkında tutulan güncelleme tutanağının kesinleşmesine engel olur. Kadastro mahkemesi, gerekli yargılama işlemlerini yürüterek bu davaları karara bağlar[48].

3. Kadastro Güncelleme Tutanaklarının Kesinleşmesinden Sonra Genel Mahkemelerde Dava Açma

Öncesi davalı olmayan taşınmazlar ile askı ilân süresi içinde dava açılmayan taşınmazların tutanakları, otuz günlük ilânın bitimini takip eden gün itibarıyla kadastro müdürü tarafından onaylanarak kesinleştirilir (KGY m. 36/I). Ayrıca tutanakları kesinleşen taşınmazlar için Ek-10 ve davalı olan taşınmazlar için Ek-11 düzenlenir (KGY m. 36/II).

Kesinleşen ve mahkemesine gönderilmesi nedeniyle suretleri alıkonulan davalı taşınmazlara ait tutanaklar ve ekleri, ada ve parsel sırasına göre bir klasör dosya içerisine konulur. Bu klasör ile kesinleşen ve davalı olan parseller için düzenlenen listeler ve yeni tapu kütükleri kadastro müdürlüğünce ilgili tapu müdürlüğüne devir ve teslim edilir (KGY m. 39/I). Köy veya mahallenin tamamında bu yönetmelik

[47] Yargıtay HGK. T. 16.04.2014, E. 2013/1240, K. 2014/530, *"Mahkemece, davanın 2859 sayılı Yasa kapsamında pafta yenileme işlemine itiraz davası olduğu ve bu tür davalarda itiraz merciinin Kadastro Mahkemesi olacağı kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmiş ise de; mahkemenin kabulü dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Somut olayda 2859 sayılı yasaya göre düzenlenen yenileme tutanağı ya da 3402 sayılı Yasa'nın 22/a maddesi uyarınca düzenlenen uygulama kadastro tutanağı ve bu tutanağa karşı askı ilan süresi içinde açılan bir dava bulunmamaktadır"* (Lexpera).

[48] KOÇAK, s. 137. Yargıtay 20. HD. T. 23.11.2015, E. 2015/1889, K. 2015/11648, *"3402 sayılı Kanunun 22/2-a maddesi uyarınca yapılan tesbitlere karşı askı ilân süresi içinde dava açılması halinde, kadastro mahkemesi görevli olup; mahkemece yapılacak inceleme, yetersiz kadastro paftalarının yenilenmesi, yüzölçümlerinin ve teknik hataların düzeltilmesi işleminin kanun ve yönetmelik hükümlerine uygun yapılıp yapılmadığı hususlarının araştırılmasına ilişkindir. Bu davada, taşınmaz mülkiyetine ve niteliğine ilişkin bir araştırma yapılamaz. Bu taleplere yönelik açılan davalarda ise, görevli mahkeme, 6100 sayılı HMK'nın 2. maddesi uyarınca genel görevli asliye hukuk mahkemeleridir"* (Hukuktürk).

kapsamında çalışma yapılmışsa, kadastro müdürlüğünce yeni tapu kütüklerine tescilleri yapılır. Yeni tapu kütüğü düzenlenen bu yerlerde kadastro müdürlüğü tarafından gönderilen yazı tapu müdürlüğünce yevmiye alınmak suretiyle eki listelere göre eski kütük sayfaları irtibat sağlanarak kapatılır (KGY m. 39/II). Buna karşılık, yeni tapu kütüğü düzenlenmesi gerekmeyen yerlerde kadastro müdürlüğü tarafından gönderilen yazı yevmiye defterine kaydedilerek tapu sicillerinde gerekli düzeltme ve tesciller yapılır. Daha önce ilgili parselin beyanlar sütununa yapılan kayıt aynı yevmiye numarasıyla terkin edilir (KGY m. 39/III).

Kadastro güncelleme tutanaklarında yer alan sınırlandırma ve tespitlerin kesinleşmesi ve buna dayanılarak tapu kütüğünde gerekli tescilin yapılması, hukuka aykırı tespitler bakımından gerçek hak sahiplerinin hakkını ortadan kaldırmaz. Kadastro güncelleme tutanağının kesinleşmesi, sadece aksi ispatlanabilen bir hak karinesi oluşturur. Bu nedenle, bu kişiler genel hükümlere göre dava açarak gerçek hak durumuna uygun düşmeyen güncelleme işlemlerini düzelttirebilirler.

III. Kadastro Hatalarının Düzeltilmesi ve Kadastronun Yenilenmesi Hâlinde Devletin Sorumluluğu

Tapu sicilindeki bilgileri özenle tutulması ve doğru olması mülkiyetin korunması bakımından oldukça önem arz etmektedir. Zira TMK m. 1023 hükmü uyarınca tapu sicilindeki bir kayda iyiniyetle güvenerek aynî hak kazanan kişilerin bu kazanımı korunmaktadır. *"Güven ilkesi"* şeklinde isimlendirilen bu ilke, tapu kütüğü için uygulama alanı bulmaktadır. Tapu kütüğü dışındaki ana siciller (yevmiye defteri, plânlar ve diğer resmî belgeler) açık bir yollama yapılarak tapu kütüğünü tamamladıkları oranda güven ilkesinden yararlanmaktadır. Buna karşılık, yardımcı siciller bakımından güven ilkesi geçerli değildir[49]. Söz gelimi tapuda malik olarak gözüken bir kişiden satın aldığı taşınmazın 1.000 m2 olan yüzölçümü sonradan kadastro hatalarının düzeltilmesi veya kadastronun yenilenmesi nedeniyle 600 m2'ye düşen alıcı ciddi bir zarara uğramaktadır. Bu olayda tapu kaydında ve plânda gözüken yüzölçümüne iyiniyetle güvenen alıcının güveni boşa çıkmıştır. Kanun koyucu, tapu siciline kişilerin güven duymasını sağlamak amacıyla TMK m. 1007 hükmünde tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devleti doğrudan sorumlu olacağı ilkesini kabul etmiştir.

Devletin TMK m. 1007 hükmü uyarınca sorumlu tutulabilmesi için, *"hukuka aykırı bir tapu sicili işleminin yapılması", "bir zararın meydana gelmesi"* ve *"hukuka aykırı tapu sicili işlemi ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması"* şeklinde üç tane şartın bir arada bulunması gerekir. Buna karşılık, devletin sorumluluğu için kusur aranmaz. Devletin sorumluluğunun ilk şartı, hukuka aykırı bir tapu sicili işleminin yapılmasıdır. Devlet sadece ana sicillerdeki kayıtların değil, aynı zamanda yardımcı sicillerdeki kayıtların yanlış tutulmasından da sorumludur[50]. Hatta zabıt defterinin hukuka aykırı tutulmasından doğan zararlar

[49] OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, N. 988; ERTAŞ, N. 757; AYAN, Mehmet, *Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 14. Baskı, Adalet, Ankara 2020, s. 247; AKÇAAL, Mehmet, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 196-197; ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel, *Şeklî Eşya Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 402. Buna karşılık, kütükteki kaydın yolsuzluğunun belgelerden anlaşılabildiği durumlarda üçüncü kişinin sadece kütükteki kayda dayanarak hak kazanması mümkündür. Zira onun belgelere bakma mecburiyeti bulunmamaktadır. Bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, N. 999; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 402; ERTAŞ, N. 756; AKÇAAL, s. 196-197.

[50] ERTAŞ, N. 444; AKÇAAL, s. 202.

için de devletin sorumluluğu söz konusudur[51]. Kadastro sırasında yapılan hatalardan Devletin sorumlu olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Kadastro sırasında yapılan hatalardan Devletin sorumluluğunun bulunmadığını kabul edenler olduğu gibi[52], bu zararlar nedeniyle Devletin TMK m. 1007 uyarınca sorumlu tutulması gerektiğini kabul edenler[53] de bulunmaktadır. Üçüncü bir görüş olarak[54], Devletin kural olarak kadastro hatalarından sorumlu tutulamayacağı ancak kadastro haritalarının plân şeklinde tapu sicilinin ana unsurları arasında yer almasından ve aynî hakların kesinleşen kadastro tutanaklarına göre tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra, yapılan kadastro hatalarından Devletin sorumlu tutulabileceği ileri sürülmüştür. Kadastro hatalarının yapılması neticesinde tapu sicilinin bir unsuru olan plân gerçek hak durumunu yansıtmamaktadır. Bu nedenle, tapu sicilinin hukuka aykırı tutulması unsuru böylelikle gerçekleşmiş olmaktadır[55]. Ne var ki, henüz kadastrosu yapılmamış olan yerlerde taşınmazın sınırları ve yüzölçümü zabıt defterine tahmine dayalı olarak yazılmaktadır. Zabıt defterinde görünen yüzölçümü bu gibi hâllerde genellikle gerçek durumu yansıtmamaktadır. Kaydın kapsadığı yerin belirlenmesi de bazen çok güç olabilmektedir. Böyle bir durumda devlet tarafından yapılan resmi bir ölçüm ve tutulan bir plân bulunmadığından zabıt defterinde yazılı olan yüzölçümü devletin güvencesi altında değildir[56]. Diğer bir ifadeyle resmî bir ölçüme dayalı olmadan zabıt defterinde yazılı olan yüzölçümü bilgisinden dolayı Devletin sorumluluğu söz konusu olmaz[57]. Ancak bu durumda TBK m. 244/I hükmüne dayanılarak satıcıdan tazminat talep edilmesi mümkündür[58]. Buna göre, satış sözleşmesinde yazılı olan yüzölçümü miktarı resmi bir ölçüme dayanmıyorsa, satıcı kural olarak eksik çıkan kısım için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür[59]. Ancak sözleşmede bunun aksinin kararlaştırılması mümkündür.

---

[51] AKÇAAL, s. 202.

[52] ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 123. Bu yönde bkz. HGK. T. 26.11.1980, E. 1978/4-624 K. 1980/2478 (ERTAŞ, N. 462).

[53] ERTAŞ, N. 463-464. Bu yönde bkz. Yargıtay HGK. T. 19.09.2012 E. 2012/20-249 K. 2012/596; Yargıtay 20. HD. T. 06.06.2016, E. 2015/10009 K. 2016/6366; Yargıtay 20. HD. T. 20.09.2018, E. 2016/12102, K. 2016/5789, (Legal); Yargıtay 20. HD. T. 24.01.2019, E. 2018/4675, K. 2019/457, (Legal); Yargıtay 20. HD. T. 05.10.2015, E. 2015/2577, K. 2015/8389, (Hukuktürk).

[54] AYAN, s. 267; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 389-390; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, N.647; SİRMEN, s. 124; AKÇAAL, s. 203; DUMAN, s. 152-154.

[55] DUMAN, s. 159. Bkz. Yargıtay 20. HD. T. 09.03.2017, E. 2015/5052, K. 2017/2068, (Hukuktürk); Yargıtay 5. HD. T. 16.09.2021, E. 2020/8773, K. 2021/9869, (Hukuktürk); KK m. 22 uyarınca ikinci kadastro işleminin iptal edilmesi üzerine, davacının tapu siciline güven ilkesine dayanarak satın aldığı taşınmazının yüzölçümünde meydana gelen azalma nedeniyle uğradığı zararın tazmini için TMK m. 1007 hükmüne dayanarak tazminat talep edebileceği yönünde bkz. Yargıtay 5. HD. T. 25.11.2013, E. 2013/9574, K. 2013/20581, (Hukuktürk).

[56] ERTAŞ, N. 458; DUMAN, s. 145.

[57] ERTAŞ, N. 458; ERBEK ODABAŞI, Özge, "Yargıtay Kararları Işığında Devletin Taşınmazın Tapu Kaydındaki Yüzölçümünün Yanlışlığından Doğan Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 1, 2021, s. 207.

[58] *Gümüş*'ün haklı olarak belirttiği üzere TBK m. 244/I'in lafzından açık olarak anlaşılmasa bile bu hüküm sadece tapu kütüğüne kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İsimsiz Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödüncü, Tüketim Ödüncü, Genel Hizmet Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 145.

[59] Kanun koyucu taşınmazlardaki yüzölçümü eksikliği bakımından TBK m. 219 vd. hükümlerde düzenlenen seçimlik hakların aynen uygulanmasını yerinde görmeyerek, alıcıya sadece tazminat talep etme hakkı tanımıştır. Alıcının satıcıdan aynen ifa anlamına gelecek şekilde yüzölçümü eksikliğinin sınırların genişletilmesi suretiyle giderilmesini istemesi de mümkün değildir. Bkz. GÜMÜŞ, s. 145.

Buna karşılık, devlet resmi bir ölçüme dayalı olarak[60] tapu siciline yazılmış olan yüzölçümüne ilişkin yanlışlıklardan dolayı TMK m. 1007 uyarınca sorumludur[61]. Zira resmî bir ölçüme dayalı olarak tapu kütüğüne yazılan yüzölçümü devletin güvencesi altındadır. Ne var ki satılan taşınmazın yüzölçümünün resmi bir ölçüme dayanılarak tapu sicilinde yazılmış olan tutarı içermemesi hâlinde, satıcı özellikle üstlenmiş olmadıkça eksik kalan kısım için alıcıya tazminat ödemek zorunda değildir (TBK m. 244/II)[62].

Devletin sorumlu olmasının ikinci şartı, bir zararın meydana gelmiş olmasıdır[63]. Kadastro hatalarının düzeltilmesinin mümkün olduğu hâllerde bu yollara başvurarak zararı giderme imkânı varsa, Devletin sorumluluğundan söz edilemez[64]. Meselâ, hak sahibi TST m. 74 hükmü uyarınca kadastroda yapılan basit yazım hatalarını idari yoldan düzelttirebileceği gibi, KK m. 41 hükmü uyarınca da kadastro sırasında veya sonrasında yapılan işlemlerle geometrik durumları kesinleşmiş olan taşınmazlarda ölçü, sınırlandırma, tersimat ve hesaplamalardan doğan hataların düzeltilmesini kadastro müdürlüğünden talep edebilir.

---

[60] Arazi kadastroya tabi tutulmuşsa veya imar mevzuatı uyarınca parsellere ayrılmışsa, tapu sicilindeki kaydın resmi bir ölçüme dayandığı ifade edilebilir. Bkz. ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 197.

[61] ERTAŞ, N. 458; EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, N. 576; TANDOĞAN, Halûk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 271; KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 131; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, N. 649, dn. 423; ERBEK ODABAŞI, s. 207; DUMAN, s. 145.

[62] TBK m. 244/II hükmünün sadece tapu kütüğüne kayıtlı olan taşınmazlar bakımından uygulama alanı bulacağı konusunda bkz. GÜMÜŞ, s. 145.

[63] Yargıtay 20. HD. T. 25.10.2018, E. 2018/2973, K. 2018/6829, *"Ayrıca zarar, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesi gereğince yapılan düzeltme işleminin tapu kaydına işlenmesinden önce 41. madde uygulamasının kesinleşmesi ile doğacağından, dava açabilmek için 41. madde uygulamasının tapuya işlenmesini beklemek gerekli olmadığı gibi zarar hesabı da 41. madde uygulamasının kesinleştiği tarihe göre yapılmalıdır"* (Hukuktürk); ayrıca bkz. Yargıtay 20. HD. T. 13.11.2019, E. 2017/6463, K. 2019/6566, (Hukuktürk); Yargıtay 20. HD. T. 05.10.2015, E. 2015/2577, K. 2015/8389, (Hukuktürk); Yargıtay 20. HD. T. 06.05.2019, E. 2016/14845, K. 2019/3131, *"gerçek zararın, zararın doğduğu (uygulama kadastrosunun kesinleştiği) 21/08/2014 tarihi itibariyle net gelir metoduna göre hesaplanması zorunlu iken, mahkemece dava tarihi itibariyle değer belirlemesi yapan rapora itibar edilerek hüküm kurulmuştur"* (Hukuktürk).

[64] Ayrıca bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, N. 644; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 393; ERTAŞ, N. 448; ESENER/ GÜVEN, s. 121; ERMAN, Hasan, *Eşya Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 53; SİRMEN, s. 128. Yargıtay 20. HD. T. 20.09.2018, E. 2016/12102, K. 2016/5789, *"Genel arazi kadastro çalışmaları sırasında tespit ve tescile tâbi tutulan çekişmeli taşınmazın, sonradan 3402 sayılı Kanunun 41. maddesi uyarınca yapılan uygulama ile yüzölçümü azalmış ise de, komşu parsellere bir kayma olup olmadığı, varsa bu işlem yararına olan kişi ya da kişiler hasım gösterilerek tapu iptali istenebileceği, davacı bu şekilde zararını karşılayabilecekse Hazinenin zarardan sorumlu olmayacağı hususları düşünülmeden karar verilmiştir"* (Legal); ayrıca bkz. Yargıtay 5. HD. T. 27.10.2014, E. 2014/15878, K. 2014/24009, (Hukuktürk); Yargıtay 20. HD. T. 08.04.2019, E. 2018/5140, K. 2019/2376, (Hukuktürk); Yargıtay 20. HD. T. 19.01.2017, E. 2015/16678, K. 2017/267, (Hukuktürk); Yargıtay 20. HD. T. 06.05.2019, E. 2016/14845, K. 2019/3131, *"Genel arazi kadastro çalışmaları sırasında tespit ve tescile tâbi tutulan çekişmeli taşınmazın, sonradan 3402 sayılı Kanunun 22/2-a maddesi uyarınca yapılan uygulama ile yüzölçümü azalmış olup mahkemece, davacı yanca 3402 sayılı Kadastro Kanununun 22/2-a maddesine göre yapılan uygulama kadastrosuna itiraz davasının yanı sıra uygulama sonucu oluşan duruma göre komşu parsellere dava açılıp açılmadığı da araştırılmadan hüküm kurulması yerinde olmamıştır."* (Hukuktürk); Yargıtay 20. HD. T. 09.02.2017, E. 2015/16478, K. 2017/1025, (Hukuktürk); Yargıtay 20. HD. T. 21.12.2017, E. 2017/736, K. 2017/10965, (Hukuktürk); Davacıya tapu iptal ve tescil davası açması konusunda davanın mahiyetine göre makul ve usule uygun şekilde süre verilmesi, tapu iptal ve tescil davası açılması durumunda anılan dava sonucunun bekletici mesele yapılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi yönünde bkz. Yargıtay 5. HD. T. 28.04.2021, E. 2020/8386, K. 2021/6574, (Hukuktürk).

Şayet hata daha geniş kapsamlı ise, 2859 sayılı Kanun veya KK m. 22/II-a hükmü uyarınca yenileme çalışmaları sırasında da hataların düzeltilmesi mümkündür.

Kadastro hatalarının düzeltilmesi hâlinde zararın meydana gelip gelmemesi bakımından taşınmazın yüzölçümünde bir değişikliğin meydana gelip gelmemesi önem taşımaktadır:

-Öncelikle yapılan düzeltme işlemi sonucunda *taşınmazın yüzölçümünde bir değişiklik meydana gelmeyebilir*. Meselâ, sınırlandırma, ölçü ve hesaplama hatası olmayan bir taşınmaz paftasına tersim edilirken hata yapılmış olabilir. Bu durumda salt bu hatanın giderilmesi hâlinde zarara uğrama tehlikesi önlenmiş olur. Hak sahibi taşınmazı düzeltme işleminden önce bir başkasına devretmişse, arz üzerindeki durum ile tapudaki yüzölçümünde bir değişiklik olmadığından herhangi bir zarar meydana gelmez[65].

-Düzeltme işlemi neticesinde *taşınmazın yüzölçümünün azalması* mümkündür. Bu ihtimalde kayıt malikinin zarara uğrayıp uğramadığı, taşınmazın fiili sınırlarında bir değişiklik olup olmamasına bağlıdır. Şayet taşınmazın fiili sınırlarında bir değişiklik bulunmuyorsa, kural olarak kayıt malikinin herhangi bir zararından söz edilemez. Buna karşılık, taşınmazın fiili sınırlarında bir değişiklik meydana gelmişse yeni sınırın niteliğine göre bir zararın meydana gelmesi muhtemeldir[66]. Öte yandan, kayıt maliki taşınmazı bir başkasına devretmiş olabilir. Bu ihtimalde bu üçüncü kişi, tapu kaydına güvenerek taşınmazı yüksek bir yüzölçümü miktarı üzerinden satın almasına rağmen, sonradan yapılan bir işlemle taşınmazının yüzölçümü azalmıştır. Dolayısıyla Devlet taşınmazın sınırlarında bir değişiklik olsun veya olmasın bu üçüncü kişilerin uğradıkları zararı gidermekle yükümlüdür[67]. Ancak üçüncü kişinin TMK m. 1007 uyarınca tazminat talep edebilmesi için, taşınmazı iyiniyetle satın almış olması gerekir. Taşınmazın beyanlar hanesine yapılan *"6402 sayılı Kanun'un 41 inci maddesine göre düzeltmeye tâbidir"* şeklindeki kayıt, onu satın alan kişinin iyiniyetli olmasına engel teşkil etmektedir[68].

---

[65] DUMAN, s. 159.

[66] DUMAN, s. 159-160.

[67] DUMAN, s. 160. Yargıtay 20. HD. T. 24.01.2019, E. 2018/4675, K. 2019/457, *"Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; ... 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin kesinleşen 2010/3232 E.- 2012/843 K. sayılı dosyasından taşınmazların sınırlarının zeminde sabit olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla davacılara ait 184 nolu parselin yüzölçümünün kadastro sırasında fazla miktarlı olarak tespit edilip, bu haliyle tapuya tescil edilmesi ve sonrasında bu hatalı işlemin düzeltilmesi ile davacıların tapulu parselinin yüzölçümünün, parseli satın aldıkları tarihe göre azaldığı anlaşılmaktadır. Şu hale göre, davacıların bu parsel yönünden zararının oluştuğu ve bu zararın tazminini TMK'nın 1007. maddesi uyarınca Devletten isteyebileceklerinin kabulü gerekir"* (Legal); Yargıtay 20. HD. T. 20.09.2018, E. 2016/12102, K. 2016/5789, (Legal); Yargıtay 5. HD. T. 15.06.2021, E. 2020/9152, K. 2021/8904, (Hukuktürk); Yargıtay 5. HD. T. 15.09.2021, E. 2020/8821, K. 2021/9773, (Hukuktürk); Yargıtay 5. HD. T. 03.06.2021, E. 2020/8692, K. 2021/8294, (Hukuktürk); Yargıtay 5. HD. T. 15.06.2021, E. 2020/9152, K. 2021/8904, (Hukuktürk); Yargıtay 20. HD. T. 25.10.2018, E. 2018/2973, K. 2018/6829, (Hukuktürk).

[68] Yargıtay 20. HD. T. 18.02.2019, E. 2018/5982, K. 2019/1067, *"Görüldüğü üzere, davacı yan dava konusu taşınmazı satın aldığı tarihte taşınmazın 3402 sayılı Kadastro Kanununun 41. maddesi gereğince yapılan düzeltme çalışmalarına tabi olduğunun taşınmazın tapu siciline şerh edilmesinin yanı sıra davacının satın aldığı tarihte düzenlenen resmî akit senedinin içeriğinde de bu hususun belirtildiği hususları nazara alındığında davacının bunun getirdiği yükümlülük ile taşınmazı satın aldığı, hakların kazanılmasına ilişkin olan TMK'nın 3. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "durumun gereğine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı" hususu dikkate alınarak, davacının iyiniyetli olduğunun somut olayda kabulü mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, …"* (Legal).

-Son ihtimal olarak düzeltme işlemi neticesinde *taşınmazın yüzölçümünün artması* da mümkündür. Bu ihtimalde gerek taşınmaza hâlâ malik olan kayıt malikinin gerek ondan taşınmazı devralan üçüncü kişinin herhangi bir zararı olmamakta; aksine bu düzeltme işleminden bir fayda temin etmektedirler. Ancak düzeltme işlemi yapılmadan önce taşınmazı yüzölçümü üzerinden düşük bir fiyata satmak durumunda kalan eski kayıt malikinin zarara uğradığı ifade edilebilir. Ancak bu konu Anayasa Mahkemesi'nin İsmail Erol ve Diğerleri kararına[69] konu olmuştur. Bu olayda, başvurucular kendilerine miras kalan bir parseli satmışlar, parsel zamanla başka kişilere intikal etmiş, taşınmazı en son satın alan kişi Kadastro Müdürlüğüne başvurarak 3402 sayılı Kanun'un 41. maddesi kapsamında taşınmazın yüz ölçümünün düzeltilmesini istemiş, yapılan kadastro çalışmaları sırasında 15430 m2 olarak tespit gören taşınmazın yüz ölçümü 35250 m2 olarak düzeltilmiştir. Bunun üzerine başvurucular, bu artış oranında zarara uğradıkları gerekçesiyle önce son malike karşı alacak davası açmışlar, açtıkları bu davanın reddedilmesi üzerine TMK m. 1007 uyarınca Devlete karşı tazminat davası açmışlardır. İlk derece mahkemesi, *"davacı tarafın satış yapıldıktan sonra alıcı tarafından taşınmazın yüzölçümünün artırılması sonucunu doğuran müracaatı neticesinde zarara uğradığı iddiası haklı ve yerinde görülmemiştir"* şeklinde karar vermiş ve bu karar Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 17/12/2012 tarihli ve E.2011/14696, K.2012/19429 sayılı ilamı ile onanmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu olayda Derece Mahkemesi kararında bariz takdir hatası veya açık keyfîlik oluşturan herhangi bir durumun tespit edilemediği sonucuna ulaşmıştır[70]. Ancak taşınmazın yüzölçümünün tapu siciline, yapılan ölçümden eksik yazılması nedeniyle malikin zarara uğraması hâlinde devletin TMK m. 1007 hükmü uyarınca sorumluluğuna gidilebilmelidir[71].

Bununla birlikte öğretide[72] ve yargı kararlarında[73] TBK m. 244 hükmü tersine çevrilerek taşınmazın yüzölçümünde ortaya çıkan fazlalıklar nedeniyle alıcının satıcıya sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tazminat ödemesi gerektiği de kabul edilmektedir. Ne var ki, TBK m. 244/I ve II hükümlerinin yüzölçümü

[69] AYM, Başvuru Numarası: 2013/5723, Karar Tarihi: 24.03.2016.

[70] Yargıtay'ın da KK m. 41 uyarınca yüzölçümü artışı hâlinde satıcının tazminat isteyemeyeceği yönünde kararları bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 20. HD. T. 19.12.2016, E. 2015/4218, K. 2016/12340, (Hukuktürk); Yargıtay 5. HD. T. 07.12.2021, E. 2020/8366, K. 2021/14543, *"Somut olayda, tazminat isteğine dayanak taşınmazın yüzölçümü hatalı olarak tespit edilmiş ise de davacının Kadastro Müdürlüğü'nün hatalı işleminden kaynaklanan bir zararı bulunmamaktadır. Taşınmaz davacının elinden, devir aldığı miktar ile çıkmıştır. Bir başka anlatımla davacı taşınmazı devir aldığı tarihte tapuda hangi yüzölçümü miktarıyla kayıtlı ise, mülkiyetini kaybettiği tarihte de aynı miktarla kayıtlıdır. Şu durumda, tazminat isteğine dayanak taşınmazın yüzölçümü kadastro sırasında hatalı olarak tespit edilmiş ise de, davacının bu işlem nedeniyle zararının olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur"* (Hukuktürk).

[71] ERTAŞ, N. 459.

[72] ERTAŞ, N. 459.

[73] Yargıtay 1. HD. T. 12.09.2019, E. 2016/4455, K. 2019/4595, *"Her ne kadar madde (TBK m. 244) tekniği yönünden satıcının sorumluluğu şeklinde bir düzenlemeye gidilmiş ise de; Kanun koyucunun iradesi tarafların haksız yere zenginleşmesine yol açmayacak bir çözüm olduğundan, amaçsal yorum ile akitte yazılı yüzölçümü tutarı gerçek miktardan az ise alıcının da fazla aldığı kısmın değerini satıcıya ödemesi gerekmektedir. Aksi durumda alıcı, fazla kısmı bedelsiz olarak temellük etmiş olacaktır. Davalı ... 146,00 m2 üzerinden anlaştığı ve bedelini ödediği halde, sonradan yaptırdığı düzeltme ile 1.407,80 m2'lik yeri iktisap ederek sebepsiz yere zenginleşmiştir. Hal böyle olunca, yukarıda yer verilen madde uyarınca davacının iptal ve tescil isteğinin reddedilmesi, tazminat isteğinin ise kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır"* (Hukuktürk).

eksikliği göz önünde tutularak düzenlenmesi nedeniyle yüzölçümü fazlalığı hâlinde satıcı yararına uygulanamayacağını kabul edenler de bulunmaktadır[74].

Devletin sorumlu olmasının son şartı, hukuka aykırı tapu sicili işlemi ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Devletin sorumluluğuna ilişkin açılacak davada hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu, davanın tarafları ve zamanaşımı gibi konularda genel eserlerde yer alan açıklamalar geçerlidir. Çalışma konusunun gereğinden fazla genişletilmemesi amacıyla bu hususlara ayrıca değinilmemiştir.

SONUÇ

Kanun koyucu ölçü, sınırlandırma, tersimat ve hesaplamadan doğan hataların kadastro müdürlüğünce düzeltilebilmesine imkân tanımış ve ilgili kişilere, düzeltme işleminin tebliğinden itibaren otuz gün içerisinde düzeltmenin kaldırılması yönünde dava açma yetkisi vermiştir. Otuz günlük süre içerisinde açılan davalarda sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu KK m. 41/I hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık, otuz günlük süre hak düşümü süresi niteliğinde olmadığından bu sürenin dolmasından sonra da düzeltmenin kaldırılması yönünde dava açılması mümkündür. Aynı şekilde, her ne kadar Kadastro Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da düzeltme talebinin reddine karşı da dava açılabilir. KK m. 41 hükmünde bu iki dava (otuz günlük süreden sonra açılacak davalar ve düzeltme isteminin idarece reddi halinde açılacak davalar) bakımından hangi mahkemenin görevli olduğu belirtilmemiştir. Yargıtay'a göre, bu iki davada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Ancak Yargıtay'ın bu davalarda toptan asliye hukuk mahkemesini görevli sayması, HMK m. 382 ve 383 hükümleri bağlamında eleştiriye açıktır. Zira kadastro müdürlüğünün davalı olduğu hallerde taraflar arasında gerçek anlamda bir uyuşmazlık olmadığından, bu davalar çekişmesiz yargı işlerinden sayılmalı ve dava sulh hukuk mahkemesinde görülmelidir (HMK m. 383). Bununla birlikte, olması gereken hukuk bakımından bu iki davanın da KK m. 41 hükmünün kapsamına alınarak, sulh hukuk mahkemelerinde görülmesini sağlamak yeknesaklık sağlayacaktır.

Kaynakça

AKÇAAL, Mehmet: *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

AYAN, Mehmet: *Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 14. Baskı, Adalet, Ankara 2020.

DUMAN, Özgür: *Kadastroda Maddî Hataların Düzeltilmesi (KK m. 41)*, Savaş Yayınevi, Ankara 2017.

ERBEK ODABAŞI, Özge: "Yargıtay Kararları Işığında Devletin Taşınmazın Tapu Kaydındaki Yüzölçümünün Yanlışlığından Doğan Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 1, 2021, s. 193-232.

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

[74] GÜMÜŞ, s. 146.

ERMAN, Hasan: *Eşya Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2014.

ERTAŞ, Şeref: *Eşya Hukuku*, 16. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 2021.

ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret: *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İsimsiz Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödüncü, Tüketim Ödüncü, Genel Hizmet Sözleşmesi*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

KARATAŞ, Kamil/ GENÇER, Eyyüp: "Kadastro Haritalarının Sayısallaştırılması Kapsamında Yapılan Çalışmaların İrdelenmesi", *Geomatik Dergisi*, C. 6, S. 2, 2021, s. 124-134.

KILIÇ, Halil: *Kadastro Davaları, C. 2, Madde 20-50, Afet Kadastrosu, 2981 S. Yasaya Göre Kadastro, Orman Kadastrosu*, Ankara 1999.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.

KOÇAK, Hüseyin: 3402 S. KK. Mad: 22/a gereğince Kadastro Paftalarının Yenilenmesi, Ankara 2009.

NOMER, Halûk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2022.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

SARI, Nevzat İhsan/ DEMİREL, Zerrin: "Ülkemiz Kadastrosunda Yenileme Olgusu ve Öneriler", *Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi*, S. 96, 2007, s. 13-21.

SİRMEN, A. Lâle: *Eşya Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

TANDOĞAN, Halûk: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel: Şeklî Eşya Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.

YARDIM, Orhan: *3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi*, Alfa Yayınları, İstanbul 2000.

YILMAZ, Zekeriya: Medeni Kanun Madde 935 ve Kadastro Kanunu Madde 41'e Göre Tapu ve Kadastroda Tashih, Seçkin, Ankara 2000.

TIP HUKUKU KAPSAMINDA VİCDANİ RET SEBEBİ İLE AYDINLATMA VE TEDAVİDEN KAÇINILMASI

Av. Keriman Nisa ŞEKER*

ÖZET

"Vicdan" ve "ret" kelimelerinden oluşan ''vicdani ret'' kavramı kendi içerisinde kelimeleri aşan derin anlamlar bulundurmaktadır. Vicdani ret denilince tarih boyunca süregelen dönemde akıllara ilk olarak zorunlu askerlik hizmeti gelmiş olsa da günümüzde kullanım alanı gittikçe yayılmaktadır. Dünya tarihine bakıldığında bazı toplumlarda vicdani ret sebebi ile askerlik hizmetini gerçekleştirmeyen kişilerin ölüm veya hapis cezasına çarptırıldığı, bazı toplumlarda ise vicdani reddin geçerli bir sebep olarak kabul edildiği görülmüştür. Günümüzde ise birçok ülkede zorunlu askerlik hizmetine karşı vicdani reddin kabul edildiği görülmekle birlikte Türkiye'nin, aleyhine birçok karar bulunmasına rağmen zorunlu askerlik hizmetinde vicdani reddi kabul etmediği görülmektedir. Vicdani reddin yaygın olarak kullanıldığı ve çalışmanın da asıl konusunu oluşturan bir diğer durum tıp mesleğinin icrası sırasındaki vicdani reddir. Son yıllarda rahim tahliyesi, ötanazi, yapay döllenme, gebeliğin ilaçlarla engellenmesi, sperm bağışı, cinsiyet değiştirme ameliyatları gibi konularda vicdani ret hususunun gündeme geldiği görülmektedir. Tıp ile vicdani kanaat müesseselerinin bir arada kullanılmasına yönelik olumlu ve olumsuz birçok görüş bulunmaktadır. Vicdani ret sebebi ile görevden çekilmeden önce hastanın aydınlatılmış olması ve hastanın görevi yerine getirebilecek durumda olan bir diğer sağlık sunucusuna yönlendirilmesi kaydıyla hekimlerin ve diğer sağlık sunucularının da düşünce, din ve vicdan hürriyetlerine saygı duyularak, inanışlarına ağır gelen ve ciddi zarar vereceği düşünülen tedavilerden kaçınma imkanlarının bulunduğunu kabul eden görüşler vardır. Bunun yanında vicdani ret kavramının kötüye kullanılabileceği sebebi ile vicdani ret ile tıp etiği ilkelerinin bir arada kullanılmaması gerektiğini kabul eden sav da bulunmaktadır. Bu düşünce savunucularına göre mesela karşı cinsiyette olan hastanın tedavisinin reddedilmesi tehlikeli boyutlara ulaşabilmektedir. Yine bu görüşteki yazarlar tarafından, vicdani ret sebebi ile görevden çekilmenin yanı sıra hastaların yanlış aydınlatılması, hastanın tedaviyi başka sağlık sunucularından da alamaması için yanlış yönlendirilmesi hastanın ciddi şekilde zarara uğramasına sebebiyet verebileceği için vicdani reddin tıp mesleği içerisinde kendisine yer bulamayacağı düşünülmektedir. Kanaatimizce vicdani reddin tıp hukuku bağlamında da kabul edilebilir olması gerekmektedir fakat bu kabul edilebilirlik için mutlaka belirli sınırların varlığı aranmalıdır. Hekimin vicdani ret kapsamında sunmayı reddettiği sağlık hizmeti sebebi ile hastanın zarara uğramaması adına sağlık hizmetini gerçekleştirecek olan hekime yönlendirme işlemlerinin çok hızlı bir şekilde tamamlanması gerekmektedir. Bir başka sınır da aydınlatma yükümlülüğü üzerine olmalıdır. Hastanın yanlış aydınlatılması yaşam hakkı ile iç içe olan sağlık hakkının ihlali sebebi ile doğrudan anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Söz konusu sınırların aşılması halinde hastada meydana gelecek olan maddi ve manevi zararlardan dolayı hekimin hukuki sorumluluğu doğacaktır. Aynı şekilde görevi kötüye kullanma suçu kapsamında veya ortaya çıkan netice itibari ile oluşacak başka suçlar kapsamında hekim cezai yaptırımlarla da karşılaşabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vicdan, Ret, Din, Tedavi, Askerlik, Vicdani ret.

* Avukat, nisasekerr@gmail.com, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, 22281385@stu.omu.edu.tr , ORCID ID: 0009-0008-1095-5501.

AVOIDING INFORMATION OBLIGATION AND TREATMENT WITH REASON OF CONSCIENTIOUS OBJECTIONS UNDER MEDICAL LAW

ABSTRACT

The concept of "conscientious objection", consisting of the words "conscience" and "rejection", has deep meanings beyond words. When conscientious objection is mentioned, the first thing that comes to mind throughout history is compulsory military service, but today its use is increasingly widespread. When we look at world history, it has been seen that in some societies, people who did not perform military service due to conscientious objection were sentenced to death or imprisonment, and in some societies, conscientious objection was accepted as a valid reason. Today, although conscientious objection to compulsory military service is accepted in many countries, it is seen that Turkey does not accept conscientious objection to compulsory military service, although there are many decisions against it. Another situation in which conscientious objection is widely used and which is the main subject of the study is conscientious objection during the practice of the medical profession. In recent years, it has been observed that the issue of conscientious objection has come to the fore in issues such as uterine evacuation, euthanasia, artificial insemination, preventing pregnancy with drugs, sperm donation, and gender reassignment surgeries. There are many positive and negative opinions about the use of medicine and conscientious institutions together. Provided that the patient is informed before retiring from duty due to conscientious objection and the patient is directed to another healthcare provider who is capable of performing the duty, physicians and other healthcare providers have the opportunity to avoid treatments that are thought to be burdensome to their beliefs and that are thought to cause serious harm, by respecting their freedom of thought, religion and conscience. There are opinions that agree. In addition, there is also an argument that accepts that conscientious objection and medical ethics principles should not be used together because the concept of conscientious objection may be misused. According to the proponents of this idea, refusing treatment to a patient of the opposite gender, for example, can reach dangerous levels. Again, the authors of this view think that conscientious objection cannot find a place in the medical profession, as in addition to resigning from duty due to conscientious objection, misinforming patients and misdirecting patients so that they cannot receive treatment from other health providers may cause serious harm to the patient. In our opinion, conscientious objection should also be acceptable in the context of medical law, but the existence of certain limits must be sought for this acceptability. In order to prevent the patient from being harmed due to the healthcare service that the physician refuses to provide within the scope of conscientious objection, the process of referring the patient to the physician who will provide the healthcare service must be completed very quickly. Another limit should be on the obligation to inform. Providing incorrect information to the patient will be directly unconstitutional due to the violation of the right to health, which is intertwined with the right to life. If these limits are exceeded, the physician will be legally responsible for the material and moral damages that may occur to the patient. Likewise, the physician may face criminal sanctions within the scope of the crime of abuse of office or other crimes that may occur as a result.

Keywords: Conscience, Rejection, Religion, Treatment, Military service, Conscientious objection.

GİRİŞ

Vicdani ret kavramı vicdan ve ret kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşmuşsa da kendi başına kelimelerden ayrılan özel anlamlar taşımaktadır. Vicdani ret, kişilerin kendi inanışlarına göre hareket ederek, yapmakla yükümlü oldukları eylemleri yapmamayı tercih etmeleri şeklinde tanımlanabilmektedir. Vicdani ret konsepti tarih sahnesinde birçok olayda siyasal, politik, ahlaki düşüncelerle veya dini inanışlarla bir araya gelerek kendisine yer edinmiştir.

Günümüzde birçok alanda etkisini gösteriyor olsa da tarih boyunca vicdani ret denildiğinde akıllara ilk olarak zorunlu askerlik müessesesine karşı çıkılması durumu gelmiştir. Kendi içerisinde de kategorileşen vicdani retçilerden bir kısmı savaşın ve ordulara katılmanın tamamına karşı çıkmakta, bir kısmı orduya katılmayı kabul etse de eline silah alıp savaşmayı reddetmektedir, bir diğer vicdani retçiler ise savaşın tamamına değil belirli ordulara ait savaşlara katılmaya karşı çıkmaktadır. Bu karşıtlıklarının vicdani, ahlaki, ideolojik ve dini birçok sebebi olabilmektedir.

Dünya tarihinde bilinen ilk vicdani ret vakası M.S 295 yılında Numidyalı (Cezayirli) bir genç olan Maximilian'ın Roma ordusuna katılıp savaşmayı reddetmesidir. Türkiye'de ise vicdani ret ilk defa, 1989 Aralığında Tayfun GÖNÜL ve 1990 Şubatında Vedat ZENCİR isimli gençlerin zorunlu askerlik eylemine karşı retlerini Sokak isimli haftalık bir dergide ve Güneş isimli günlük bir gazetede ilan etmeleri ile gündeme gelmiştir. Tarih boyunca vicdani redde karşı devletlerin ve toplumların bakış açıları sürekli değişkenlik göstermiştir. İdam cezasına kadar ağır yaptırımların dahi olduğunu söylemek mümkündür. Günümüzde ise birçok ülke tarafından vicdani ret sebebiyle zorunlu askerlik eylemlerinden muafiyet mümkün olmakla birlikte Türkiye'de hala bu konuda ilerleme kat edilmemiş ve vicdani ret sebebi ile zorunlu askerlik eylemlerinden muafiyet imkânı sağlanmamıştır.

Vicdani reddin kullanıldığı ve çalışmamızın asıl konusunu oluşturan bir diğer alan ise tıp mesleğinin icrasıdır. Burada hekimlere ve de diğer sağlık sunucularına sınırlı da olsa vicdani kanaat sebebi ile hizmetten çekilme hakkı sunulmuştur. Bu hakkın kullanımı ise belirli şartlara bağlanmıştır. Hekimin vicdani ret sebebi ile reddettiği hastayı, hizmeti gerçekleştirmesi mümkün olan, erişilmesi ve ulaşılması mümkün bir hekime yönlendirmesi gerekmektedir. Hastaya görevden çekildiğinin bilgisini vermeli ve akabinde süreçle alakalı aydınlatmalar yapılmalıdır. Acil bir durum veya hayati tehlikenin varlığında ise bu şartlar mevcut olsa bile vicdani ret veya bir diğer çekilme sebepleri ile hizmetten çekilmek mümkün olmamaktadır.

Vicdani ret sebebi ile tıbbi müdahaleden kaçınmanın yanlış uygulanması neticesinde ciddi sorun ve zararlar meydana gelebilmekte ve hekimlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilmektedir. Bu sebeple dikkat edilerek, belirli sınır ve şartlar ile beraber uygulanması gerekmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak vicdani ret kavramının geniş bir tanımı yapılmış, devamında zorunlu askerlik hizmetindeki yerine ve tarihçesine değinilmiş, son olarak da tıp dünyasındaki konumuna, doğru uygulanması şartı ile kabul edilebileceğine, yanlış uygulanma hallerine ve uluslararası bağlamda örnek yargı kararlarına yer verilmiştir.

I. VİCDANİ RET

A. VİCDANİ RET KAVRAMI

"Vicdani ret" olarak incelemiş olduğumuz kavram, Fransızca ve İngilizce asıllarına uygun olarak dilimize çevrilmiş ve yerleşmiştir. Fransızcada "objection de conscience", İngilizce de ise "conscientious objection" şeklinde yer almaktadır. İngilizcede de Fransızcada da ve keza dilimizde de üzerinde durulan iki kelime "ret" ve "vicdan" dır.[1] Vicdan TDK'da "Kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç" olarak tanımlanmaktadır. Vicdan hakkında tarih boyunca birçok tanım yapılmıştır. Örneğin Arapçada beş duyu organ yardımı ile bulma anlamına gelen "vecede" kelimesinden türemiş olan vicdan, nefsin içsel gücünü ve yetisini ifade etmek için kullanılmaktadır. Yine başka bir tanımda "Süjenin davranışlarının ahlaki değeri veya genel olarak çeşitli davranış tarzları hakkında hüküm verme ve yargıda bulunma melekesidir" şeklinde ifade edilmektedir. Vicdan, "Bir kişinin ahlaki değerler sistemi veya kişiliğin ahlaki değerleri ifade eden kısmı olarak gördüğü parçası" olarak da tanımlanmaktadır. [2] Ret ise TDK'da "Uygun bulmama, geri çevirme, kabul etmeme" şeklinde tanımlanmıştır. Türkçe sözlükte vicdani ret kavramının tam olarak karşılığı bulunmasa da kelimeler hakkında yapılan tanımlamalardan yola çıkarak vicdani ret kavramını; kişinin kendi davranışları üzerinde yaptığı yargılama sonucu, bir şeyin uygun bulunmayarak kabul edilmemesi durumu olarak tanımlanabilmesi mümkün gözükmektedir. [3] Özellikle İngilizce ve Fransızcada vicdani ret kavramı yıllardır süregelmiş bir tarih birikintisi sonucu meydana gelmiş olup kelimeleri aşan kendisine has bir anlam kazanmıştır. Dilimizde de aynı şekilde kelimeleri aşan, hukuki, tarihi, kültürel ve de sosyolojik yönleri de bulunan tanımlamalara da ihtiyaç duyulmaktadır. [4]

B. VİCDANİ RET KAVRAMININ TANIMI

Vicdani ret kavramının birçok tanımını yapmak mümkündür: Genel anlamda vicdani ret bireyin kendisine ait ilke ve kuralları ile çelişkili olan norm ve emirlere uymama tavrı olarak tanımlanabilmektedir.[5] Vicdani reddin, bir nevi hukuka itaat etmeyerek kişinin düşünce ve vicdan özgürlüğü konseptinde hareket etmesi olarak tanımı da mümkündür. [6] Yalım'a göre vicdani ret "Pozitif hukukta ödev olarak tanımlanan bir eylemden ya da yapılmasına izin verilen bir uygulamadan inanç, değer ya da ideoloji gibi vicdani gerekçelerle kaçınılmasıdır."[7] Vicdani ret dini gerekçelere dayanabileceği gibi, bireysel ya da toplumsal ahlaka, siyasi, felsefi veya ideolojik nedenlere de dayandırılabilmektedir. [8]

Vicdani ret kavramı hukuki bir hak olarak ele alındığında "düşünce, din ve vicdan özgürlüğü" konseptinde kendine yer bulmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 18. Maddesinde *"Herkesin*

[1] ESMER, BARIŞ, Türkiye'de ve Dünyada Vicdani Ret, Propaganda Yayınları, 2012, 14-16
[2] İmamoğlu, Abdulvahit. "Vicdan kavramının psiko-sosyal tahlili." *AİD*, C.5, S.1 ,2010, s.128-129
[3] ESMER, s.15-16
[4] ESMER, s.15-16
[5] DOĞAN, BAYRAM, "Vicdani Ret ve Vicdani Reddin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", *NEÜHFD*, C.1, S.2, 2018, s. 95
[6] DÖNMEZ, GÖKHAN, "1982 Anayasasında Vicdani Ret Olgusu", *BEÜAİD*, C.3, S.2, 2018, s. 45
[7] YALIM, N. YASEMİN, "Hekimlik Uygulamalarında Kapsamı Giderek Genişleyen Bir Etik Sorun Olarak Vicdani Ret", *TBD*, C.5, S.1, 2018, s.11
[8] ESMER, s.16

düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü ve din veya inancını, tek başına veya topluca ve kamuya açık veya özel olarak öğretme, uygulama, ibadet ve uyma yoluyla açıklama serbestliğini de kapsar." hükmü yer almaktadır. Bu madde bireylere kendi düşünce, vicdan ve dini gereklerine uyma hakkı tanımakta ve geniş olarak yorumlandığında ise bu gereklere aykırılık teşkil eden fiillerden kaçınma hakkı sağlamaktadır.

Yine aynı şekilde BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18.maddesinde "*Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Hiç kimse, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamaz."* hükmü ile din ve vicdan özgürlüğüne, bu özgürlüklerin baskı altına alınmaması gereken müesseseler olduğuna ve de vicdani ret kavramına açıkça yer verilmiştir. Fakat madde metninin devamında yer alan "*Bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir."* fıkrası ile sağlık da dahil olmak üzere çeşitli sebepler ile bu özgürlüklere sınırlandırılma getirilmesinin mümkün olduğunun altı çizilmektedir.

Keza Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 9.maddesinde de herkesin düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahip olduğu vurgulanmış ve akabinde bu özgürlüklerin "sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabileceğine" değinilmiştir. Burada açıkça vicdani ret kavramına yer verilmese de dolaylı olarak değinildiğinin kabulü mümkün gözükmektedir.[9] Söz konusu uluslararası sözleşmeler düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün önemine vurgu yapmakla beraber vicdani ret kavramına da temel dayanak niteliği taşımaktadır.

II. ZORUNLU ASKERLİK HİZMETİ KARŞISINDA VİCDANİ RET HAKKI VE TARİHÇESİ

A. ZORUNLU ASKERLİK KARŞISINDA VİCDANİ RET

Dar anlamda bakıldığında vicdani ret ilk olarak zorunlu askerlik hizmetini akıllara getirmektedir. Bu bağlamda vicdani ret dini, vicdani, politik inanç ve düşünceler sebebi ile zorunlu askerliğe karşı çıkış olarak tanımlanmaktadır. Vicdani retçiler savaş sebebi ile eline silah almaktan kaçınan, orduya veya askeri bir birliğe katılmayı reddeden kişilerdir. Bu kişiler savaşa ve savaş gereği insan öldürmeye karşı çıkmakta, insancıl dünya görüşü benimsemeleri sebebi ile zorunlu askerlik müessesine engel olmaya çalışmaktadırlar. Uluslararası Af Örgütü ise vicdani retçiyi: "Vicdani ya da ahlaki sebeplerden ötürü düzenli ordularda görev yapmayı, savaşlarda ya da silahlı operasyonlara doğrudan veya dolaylı görev yapmayı reddeden kişi olarak tanımlamaktadır."[10]

Vicdani retçiler kendi içerilerinde de kategorileşmiş durumdadırlar. Örneğin bir takım vicdani red savunuculara göre şiddetin ve savaşın her türlüsü yanlıştır ve tamami ile savaş durumuna karşı çıkılmaktadır. Örneğin Yehova Şahitleri dini inançları gereği savaşın her türlüsüne karşı çıkmaktadırlar. [11] Yehova Şahitlerinin en bilinen örneği Bayatyan/Ermenistan davasıdır. Bu davada; Vahan BAYATYAN isimli 1983 doğumlu Ermenistan vatandaşı bir genç Yehova Şahidi olduğu için inanmış olduğu İncil maddeleri

[9] ESMER, s.16-17
[10] DOĞAN, s.96-97
[11] DOĞAN, s.96

gereği askerlik yapmayı reddetmiştir. Askerlik hizmeti yerine alternatif sivil bir görev yapmayı dahi teklif etmiştir. Fakat Devlet ve Adli İşler Komisyonu, Ermenistan yasalarına göre BAYATYAN'ın askerlik yapmak zorunda olduğunu bildirmiştir. 2003 yılında BAYATYAN askerlikten kaçma suçundan iki buçuk yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. On buçuk ay hapiste kaldıktan sonra şartlı olarak tahliye edilmiştir. Mahkumiyetin ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurulmuş ve AİHM dava konusunun AİHS madde 9 da yer alan din, düşünce ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesini uygun bulmuştur. AİHM Büyük Daire tarafından yapılan incelemelerin ardından gerçek bir Yehova Şahidi olan BAYATYAN'ın kişisel yarar veya rahatlık için değil sahip olmuş olduğu dini yükümlülükler gereği ile askerlikten muaf olmak istediğine kanaat getirmiştir. Bu bağlamda mahkeme BAYATYAN'ın mahkumiyetinin, inanç özgürlüğü hakkına, demokratik bir toplumun gerekleri aksine aşırı bir müdahale olduğuna ve bu durumun Madde 9'un ihlali olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu kararı ile vicdani ret kavramına bir ışık tutmuş vicdani ret sorununun madde 9 kapsamında değerlendirilmesi kararı ile de diğer mahkemelere örnek olmuştur. [12] . Bazı vicdani retçiler ise sadece belirli orduların gerçekleştirdiği savaşlara dahil olmamaktadırlar. Bu duruma örnek olarak da Muhammed Ali'nin Vietnam savaşına gitmemesini göstermek mümkündür. Muhammed Ali disleksi oluşu sebebi ile okuma yazma bilmemektedir. Daha önce başta bu sebep olmak üzere mental olarak da askerliğe alım testlerini geçememiş ve askerlik yapmaya elverişli bulunmamıştır. Fakat bu duruma rağmen Vietnam Savaşı sırasında insanların savaşa katılması adına Muhammed Ali de dahil birçok kişiye askerliğe elverişlidir raporu verilmiştir. Muhammed Ali ise şu sözleri ile Vietnam Savaşı'na katılmayı reddetmiştir: *" Neden benden, Lousville'de 'Negro(Zenci)' şeklinde isim taktıkları kişiler hayvan muamelesi görürken ve en temel insan haklarından mahrum bırakılırken, üzerime üniforma giyip, 10 bin mil ötedeki Vietnam'ın renkli insanlarına bomba ve mermi ile saldırmamı istiyorlar? Hayır, evimden 10 bin mil ötede, beyaz köle sahiplerinin dünya üzerinde hakimiyeti devam etsin diye bir başka yoksul milletin canice katledilmesini desteklemeyeceğim. Bugün bu denli kötülüklerin sona ermesi gereken gündür. Beni, böyle bir karar alırsam bunun milyonlarca dolara mal olacağı konusunda korkutmaya çalışıyorlar. Ancak bir kere söyledim ve tekrarlıyorum. İnsanlığın gerçek düşmanları bu kişilerdir. Adalet, özgürlük ve eşitlik için mücadele edenleri köleleştirmek isteyenlerin oyuncağı olarak dinime, halkıma ve kendime leke sürmeyeceğim. Eğer savaşın 22 milyon insanıma özgürlük ve eşitlik getireceğini bilsem beni askere almalarına gerek olmazdı. Yarın gider ve onlara katılırdım. Kendi inandıklarıma sahip çıkarak kaybedecek hiçbir şeyim yok. Hapse girerim, ne var yani? Biz 400 yıldır hapisteyiz."* [13] Savaşa gitmediği taktirde mesleği ve tek yaptığı iş olan boksörlük lisansını kaybedebileceği, para ve hapis cezası alabileceği kendisine söylenmiş olmasına rağmen Muhammed Ali vicdani ret kapsamında savaşa gitmeyi reddetmiştir. Bu olayın ardından Muhammed Ali ABD tarafından halk düşmanı ilan edilmiş, lisansı iptal edilmiş, 5 yıl hapis ve 10.000 dolar para cezasına çarptırılmış, şampiyonluk unvanı geri alınmıştır. Yüksek mahkemenin kararı bozmasının ardından sahalara eskisinden daha etkili bir şekilde dönüş yapmıştır. [14]

[12] AYKUT GÖKHAN, "BAYATYAN / ERMENİSTAN DAVASI", *FHD*, C.3, S.23, 2011, s.19-22

[13]https://vicdaniret.org/bu-sizin-savasiniz-diyerek-vietnam-savasina-katilmayi-reddeden-mohammed-ali-yasaminiyitirdi

[14] GÜVEN, ERDEM, "Vur Muhammed Aşkına, Vur Ali Aşkın: Siyaset ve Spor İkonu Olarak Muhammed Ali İmgesi", *TRT Akademi*, C.4, S.8, 2019, s.299

B. ZORUNLU ASKERLİK KARŞISINDA VİCDANİ REDDİN DÜNYA TARİHİNDEKİ YERİ

Savaş karşıtlığı, bakıldığında savaşın kendisi kadar eski bir tarihe sahiptir. [15] Dünya tarihinde bilinen ilk vicdani ret vakası M.S 295 yılında 21 yaşındaki Maximilian'ın Roma ordusuna katılıp savaşmayı reddetmesiyle meydana gelmiştir. Maximilian Numidyalı (Cezayirli) bir gençtir ve Maximilian'ın askerliği reddetmesinin sebebi kendisinin Hristiyan olması ve inancına göre şiddete başvurmanın doğru olmamasıdır. Roma yönetimi Maximilian'ın bu tutumu sonucunda infazına karar vermiştir. [16] Dördüncü yüzyılda Hıristiyanlık dininin Roma'da kabul edilmesiyle Hıristiyan vatandaşlar orduda yer almayı kabul etmiş fakat birçok kişi savaşmayı reddetmiştir. Yine aynı şekilde Yahudiler de Roma ordusunda savaşmayı reddetmiş ve bu vazifeden muafiyet talep etmişlerdir.[17] Bu dönemde Batıdaki vicdani ret Hristiyanlıkta yer alan pasifizm akımından etkilenmiştir. Aynı şekilde Asya'da etkili olan Budizm inancı da savaşa karşı gelmektedir. İslam ve Yahudilik ise Hristiyanlık gibi pasifist dinler olmasa da öldürmemeleri gerektiğine dair ayetler mevcut bulunmaktadır. [18]

Zorunlu askerlik hizmetinde bulunmaya karşı itirazların kökenlerine inildiğinde orta çağdaki Orta Feodal Beyliklerine rastlanılabilir. Bu dönemde Hıristiyan tarikatlar Feodal Beyler ile anlaşarak bir savaş vergisi karşılığında askerlik hizmeti gerçekleştirmemeyi kabul ettirmişlerdir. Almanya'daki Wiedertaeufer isimli bir tarikat bu anlaşmaya karşı çıkmış vergi ödemeyi de askere gitmeyi de şiddetle reddetmiştir. Fakat bu direniş kanlı bir şekilde sona erdirilmiştir. [19]

18. Yüzyılda İngiltere'de yer alan Quaker adlı tarikat da savaşa katılmayı ve de vergi ödemeyi dini inanışları sebebi ile reddetmiştir. Bu grup günümüz anlamıyla vicdani retçi olarak tanımlanmaya en yakın grup olarak bilinmektedir. [20]

Modern öncesi batı toplumlarında askerlik hizmetini reddetme tavrı yasalarla düzene alınmamıştır. Bazen görmezden gelinme bazen de çok katı cezalar verilme suretiyle tutarsız bir tavır benimsenmiştir. Erken modernleşme döneminde ise sadece dini sebepler gereği yapılan vicdani ret yasalarca kabul edilmiştir. Protestan devrimi ile ortaya çıkmış olan Quaker, Menonit, Brethren, Yehova Şahitleri ve 7. Gün Aventistleri vicdani ret sisteminin öncüleri olarak bilinmektedirler. "Yirminci yüzyıla gelindiğinde Prusya, daha sonra Almanya tarafından kurulan zorunlu askerlik blokları I. Dünya Savaşı sırasında birçok Avrupa ülkesince benimsenerek militarizmin temeli oluşturulmuştur. Bu dönemlerde vicdani ret dini boyuttan uzaklaşarak siyasi ve ideolojik bir davranışa dönüşmüştür."[21] Sanayi Devrimi sonrası da dini sebepler ile vicdani ret kabul edilmiş ve vicdani retçilere alternatif olarak sivil hizmetlerde çalışma hakkı tanınmıştır. 2. Dünya Savaşı sonrası batı toplumlarında ise dini temelli vicdani retçilik yerini daha çok seküler vicdani redde bırakmıştır. [22] Bu gelişme ile beraber kilise de aktif rolünü anti militarist gruplara devretmiştir. O döneme kadar alternatif sivil hizmetlerin koşulları ağır iken dönem itibari ile sivil

[15] DÖNMEZ, GÖKHAN," Demokrasi İndeksine Göre (2018) Bazı Dünya Ülkelerindeki Vicdani Ret Uygulama Örnekleri", *DEUHFD*, C.21, 2019, s. 1685
[16] DOĞAN, s.98
[17] ESMER, s.37-38
[18] DOĞAN, s.99
[19] ESMER, s.37-38
[20] ESMER, s.38
[21] DOĞAN, s.100
[22] ESMER, s.38-39

hizmetler daha hafif koşulları olan bir seçeneğe dönüşmüştür. [23] Tüm bu gelişmeler sonucunda 1921 İngiltere'sinde War Resisters International-UA Savaş örgütü kurulmuştur. Bu örgüt vicdani ret harekatlarını destekleyen bir yapılaşmaya sahip olmuştur. [24]

Fransa'da 1798'de Jourdan Kanunu ile zorunlu askerlik müessesesi yürürlüğe girmiştir. İlerleyen zamanlarda bu tutumdan vazgeçilip varlıksız kesimlerden oluşan profesyonel ordular kurulmaya başlanmıştır. Varlıklı kişilere de kendileri adına başka kişileri askere gönderebilme hakkı tanınmıştır. Bu durum Fransa dışında da birçok ülkede oldukça yaygın bir şekilde uygulanmıştır. Prusya 1814'te Zorunlu Askerlik Kanununu kabul etmiştir. Avrupa zorunlu askerliği barış dönemi olsa bile gerekli olduğunu düşünmüş, ABD ve İngiltere'nin de bu fikri benimsemesinin ardından zorunlu askerlik müessesesi global bir hal almıştır. Akabinde ABD bu tutumundan 1969 yılında vazgeçmiş aynı şekilde İngiltere ise 1963 yılında profesyonel askerliğe geri dönmüştür. [25]

C. ZORUNLU ASKERLİK KARŞISINDA VİCDANİ REDDİN TÜRKİYE TARİHİNDEKİ YERİ

Türkiye'de askerlik vatanseverliğin en önemli göstergelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Toplumun yer edinmiş adetlerine göre askerlik "erkek" olmanın temel taşlarından birisi olarak kabul edilmektedir. Öyle ki "Her Türk Asker Doğar" şeklinde kalıplaşmış olan, artık kült hale gelmiş bir söz de bulunmaktadır. [26] Zorunlu askerliğin yapılacağı ordu, "peygamber ocağı" şeklinde nitelendirilmekte, bazı yörelerde askere gitmeyen kişilere "kız verilmemekte" ve yine bazı bölgelerde asker uğurlama törenleri yapılmaktadır. Bu ve benzeri eylemler ile askerlik görevi kutsal hale getirilmektedir. [27]

1982 Anayasasının 72. Maddesinde "*Vatan hizmeti her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*" hükmü yer almaktadır. 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 1. maddesinde yer alan "*Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, iş bu kanun mucibince askerlik yapmaya mecburdur.*" hükmü ile askerliğin zorunlu olduğuna vurgu yapılmaktadır. Kanunda yer alan erteleme sebepleri mevcut değil ise 20 yaşına gelen her genç erkek askerlik hizmetini yerine getirmek zorundadır. 1949 yılında Avrupa Konseyine üye olmuş olan Türkiye, zorunlu askerlik sistemini hala uygulamakta ve vatandaşlarına vicdani ret hakkı tanımamaktadır. [28]

Türkiye'de vicdani ret ilk defa, 1989 Aralığında Tayfun GÖNÜL ve 1990 Şubatında Vedat ZENCİR isimli gençlerin zorunlu askerlik eylemine karşı retlerini Sokak isimli haftalık bir dergide ve Güneş isimli günlük bir gazetede ilan etmeleri ile gündeme gelmiştir. O dönemde öğrenci olan gençler hakkında TCK 155. Maddesi olan "halkı askerlikten soğutma" başlıklı hükmü gereği dava açılmıştır. Yargılama sonucunda ZENCİR beraat etmiş fakat GÖNÜL 3 ay hapis cezası almıştır. Fakat bu ceza daha sonra para cezasına çevrilmiştir. [29]

---

[23] DÖNMEZ, *1982 Anayasasında*, s.48
[24] DOĞAN, s.101
[25] DOĞAN, s.101
[26] ÇINAR, Özgür Heval, "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Avrupa Birliğinde ve Türkiye'de Vicdani Ret", *TBB Dergisi*, S.72, 2007, s.101
[27] DOĞAN, s.105
[28] ÇINAR, s.101-102
[29] ESMER, s.143-144

ZENCİR ve GÖNÜL yargılanmalarına rağmen faaliyetlerini durdurmamış, Antalya'daki küçük öğrenci gruplarında kendilerini yeterince ifade edemeyeceklerini düşündükleri için de İzmir'de Savaş Karşıtları Derneği (SKD) 'ni kurmuşlardır. [30] Tüm dikkatleri üzerine çeken dernek kısa sürede kapatılmıştır ancak daha sonra İzmir Savaş Karşıtları Derneği ismiyle yeniden kurulmuştur. Anılan dernek, sadece Türkiye sınırlarında değil, uluslararası toplumla da savaş karşıtı harekâtı için etkileşimde bulunmuştur. Dernek başkanlarından olan Osman Murat ÜLKE'nin, TCK Madde 155 (halkı askerlikten soğutma) ve Askeri Ceza Kanunu Madde 58 (milli mukavemeti kırma) suçlarını işlediği gerekçeleri ile tutuklanmasına karar verilmiştir. ÜLKE, bu durum üzerine AİHM'e Türkiye aleyhine dava açmış ve kazanmıştır. Böylece toplumda ve basında bütün dikkatleri çekmeyi başarmıştır. ÜLKE her Türkün asker doğmadığını savunmuş, "ölmeyeceğiz, öldürmeyeceğiz, kimsenin askeri olmayacağız" sözleri ile tekrar yargılanmıştır. "Osman Murat Ülke'den sonra Mehmet Tarhan da 27 Ekim 2001 tarihinde vicdani retçi olduğunu açıklamıştır. 8 Nisan 2005 tarihinde tutuklanmış, Sivas Askeri Hapishanesi'ne gönderilmiştir. Askeri Ceza Kanunu'nun 88. maddesinde düzenlenen *"itaatsizlik"* suçundan toplam 4 yıl olmak üzere hapis cezasına çaptırılmıştır. Askeri Yargıtay 3. Dairesi'nin bu kararı bozmasına rağmen, ilk derece mahkemesi olan Sivas Askeri Mahkemesinin kararında direnmesi üzerine, dava Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'na gelmiş ve burada kararı doğru bulan mahkeme sadece cezanın üst sınırdan verilmiş olmasından dolayı kararı bozmuş ve Mehmet Tarhan 9 Mart 2006 tarihinde de serbest bırakılmıştır. "[31]Mahkeme ve hapishane arasındaki bu kısır döngüler vicdani retçi olmayı düşünen pek çok kişinin geri durmasına sebebiyet vermiştir.[32]

Türkiye'nin bu tutumuna karşılık; Osman Murat ÜLKE'nin AİHM'de Türkiye aleyhine açmış ve kazanmış olduğu davası gibi örnek birçok karar bulunmaktadır. Erçep/Türkiye davasında Mahkeme Bayatyan davasına atıf yaparak Yehova Şahidi olan Yunus ERÇEP'in vicdani retçi olması sebebi ile mahkûmiyet almasına ve sivil hizmetlerden faydalanamamasına karşın Türkiye'yi hatalı görmüştür ve mahkûm etmiştir. Aynı şekilde Demirtaş/Türkiye davasında da Feti DEMİRTAŞ yine bir Yehova Şahididir ve yine Mahkeme 3. Madde ve 9. Maddenin ihlal edilmesi gerekçesiyle Türkiye'yi haksız bulmuştur. [33]

Türkiye, hakkında açılan davalara rağmen hala vicdani ret hakkını tanımamıştır. Vicdani ret hakkı tanımadığı gibi zorunlu askerlik hizmeti yerine alternatif sivil hizmet imkânı da getirilmemiştir. Öyle ki Türkiye'de vicdani retçilere ve de destekçilerine 10 yıla kadar hapis cezası verilebilmektedir. [34]

III.TIP HUKUKUNDA VİCDANİ RET KAVRAMI

A. GENEL OLARAK AYDINLATMA VE HİZMET GÖRMEDEN ÇEKİLME HAKKI

Hastaların kendi hekimlerini seçme hakkı bulunduğu gibi hekimlerin ve sağlık çalışanlarının da birer birey olarak , kişisel kararlarına saygı gösterilmesini isteme, vicdani kanaatleri ile hareket etme ve ahlaken uygun görmediği hizmetleri vermekten kaçınma hakları sınırlı da olsa bulunmaktadır.[35] Hekimlerin; mesleki ve şahsi nedenler, konsültasyona dayalı nedenler, şiddet olaylarına dayalı nedenler,

[30] ESMER, s. 144
[31] ÇINAR, s.106
[32] DOĞAN, s.105-106
[33] BÜLBÜL, H. BASRİ, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Vicdani Ret", *İMÜHFD*, C.1, S.2, 2015, s.121
[34] DOĞAN, s.106
[35] TÜRE, s. 297

bulaşıcı hastalıklar, vicdani kanaat gibi sebeplerin varlığı halinde hizmetten çekinme hakları bulunmaktadır. [36]

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 18. Maddesinde, *"tabip ve diş tabibi, âcil yardım, resmî veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir."* hükmü bulunmaktadır. Tüzüğün 19. maddesinin ilk fıkrasında ise aynı husus, *"Tabip ve diş tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 25. maddesinde ise mesleki sebeplere özgü olmak üzere, *"Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde... hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir."* hükmüne yer verilmiştir. [37]

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 24. maddesinin 2. fıkrasında, *"Müdavi tabip veya diş tabibi, konsültasyon yapılmasına lüzum gördüğü takdirde, keyfiyeti hastaya bildirir. Bu teklifin kabul edilmemesi halinde, müdavi tabip veya diş tabibi, hastasını bırakabilir."* hükmüne yer verilmiştir. [38] Yine aynı şekilde Çalışan Güvenliği Genelgesi'nin 6. maddesinde, *"Sağlık çalışanları, sağlık hizmeti sunumu esnasında şiddete uğraması halinde, acil verilmesi gereken hizmetler hariç olmak üzere hizmetten çekilme talebinde bulunabilir"*denilmektedir. [39]

1. Çekilmenin Şekli

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 19. maddesinin 2. Fıkrasında *"Tabip*(in)... *bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez. Hastayı bu suretle terk eden tabip veya diş tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahade notlarını verir"* hükmü yer almaktadır. Burada hizmetten çekinme hakkının kullanılabilmesi için hekimin kendisi yerine hizmet sağlayacak başka bir hekimin bulunması ve de hastanın bilgilendirilmesi gerekliliğine vurgu yapılmaktadır. Öyle ki bu iki şart mesleki sebepler ile hizmetten çekilme için getirilmiş olsa da madde metnini; konsültasyon ve de vicdani ret gibi şahsi sebepler ile gerçekleştirilen çekilmelerde de bu usulün uygulanacağı şeklinde yorumlamak yanlış olmayacaktır. Başka bir hekim bulunmasından anlaşılması gereken tedaviyi yürütebilecek nitelikte bir hekimin erişilebilir ve ulaşılabilir olmasıdır. Diğer hekimin aynı sağlık kuruluşunda çalışılması zorunlu olmasa da hastanın fiziksel olarak diğer hekime makul zaman içerisinde ulaşmasının mümkün olmayacağı durumlarda hizmetten çekinme hakkının da kullanımı mümkün olmayacaktır. Bilgilendirme yükümlülüğünde ise hekim hastaya öncelikle hizmetten çekileceği hususunda bilgilendirme yapmalıdır. Akabinde durum, tıbbi ihtiyaçlar ve süreç hakkında hasta aydınlatılmalıdır. Bu bilgilendirmeler sırasında hekim aydınlatma yükümlülüğünün unsurlarına aykırı davranışlardan kaçınmalıdır. Hekimin, hastanın tedavisine başladıktan sonra çekilme kararı aldığı durumlarda sevk edilen hekimin de bilgilendirilmesi gerekmektedir. Hekimlik Meslek Etiği

[36] TÜRE, s.303-328
[37] TÜRE, s.303
[38] TÜRE, s.330
[39] TÜRE, s.334

Kuralları'nın 25. maddesi'nde *"Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür"* ibaresi yer almaktadır. [40]

2. Çekilmenin Mümkün Olmadığı Haller

Değinmiş olduğumuz sınırlı sayıdaki çekinme haklarının; acil durumlarda, resmi bir görevin ifasında ve de insani vazife ifası söz konusu olduğu durumlarda kullanımı mümkün olmayacaktır. [41]

B. HEKİMLERİN VE DİĞER SAĞLIK ÇALIŞANLARININ VİCDANİ RET SEBEBİ İLE AYDINLATMA VE HİZMET GÖRMEDEN KAÇINMASI

Yukarıda da değinildiği üzere hekimlerin hastayı aydınlatmadan ve tedaviden çekinme sebeplerinden birisi vicdani rettir. Daha önce değindiğimiz üzere zorunlu askerlik hizmetine karşı vicdani ret müessesi olduğu gibi tıp hukuku bağlamında da vicdani ret karşımıza çıkmaktadır. Vicdani ret ile anlatılmak istenen, hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının vicdani kanaatlerine, politik düşüncelerine veya dini inanışlarına aykırı olan sağlık hizmetlerine ilişkin aydınlatmadan ve hizmet sunumuna katılmaktan kaçınmalarıdır. [42] Tıp etiği alanında "vicdani ret" kavramı hekimlerin bazı hizmetleri sunmayı ahlaki sebepler gereği reddetmeleri ile gündeme gelmiştir. Bu durumun ilk örnekleri Hipppocrates zamanına dayanmaktadır. Pers Kralı Artaxerxes, Pers İmparatorluğu'nda süren vebayı sonlandırması için Hippocrates'e teklif götürmüştür. Fakat Hippocrates memleketi Atina ile Pers İmparatorluğu'nun savaşta olması sebebi ile bu teklifi reddetmiştir. Nazi döneminde Almanya'daki bazı hekimler de insanlık dışı muameleler ile yürütülmesi istenilen araştırmalara katılmayı reddetmişlerdir. Son yıllarda ise rahim tahliyesi, ötanazi, yapay döllenme, açlık grevi yapanları zorla besleme, kızlık zarı incelemesi yapılma, gebeliğin ilaçlarla engellenmesi, sperm bağışı, tüp bebek, üreme hücrelerinin dondurulması, cinsiyet değiştirme ameliyatları gibi konularda vicdani ret hususunun gündeme geldiği görülmektedir. [43] [44] Yine aynı şekilde dini sebepler gereği, cinsiyet sebebi ile hastayı reddetmenin de sıklıkla yaşandığı bilinmektedir. [45]

Vicdani ret, kişilerin kendi inanış ve değerlerine göre yaşayabilmeleri ve bu değerlere aykırı eylemlere zorlanmamaları adına üretilmiş bir müessesedir. Bu bağlamda ele alındığında vicdani ret sağlık çalışanları için de koruyucu bir nitelik taşımaktadır. Örneğin bir sağlık çalışanı yasal olarak görevlendirilse dahi işkence veya idam cezasına katılmayı, kızlık zarı kontrolü yapmayı vicdani ret sebebi ile reddedebilir. Burada sorun, aynı sağlık çalışanının tıbben uygun olan, yasalarca düzenlenmiş ve kabul görmüş olan bir uygulamayı hastanın gerek duyması veya talep etmesi durumunda vicdani ret sebebiyle reddetmesi ile karşımıza çıkmaktadır. Bazen hasta ile sağlık çalışanlarının değerleri çatışmakta bazen de değerler örtüşse

[40] TÜRE, s.325-329
[41] TÜRE, s.314
[42] TÜRE, s.310
[43] YALIM, Neyyire Yasemin, KELEŞ, Şükrü, "Vicdani Ret Kavramının Hekimlik Alanını Kapsama Olanağı Konusunda Etik Bir Analiz", *III. Uygulamalı Etik Kongresi Bildiriler Kitabı*, 2018, s.84
[44] TÜRE, s.311
[45] YALIM, s.12

bile bu sefer de din, dil, ırk, cinsiyet gibi ayrımlar tıbbi müdahale gerçekleştirme açısından sorun teşkil edebilmektedir. [46]

Vicdani reddin sebep olduğu etik ikilemler iki ayrı görüşün meydana gelmesine sebep olmuştur.

1. Vicdani Reddin Doğru Uygulandığı Takdirde Kabul Edilmesine Yönelik Görüşler

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde, BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Anayasamızın 24. - 25. Maddelerinde "düşünce, din ve vicdan özgürlüğü" yer almaktadır ve bu özgürlük her bireyin sahip olduğu temel haklardan birisidir. Hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının da birey olarak sahip oldukları bu hakkın kapsamı gereği, kendi fikir ve değerlerine aykırı eylemlerden kaçınma seçenekleri olması gerektiğine dair düşünceler mevcuttur. Bu düşüncelere sahip yazarlar, söz konusu hakların temel insan hakları arasında olduğunu öne sürerek hekim olmanın bu hakları kullanamamak anlamına gelmesine kesinlikle karşı çıkmaktadırlar. Başta hekimler olmak üzere bütün sağlık çalışanlarının vicdani ret gerekçesi ile hangi uygulamaları yapıp yapmayacaklarını ilan etmeleri, hastayı talep ettiği hizmeti vicdani ret sebebi ile yerine getirmekten kaçınmayan bir diğer meslektaşa yönlendirmeleri ve de vicdanen reddettikleri hizmetlerin ağırlıklı olduğu branşlarda görev almaktan kaçınmaları halinde etik sorunların ortadan kalkacağı savunulmaktadır. [47] Yine daha önce de değinildiği gibi yasalara da aykırı olan örneğin kızlık zarı muayenesi gibi taleplerin vicdani ret gerekçesi ile de reddedilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır.

Bir takım yazarlara göre, söz konusu tıbbi müdahalenin, hizmet sunucusu olan hekim ve diğer sağlık çalışanlarının ahlaki bütünlüğünü, değer ve inançlarını derin ve ciddi bir şekilde zedeleyerek zarara uğratacağı durumlarda, müdahalenin yapılmaması hastaya da kabul edilebilir derecede az bir külfet oluşturuyorsa vicdani ret sebebi ile tedaviden kaçınma mümkün olmalıdır. Hele ki talep edilen tıbbi uygulama yeni veya henüz ahlaki statüsü belirgin olmayan bir uygulama ise vicdani ret savının daha da güçleneceği savunulmaktadır. [48]

Bazı yazarlar da tıp hukukunda yer alan vicdani ret müessesesini dini sebeplere dayanılmadığı takdirde kabul edilir bulmaktadır. [49]

Morten Magelssen'a göre bir takım sınırlamalar olduğu takdirde vicdani reddin sağlık alanında kabulü mümkündür. Magelssen; sağlık hizmeti sunmanın hizmet sunucusunun değerlerine ciddi bir şekilde zarar verdiği, vicdani reddin ahlaki veya dinsel sebeplere dayandığı, hizmetin, hizmet sunucusunun işinin zorunlu bir parçasını oluşturmadığı, hastanın yaşamını tehlikede olmadığı, hastanın maddi bir zarara uğramadığı, diğer meslektaşlara yüklenecek külfetin az olduğu durumlarda vicdani reddin kullanılabilirliğini kabul etmiştir. [50]

[46] YALIM, Yasemin, "Hekimlik Uygulamalarında Kapsamı Giderek Genişleyen Bir Etik Sorun Olarak Vicdani Ret", *TBD*, C.5, S.1, 2018, s.12-13
[47] YALIM, KELEŞ, s.87
[48] YALIM, KELEŞ, s.86
[49] YALIM, KELEŞ, s.84
[50] YALIM, s.13

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesine dayanarak hazırlanan 22 sayılı ve 2016 tarihli Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığı Hakkı Üzerine Genel Yorumu'nun Elde Edilebilirlik (Availability) başlığı altındaki 14. Maddesinde "*Vicdani nedenlere dayanarak hizmet sunmayı reddetme gibi, ideolojik temelli politikalar veya uygulamalar nedeniyle ürün ve hizmetlerin mevcut olmaması, hizmetlere erişimde bir engel teşkil etmemelidir; bu tür hizmetleri sağlayabilen ve bu konuda istekli ve yeterli sayıda sağlık çalışanı hem kamu kurumları hem özel kurumlarda, makul coğrafi erişim dahilinde, her zaman mevcut olmalıdırlar*" hükmü yer almaktadır. Özel Yasal Yükümlülükler başlığı altındaki Koruma Yükümlülüğü alt başlığına ait 43. maddesinde ise *"Sağlık hizmeti sağlayıcılarına vicdani ret hakkı tanınması durumunda; devletler, bu uygulamayı, hizmet sunma yeterliliğine sahip ve bu konuda istekli olan erişilebilir bir sağlayıcıya sevk edilmesi de dahil olmak üzere, bireylerin cinsel sağlık ve üreme sağlığına erişiminin engellenmemesini ve hizmetlerin acil durumlarda uygulanmasını sağlamak için uygun bir şekilde düzenlemelidir"* şeklinde düzenleme bulunmaktadır.[51] İki madde metnine de baktığımızda vicdani reddin kabulünün mümkün olduğu fakat bu kabul olacak ise devletlere bir takım yükümlülükler yükleneceği görülmektedir. Buna göre, devletlerin vicdani retçi hizmet sunucular yerine, bu konuda hizmet vermekte sakıncası olmayan diğer sağlık çalışanlarına sevk sistemini kurması, sevkin ulaşılabilir ve çalışabilir halde olması ve sistemdeki aksaklıklar sebebi ile hizmet alımında sorunlar meydana gelmemesi gerekmektedir.

Uluslararası Aile Planlaması Federasyonu'nun (IPPF) 1995'te yayınladığı Üreme Hakları ve Cinsel Haklar Bildirgesi'nin ilgili 5.3. maddesi ile düşünce özgürlüğü kapsamında *sağlık personeline doğum kontrolü ve gebeliği sonlandırma hizmeti sunmayı reddetme hakkı tanınmıştır*. Fakat bu hakkın kullanılması için hastanın bu hizmeti sunmakta bir problemi olmayan başka bir sağlık çalışanına sevk edilmesi gerekmektedir. Hastanın hayati riski bulunduğu durumlarda ise bu hakkın kullanılamayacağının önemle vurgusu yapılmaktadır. [52]

Ülkemizde doktrine bakıldığında hekimlerin vicdani ret hakkını kullanabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Fakat bu kabulün sınırları bulunmaktadır. Hekim dini, ahlaki veya etik dayanakları olan gerçekçi nedenler ile hastayı reddedebilir. Bu hakkın kullanılması hastada büyük zararlara sebep olmamalıdır ve de hasta vicdani ret sebebi ile hizmetten çekinildiği hakkında bilgilendirilmelidir. Hastanın Savunulması ve Gizlilik Hakkında Bildiri'sinin 4. maddesinde *"Acil bir durum değilse, hekimlerin kendi kişisel değerleriyle veya mesleki yargılarıyla çelişen herhangi bir prosedüre katılmaları gerekli tutulamaz. Böyle acil olmayan durumlarda, hekim hastaya hastanın isteklerini yerine getirmeyeceğini açıklamalı ve gerekiyorsa, hastayı başka bir h*ekime yönlendirmelidir" hükmü yer *a*lmaktadır. Son olarak vicdani ret hakkı kullanılırken ayrımcılık yapılmaması gerekmektedir. "Yani hekim ya tüm hastaları için geçerli olabilecek bir nedene dayanmalı ya da salt birkaç hastasını bu tedaviden mahrum bırakmamalıdır. [53]

2. Vicdani Reddin Yanlış Uygulamalara Sebebiyet Verebileceği Gereği Kabul Edilemeyeceğine Yönelik Düşünceler

Bir takım görüşlere göre hekim ve sağlık çalışanlarının zaten meslek etikleri gereği etik dışı olan uygulamaları gerçekleştirme zorunlulukları bulunmadığı için reddetme durumunun ayrıca "vicdani ret"

[51] YALIM, s.14
[52] YALIM, s.14
[53] TÜRE, s.312-314

başlıklı bir kalıba sokulması yanlış bulunmaktadır. Bu durumun kişisel bir tercih olan vicdani ret ile açıklanmasının tıp etiğine aykırı eylemlerin önünü açacağı savunulmaktadır. [54]

Julian Savulescu'ya göre üstlenilen vazife insan yaşamı ile ilişkili ise vicdani reddin hukuka uygun olması mümkün değildir. Savulescu her ne kadar kişisel düşüncelerin önemli olduğuna değinse de hekimlerin kamu görevlileri olduğunu ve kendi kişisel düşünceleri için değil kamu yararı için çalışmaları gerektiğini savunmaktadır. Hatta inanç ve düşünceleri gereği hizmet vermekten kaçınan hekimlerin hekimlik dışında bir başka meslek seçmeleri gerektiğini düşünmektedir. Savulescu görüldüğü üzere vicdani ret hakkına şiddetle karşı çıkmaktadır. Bu denli şiddetli bir reddedişin tamami ile kabulü düşünce, din ve vicdan hürriyetinin yok sayılmasına sebebiyet verebilecektir. [55]

Bir başka yazara göre vicdani ret kavramı ile tıp etiği ilkeleri bir arada kullanılmamalıdır. Kişisel düşünce ve değerler, kişiden kişiye göre değişebilmekte ve birbirleri ile çelişkili nitelikte olabilmektedir. Vicdan tanımının açık bir şekilde yapılması da mümkün olmamaktadır. Bu nitelikteki bir kavramın normatif önermelerin temelinde olması ayrımcılığın meydana gelmesine sebebiyet verebilecektir. [56]

İsteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması konulu bir çalışmada; "gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılmasının bir sağlık hizmeti olduğu ve hekimin de bu sağlık hizmetini yerine getirmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu durumda kadın kendi bedeni üzerinde kendi iradesi ile bir hakkını kullanmak istemektedir. Bu duruma karşıt görüşlerin savunduğu temel sebep ceninin hayatının elinden alınmamasıdır. Fakat burada atlanılan husus vicdani ret gerekçesi ile gebeliği sonlandırılmayan kadının bu işlemi kendi başına, tıp bilimi dışı yollarla yapmaya çalıştığında kadının hayat ve sağlığının tehlikeye atılıyor olmasıdır. Bu sebeple tahliye işleminin yetkili kişi olan hekim tarafından uygun ortam ve koşullarda yapılması gerekmektedir. Hekimin kişisel nedenler ile hizmet sunmayı reddetmesi kadın yaşamını tehlikeye atmakla beraber ayrımcılığa yol açmaktadır. "[57]görüşlerine yer verilmiştir.

Ülkemiz laik bir yapıda olmasına karşın nüfusun %99.2'sini Müslümanlardan oluşmaktadır ve de İslami değer yargılarının kamusal alanda etkileri gün geçtikçe artmaktadır. Ülkemizde çok sık karşılaşılan bir diğer durum da karşı cinsiyetteki kişilere sağlık hizmeti vermekten vicdani ret gerekçesi ile kaçınılmasıdır. YALIM bu durumu şu sözler ile eleştirmektedir: Ülkemizde cinsiyeti sebebi ile bir hastanın sağlık hizmetlerinden mahrum kalması söz konusu olabilmektedir. Örneğin mesane globu gelişmiş bir hastaya sonda takmayı reddeden bir kadın hekim tıbbin basit ve temel bir uygulamasından kaçınmaktadır. Dini sebepler gereği böylesine temel bir uygulamayı bile gerçekleştiremeyen birinin ilk başta tıp mesleğini seçmesi de inançsal önceliklerine aykırı olmalıdır. Söz konusu sağlık çalışanının vicdani ret gerekçesi ile karşı cinsiyetten hastalara bakmayı reddettiğinin ilanı dahi etik soruna herhangi bir çözüm oluşturmamaktadır. Karşı cinsten hastalara hizmet vermemek tıp mesleğinin varoluş özelliği olan koşulsuz iyilik kavramını ortadan kaldırmaktadır. [58]

---

[54] YALIM, KELEŞ, s.86
[55] TÜRE, s.312
[56] CİVANER, MURAT, "Tıp Etiği Argümanları Bilimsel Bilgi ve Belli Değerlerle Uyumlu Olmalı", *TBD*, C.2, S.3, 2015, s.183
[57] CİVANER, MURAT, "Gebeliğin İsteğe Bağlı Sonlandırılması ve "Vicdani Ret"", *Toplum ve Hekim*, C.27, S.6, 2012, s.421
[58] YALIM, s.14-15

Yine YALIM'ın eleştirdiği bir diğer durum ise; vicdani ret sebebiyle hizmetten çekinen sağlık çalışanlarının sağlık hizmeti talep edenleri herhangi bir sebep ile hizmeti uygulamaktan kaçınmayan diğer meslektaşlarına yönlendirmelerinin, diğer sağlık çalışanlarının iş yükünü artırarak onlara külfet yüklemeleridir. YALIM'a göre bu durum iş huzur ve barışını bozabilecek nitelikte olup baştan engellenmesi gerekmektedir. [59]

Kanımızca vicdani ret sebebiyle tedaviden kaçınmanın tehlike arz eden sebeplerinden birisi de aydınlatma yükümlülüğünden de kaçınılması veya hastanın yanlış aydınlatılmasıdır. Daha önce de değindiğimiz gibi vicdani ret veya sayılan diğer sebeplerin varlığı halinde hekimin tedaviden çekilmesi mümkündür. Fakat bu çekilmenin gerçekleştirilebilmesi için acil bir durum olmaması, hizmetten çekilen hekimin kendi yerine tedaviyi gerçekleştirecek bir hekim bulması ve son olarak hastayı aydınlatması gerekmektedir. Fakat bazen hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünü vicdani ret sebebiyle yerine getirmediği görülmektedir. Bir diğer bölümde ayrıntılarıyla yer verdiğimiz P. ve S. /Polonya davası bu konuya güzel bir örnek teşkil etmektedir. Kürtaj olmak isteyen genç kız gittiği hekimler tarafından sürekli reddedilmekle birlikte aynı zamanda yanlış yönlendirmelere de maruz kalmaktadır. Hekimler kürtaj işleminin gerçekleşmemesi adına genç kızı sürekli oyalamakta, bekleme süresi, gerekli belgeler, bu belgelerin karşılaması gereken resmi gereklilikler gibi konularda da kendisine yanlış bilgi aktarımı yapılmaktadır. Vicdani ret sebebi ile bir hekimin hizmetten çekilmesinin düşünce, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında sınırlı da olsa kabulü mümkündür. Fakat hastalara istenilen tıbbi müdahalenin sırf kendi inanış ve düşüncelerine aykırı olması sebebi ile yanlış bilgi verilmesinin, aydınlatılmanın eksik veya hiç yapılmamasının kabulü hiçbir şekilde mümkün değildir.

C. TIP HUKUKU BAĞLAMINDA VİCDANİ REDDE İLİŞKİN ULUSLARARASI YARGI KARARLARI

Kaliforniya Yüksek Mahkemesinin Benitez/North Coast Women's Care Medical Group, Inc. Kararı:

"Guadalupe Benitez lezbiyen olduğunu belirtmiş ve akabinde rahim içi suni döllenme talebinde bulunmuştur. Guadalupe Benitez'in başvurmuş olduğu sağlık kuruluşunda görev yapmakta olan iki hekim de evlilik bağı içerisinde olmayan birisine söz konusu tedaviyi uygulamalarının dini inançlarına aykırı olduğunu belirterek talebini reddetmişlerdir. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi suni rahim içi döllenme tedavisi için dini bir gereklilik olarak evlilik şartı getirilmesinin göreceli ve soyut bir durum olduğunu vurgulamıştır. Hekimlerin dini sebepler başlığı altında eşcinsel bireyleri tedavi etmekten kaçınamayacaklarını belirtmiştir. Kamu hizmeti görülen işletmelerde cinsel yönelim ve tercihler sebebi ile ayrımcılığın yasak olduğunu, hekimlerin din özgürlükleri kapsamında bu yasaktan muafiyetlerinin mümkün olmadığı şeklinde hüküm kurulmuştur." [60] Mahkeme bu kararında vicdani reddin ayrımcılık ile birlikte kullanılarak suistimal edilmesinin mümkün olmadığına değinmiştir. Gerçekten de eğer bir hekim başka hastalarına uygulamış olduğu tedaviyi sırf cinsel tercihleri sebebi ile bir hastaya uygulamaktan kaçınıyorsa bu durumun vicdani ret konsepti altında kabulünün mümkün olmaması gerekmektedir.

AİHM Pichon ve Sajous/Fransa Davası Kararı:

"Üç kadın reçete karşılığı doğum kontrol hapı almak üzere Bruno Pichon ve Marie-Line Sajous isimli şahısların eczanelerine gitmişlerdir. Başvurucu eczacılar ise dini inanışları gereği bu hapları satmayı

[59] YALIM, s.16
[60] TÜRE, s.314

reddettikleri gibi eczanelerinde bu ilaçlar bulunmamaktadır. Üç kadın tarafından başvuranlar şikâyet edilmiştir. Şikayet sonunda yerel mahkeme tarafından; dini sebeplerin doğum kontrol hapı satmaya engel teşkil edemeyeceği, kürtaj ile alakalı doktorlar, ebeler ve hemşireler ile ilgili hükümler bulunsa da eczacılara doğum kontrol hapı tedarik etmeyi reddetme hakkı tanıyan bir mevzuat olmadığı, Tüketici Kanunu'nun ahlaki gerekçeler hiç kimseyi kanunun tüm tüccarlara dayattığı satış yükümlülüğünden kurtaramaz şeklindeki hükmü gereği eczacıların haksız olduğu yönünde hüküm kurulmuş ve başvuranlar 5.000 Fransız Frangı para cezasına ve üç şikayetçiye 1.000 FRF tazminat ödemelerine karar verilmiştir. Başvuranlar temyize başvurmuş olup temyiz mahkemesi de yerel mahkeme kararını onaylamıştır. Başvurucular Madde 9 'a dayanarak AİHM'e başvuru yapmışlar fakat AİHM de yerel mahkemeler gibi başvurucuları haksız bulmuştur. AİHM kararında doğum kontrol haplarının reçete ile sadece eczanelerde satıldığı, bölgedeki tek eczanenin kendilerine ait olması, bu sebeple somut olayda dini inanışlara öncelik verilmesinin mümkün olamayacağı şeklinde hüküm kurmuş ve son olarak başvurucuların profesyonel alan dışında da dini inanışlarını açıklayabilecekleri pek çok yer olduğunu vurgulamıştır."[61] [62] Mahkeme bu kararında eczacılara vicdani sebeplerle doğum kontrol hapı satmama yetkisi verilmediğini vurgulamıştır. Şayet bu yetki verilmiş olsaydı dahi vicdani reddin uygulanabilmesi için gereken şartları taşımadığı için de mümkün olmayacaktı. Şöyle ki; hekimler vicdani kanaat sebebi ile görevden çekilecekse hastayı görevi yerine getirecek bir hekime yönlendirmeli, bu hekimin zaman ve mekân olarak makul sürede ulaşılabilir olması gerekmektedir. Bu durumun eczacılar için uygulanacağı kabul edilse dahi bölgedeki tek eczanenin kendilerine ait olması sebebi ile vicdani ret ile ilaç satmamanın kabulü mümkün olmayacaktır.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Washington/Glucksberg Kararı:

"Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi hekim yardımlı ölümün yasak olduğunu, hekimin hastanın acı çekmesini dindirmek amaçlı da olsa hayatını sonlandırılmasının yasak olmasının sosyal ve ahlaki sebeplerin, hastanın çektiği acıların sonlandırılmasına yönelik talebinden daha üstün bir değer taşıdığına karar verilmiştir."[63]

AİHM A. B. VE C. / İrlanda Davası Kararı:

"İrlanda'da annenin hayatını tehdit eden gerçek ve önemli bir tehlike bulunmadığı taktirde, kürtaj hukuka aykırı olup ceza kanunu kapsamında suç niteliği taşımaktadır ve burada üç hamile kadın uygunsuz ortam ve koşullarda özel bir klinikte kürtaj olmak zorunda kalmışlardır.

Birinci başvuran bekâr bir anne olup, dört küçük çocuğu koruyucu aile bakımı altındadır. Alkol problemlerine ilişkin için çaba sarf eden başvuran, bir çocuğu daha olması halinde diğer dört küçük çocuklarının da velayetini geri almasının güçleşeceğinden endişe etmektedir.

İkinci başvuran bekâr bir anne olmak istememektedir. Başvuranın dış gebelik riski olduğu halde, kürtajdan önce bu risk de dikkate alınmamıştır.

[61] TÜRE, s.313
[62] Pichon/ Sajous vs France Case, 49853/99, 2001: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-22644%22]}
[63] TÜRE, s.312

Üçüncü başvuran ise kanser hastası olup, hamileliğinin devamı halinde hayati bir tehlikesinin olup olmadığını, ayrıca hamile olduğunu öğrenmeden önce kendisine uygulanan tıbbi müdahalelerden ceninin nasıl etkilenmiş olabileceğini teşhis edecek herhangi bir hekim bulamamıştır.

Birinci ve ikinci başvuran yönünden yurt dışında hukuka uygun olarak kürtaj olma ve kürtaj hakkında bilgiye erişim imkânının bulunduğunu dikkate alan AİHM, İrlanda halkının derin ahlaki değerlerine dayanan kürtajla ilgili sınırlamanın devletin takdir yetkisini aşmadığı, söz konusu yasağın başvuranların özel yaşamına saygı hakkı ile doğmamış çocuk adına dile getirilen haklar arasında adil bir denge kurduğu sonucuna varmıştır.

Üçüncü başvuran yönünden ise AİHM dava tarihinde İrlanda'da tıbbi konsültasyon ve dava yollarının yasal kürtaj hakkının tespit edilebilmesi için etkili ve erişilebilir yöntemler olmadığını kabul etmiştir. AİHM'e göre, İrlanda'da teorik olarak belli koşullarda mevcut olan yasal kürtaj hakkı konusundaki hukuki belirsizliğe bağlı olarak, Anayasa'da öngörülen yasal kürtajın pratikte uygulanabilirliğini sağlamaya yönelik etkili ve erişilebilir yöntemlerin bulunmayışı, davalı devletin üçüncü başvuranın özel hayatına saygı hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirememesine yol açmıştır. Bu nedenle AİHM üçüncü başvuran yönünden AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir."[64] Mahkeme bu kararda vicdani ret sebebi ile kürtaj hizmetinden çekilmenin kabul edilebileceğine fakat devletin bu hizmeti sağlayacak hekimlere sevk konusunda yeterli ve etkili adımlar atması gerektiğine değinmiştir.

AİHM P. VE S. / Polonya Davası Kararı:

"Başvuru sahiplerinden P, kendisine akranı bir erkek tarafından tecavüz edildiğini söylemiştir ve bu tecavüz hamilelik ile sonlanmıştır. Başvuru sahiplerinin ortak düşünceleri ile P 'nin hamileliğinin yaş küçüklüğü sebebi ile sonlandırılması gerektiğine karar verilmiştir. Savcılık soruşturması sonucunda P'nin hamileliğinin 15 yaş altında yasadışı bir cinsel birliktelik sonucunda ortaya çıktığı kanıtlanmıştır. İkinci başvuru sahibi S ilk başvuru sahibi P adına kürtaj talep etmek üzere İç İşleri Merkezine gitmiş burada kendisine jinekolog Dr. O ile görüşmeleri tavsiye edilmiştir.

İkinci başvuru sahibi, Lublin'deki başka bir devlet hastanesine gitmiş ve buradaki baş hekim W.S. ile irtibat kurmuştur. Dr. W.S. başvuru sahiplerinin Katolik bir papaz ile buluşmasını tavsiye etmiştir. İkinci başvuru sahibi bunu reddetmiştir.

İkinci başvuru sahibi daha sonra tavsiye edilen Dr. O ile görüşme gerçekleştirmiştir. Dr. O kendisinin sevk verme zorunluluğu olmadığını belirterek ikinci başvuru sahibine "kızını evlendirmesini" tavsiye etmiştir.

Başvuru sahipleri 26 Mayıs 2008 günü Jan Bozy hastanesine bildirimde bulunmuşlardır. Burada kendilerine jinekoloji bölüm başkanı Dr. W.S.'nin tatilinden dönmesini beklemek zorunda oldukları söylenmiştir.

30 Mayıs 2008 günü tatilden dönen Dr. W.S., kararını vermek için biraz daha zamana ihtiyacı olduğunu söyleyerek başvurucuları oyalamaya çalışmıştır.

Dr. W.S ilk başvuru sahibine dini tercihlerini veya papazı görmek isteyip istemediğini sormadan kendilerini Katolik papaz K.P. ile görüştürmüştür. Papaz P'yi hamileliği sonlandırmaması gerektiği yönünde ikna

[64] KARAKUL, SELMAN, "Avrupa insan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı", *İMÜHFD*, C.4, S.1 ,2017, s.44-45

etmeye çalışmıştır. Yine papaz ikinci başvuru sahibi S ile de konuşmuş ve kendisine iyi bir anne olmadığını söylemiştir.

Akabinde Dr. W.S. kürtaj işlemini yapmayacağı ve hastanedeki diğer bütün doktorların da kürtaj işlemini gerçekleştirmeyeceğini belirtmiştir.

Başvuru sahipleri 3 Haziran 2008 günü Varşova'ya gitmiş, Federasyon'un önerdiği bir doktor ile irtibat kurmuşlardır.

Papaz kürtaj karşıtı aktivistler ile birlikte Varşova'daki hastaneye de gelmiştir. Hastane tarafından bu kişilerin başvuru sahipleri ile görüşmesi engellenmemiştir. İkinci başvuru sahibinin yokluğunu fırsat bilen aktivistler ilk başvuru sahibi ile konuşarak fikrini değiştirmeye çalışmışlardır. Bu rahatsız edici çabalar aynı şekilde akşam odalarına gelen kimliği belirsiz kişiler tarafından da devam etmiştir.

5 Haziran 2008 günü umutsuzluğa kapılan başvuru sahipleri hastaneyi terk etmiştir. Hastaneden ayrılırken hastane girişinde bekleyen kürtaj karşıtı aktivistler tarafından taciz edilmişlerdir.

Başvuru sahipleri hastaneden çıktıkları gün içerisinde 16.00'dan 22.00' a kadar kendilerine yemek dahi verilmeden polis karakolunda sorguya çekilmişlerdir. Kendilerine Aile mahkemesinden gelen kararı göstermişlerdir. Kararda ikinci başvuru sahibinin ebeynlik haklarının kısıtlandığı ve ilk başvuru sahibinin bir sığınağa yerleştirileceği bildirilmektedir.

İlk başvuru sahibi 6 Haziran 2008 günü sabaha doğru 04:00'de sığınma evine yerleştirilmiştir. Kilitli bir odaya yerleştirilen genç kızın elinden cep telefonu alınmıştır. Papaz K.P. 6 Haziran 2008 günü kendisini burada ziyaret etmiş ve ilk başvuru sahibini, kendisinin Katolik kilisesine bağlı bekar bir annenin yanına yerleştirilmesi için onun adına mahkemeye bir başvuruda bulunacağı konusunda bilgilendirmiştir.

13 Haziran 2008 günü, ilk başvuru sahibi bir savcı ve psikoloğun eşliğinde hastane odasında bir adli hâkim tarafından sorgulanmıştır. İlk başvuru sahibi hamilelik ile sonuçlanan cinsel birlikteliğin güç zoruyla gerçekleştiğini ve annesinin kendisini hamileliği bitirmek konusunda zorlamadığını ifade etmiştir. İlk başvuru sahibine hukuki danışmanlık sunulmamış ya da kendisine rehberlik edecek bir yetişkine yer verilmemiştir.

16 Haziran 2008 günü, Bakanlık'tan bir memur tarafında telefonda bilgilendirilen ikinci başvuru sahibine, sorunun çözüldüğünü ve kızının kürtaj olabileceğini söylenmiştir. Kuzey Polonya'daki, evlerinden 500 km uzaklıktaki Gdańsk yerleşkesine gitmesi konusunda bilgilendirilmiştir. İlk başvuru sahibi buradaki devlet hastanesinde kürtaj olmuştur.

Çok sayıda doktorun kürtaj için bir sevk verme ya da yasal olan kürtajı gerçekleştirme konusundaki isteksizliği, Devlet'in kendi yasalarını uygulamadaki ve vicdani ret uygulamasını düzenlemesindeki başarısızlığının kanıtıdır. Her iki başvuru sahibi de doktorlar ve yetkililer tarafından, yasal kürtaj konusunda geçerli usul ve gereklilikler konusunda yanlış yönlendirilmiştir. İlk başvuru sahibi, istemediği halde papaz tarafından danışmanlık hizmetine maruz kalmış ve doktorlar ve papaz tarafından bilgilendirilen kişiler tarafından zorbalığa maruz bırakılmıştır. Ayrıca annesinin velayetinden yasalara uygun olmayan bir biçimde alınmış ve ardından gözaltında tutulmuştur. Sonunda yasal hakkı olan kürtajı yaptırmasına izin

verildiğinde, operasyon kendi kasabasından beş yüz kilometre uzakta bir hastanede, gizli bir biçimde gerçekleştirilmiştir. İlk başvuru sahibinin nihai olarak bir kürtaja erişebildiği gerçeği, başvuru sahiplerinin Anlaşma'nın ihlal edildiği iddiası bağlamında mağdur oldukları savını çürütmemektedir.

Kürtajın Lublin Hastanesi'nde yapılmasının reddedilişi, bir doktorun, Doktorluk ve Diş Hekimliği Meslek Yasası Madde 39'da öngörülen "vicdan hükmü" kapsamında, vicdanına aykırı tıbbi hizmet vermekten kaçınması sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu Yasa, söz konusu doktorun hastayı başka bir hekime yönlendirmesini gerektirmektedir. Bu hastanedeki doktorlar, başvuru sahiplerini başka bir doktora sevk etmekte başarısız olmuşlardır. Başvuru sahipleri, vicdani ret uygulamasına ilişkin ve tıbbi tesislerde hamileliğin yasal olarak sona erdirilmesine erişimi güvence altına alan kapsamlı bir yasal çerçevenin bulunmamasının, doktorların ilk başvuru sahibinin hamileliğini zamanında, onurlu ve saygılı bir şekilde sonlandırma hakkını elinden aldığını ifade etmiştir. Başvuru sahiplerine, kürtaj hakkına erişim için gerekli yasal koşullar hakkında çelişkili ve yanlış bilgiler verilmiştir (bekleme süresi, gerekli belgeler, bu belgelerin karşılaması gereken resmi gereklilikler, her iki ebeveynin rızasının gerekliliği vb.). Böylelikle, özgür bir biçimde kürtaj kararı almaları engellenmiştir."[65]

"AİHM; yasal kürtaja erişim konusunda Polonya'da uygulamadan kaynaklanan belirsizlik ve sorunlar olması; ayrıca başvuranların kişisel ve tıbbi bilgilerinin hukuka aykırı olarak, meşru bir amaç olmaksızın açıklanması nedeniyle AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine, çocuğun Aile Mahkemesi kararı uyarınca yaklaşık 11 gün boyunca, önce çocuk sığınma evinde, ardından da hastanede tutulmasını AİHS'nin 5/1. maddesinde güvenceye alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına aykırı olduğuna, son olarak mağdur çocuğun yasal kürtaj uygulanması sürecinde yetkili makamların geciktirici tutumu nedeniyle maruz kaldığı ıstırabın, AİHS'nin 3. maddesinde öngörülen asgari eşiğe ulaştığına karar vermiş ve Sözleşme'nin bu maddeler yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır"[66] Söz konusu kararda insan hak ve hürriyetlerine aykırı birçok durum söz konusudur. Hekimlerin vicdani ret sebebiyle kürtaj yapmamalarının kabulü mümkün olsa da bunun için sağlanması gereken şart ve koşullar hiçbir surette yerine getirilmemiştir. Kürtaj işlemini reddeden hekimin işlemi gerçekleştirecek hekime sevk etmesi unsuru tamamen başarısızlık ile sonuçlanmıştır. Hekimin sevk sırasında hastayı aydınlatma yükümlülüğü de ihlal edilmiş, hastaya gerçek dışı bilgiler aktarılmış, sürecin iptaline yönelik her türlü eylem ve davranışlarda bulunulmuştur. Hekimler tarafından tarafların özel hayatına saygı duyulmamış, hastanın doğru bir şekilde aydınlatılıp başka bir hekime yönlendirilmesi gerekirken aksine hekimler kendi düşünce ve inanışlarına aykırı olan talebin iptali için her türlü yolu insan haklarına aykırı bir şekilde denemişlerdir. Söz konusu davranışların kabulü mümkün olmamakla beraber AİHM de başvuruculara haklı bulacak şekilde hüküm kurmuştur.

AİHM R.R / Polonya Davası Kararı:

"1973 doğumlu R.R isimli başvuranın hamileliğinin 18. haftasında yapılan ultrason tetkikinde fetüsün bazı malformasyonlara uğramış olma ihtimali tespit edilmiştir. Başvuran teşhisin kesinleşmesi halinde hemen kürtaj olmak istediğini bildirmiştir. Başvurana amniyosentez testi yaptırması tavsiye edilmiş, ancak hekiminlerin ısrarlı ve kasıtlı davranışlar ile başvuranı oyalamış ve gerekli testler için sevk işlemini gerçekleştirmemişlerdir. Büyük güçlükler sonunda hamileliğin 23. Haftasında amniyosentez testi gerçekleştirilmiştir. Test sonucunda tekrar kürtaj talebinde bulunan R.R 'ın talebi bu sefer de fetüsün o

[65] *P. VE S.-POLONYA DAVASI, Başvuru No. 57375/08, 2012, https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/680/ekutuphane2.1.6.22.pdf?sequence=1&isAllowed=y*
[66] KARAKUL, s.46

aşamada annenin vücudu dışında hayatta kalabileceği sebebi ile reddedilmiştir ve bu sebeple Turner sendromlu kız çocukları dünyaya gelmiştir.

Başvuran açtığı hukuk davası sonucunda, hekimler; zamanında genetik testleri gerçekleştirmemeleri ve sevk talebini reddetme işlemlerine dair kayıt tutmadıkları gerekçesiyle tazminata hükmedilmiştir. AİHM sağlık görevlilerinin gerekli muayeneleri geciktirmesi nedeniyle başvuranın maruz kaldığı belirsizlik ve üzüntünün AİHS'nin 3. maddesinde öngörülen asgari eşiği aştığı gerekçesiyle, 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM ayrıca başvuranın durumunda tecrübe edildiği gibi, Polonya hukukunda, yasal kürtaj yoluna başvurulabilmesi için gerekli olan muayene ve tetkiklerin yapılabilmesine imkân sağlayacak etkili mekanizmalar bulunmadığına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla Polonya'da iç hukuk kurallarının pratikte uygulanması ile teoride mevcut olan yasal kürtaj hakkı arasında uyumsuzluk ortaya çıkmış ve davalı devlet başvuranın özel hayatına saygı hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği için AİHS'nin 8. maddesi ihlal edildiğine karar verilmiştir." [67] Bu olayda yine çeşitli sebeplerle hastanın kürtaj talebinin gerçekleştirilmemesine yönelik davranışlar sergilendiği görülmektedir. Aydınlatma ve yönlendirme yükümlüğü yerine getirilmemiş, hastanın kasıtlı bir şekilde oyalanması ile yasal kürtaj süresinin geçirilmesine sebebiyet verilmiştir. AİHM başvurucu hastayı haklı bularak madde 3 ve madde 8'in ihlal edildiği yönünde hüküm kurmuştur.

SONUÇ

Vicdan ve ret kelimelerinden oluşan vicdani ret kavramı kelimelerin salt anlamlarını aşan daha derin ve etkili şekillerde tanımlanmaktadır. Tarih boyunca birçok tanımı yapılmış olan vicdani reddi, kişilerin kendi inanışları, düşünceleri, dini, siyasi veya ahlaki görüşleri sebebi ile yasalarca tanımlanmış ve üzerlerine vazife olan eylemleri yapmaktan kaçınma isteği olarak da tanımlamak mümkün olacaktır. Günümüzde çok çeşitli alanlarda yer bulsa da yıllar boyunca vicdani ret denildiğinde akıllara ilk olarak zorunlu askerlik hizmeti gelmiş bulunmaktadır. Bu tür vicdani retçiler yine ahlaki, dini, politik ve benzeri birçok sebep yüzünden zorunlu askerlik hizmetine karşı çıkmaktadır. Kendi içlerinde de kategorileşen vicdani retçilerden bazıları ordulara katılmayı tamamen reddetmekte, bazıları ordulara katılıp savaşmayı reddetmekte, bazıları ise ordu ve savaşların tamamına değil de sadece ideolojilerine aykırı sebeplerle oluşanlara katılmayı reddetmektedirler. Yine bazı vicdani retçiler inandıkları dinlerin kendilerine savaşın ve insan öldürmenin kötü ve yasak olduğunu söylemeleri sebebiyle bu duruma karşı çıkmaktadırlar. Kişilerin cinsel yönelimleri gereği veya askerlik hizmetine çağrıldıkları ülke veya kurumun ideolojik veya siyasal düşüncelerini yanlış bulmaları gereği de zorunlu askerlik hizmetine karşı vicdani retçilik yaptıkları görülmektedir.

Yehova Şahidleri dini inançları gereği vicdani retçilerin, Muhammed Ali ve Osman Murat ÜLKE ideolojik sebepler gereği vicdani retçilerin, Mehmet TARHAN cinsel yönelim ve yine ideolojik vicdani retçilerin bilindik ve etkili örneklerindendir.

Tarih boyunca zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani reddin devletler ve toplumlar tarafından kabul gördüğüne de kabul görmediğine de ilişkin birçok örnek bulunmaktadır. Günümüzde ise uluslararası alanda birçok ülkede, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde, BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan "düşünce, din ve vicdan özgürlüğü"

[67] KARAKUL, s.45

maddeleri gereği vicdani ret sebebi ile askerlik hizmetinden çekilmenin kabul edildiği görülmektedir. Ancak Türkiye AİHS' e taraf bir ülke olmasına rağmen hala askerlik hizmetini zorunlu tutmakta, vicdani ret sebebi ile askerliğe gidilmemesi durumunu kabul etmemektedir.

Çalışmamızın asıl konusu olan tıp hukuku kapsamında da vicdani ret hususunun karşımıza çıktığı durumların mevcut olduğu görülmektedir. Özellikle hekimler olmak üzere sağlık hizmeti sağlayan kişilerin mesleki ve şahsi sebeplerin mevcut olduğu durumlarda, konsültasyon gerektiren hallerde, şiddete maruz kaldıkları durumlarda ve vicdani ret sebepleri ile tedaviden kaçınmaları mümkün olmaktadır. Diğer sebeplerde olduğu gibi vicdani ret sebebi ile de tedavi yükümlülüğünün terk edilebilmesi için bir takım şartların bir araya getirilmiş olması gerekmektedir. Öncelikle vicdani ret sebebiyle tedaviden çekinen hekimin hastayı, kendisi yerine söz konusu tedaviyi üstlenecek bir hekime yönlendirmesi gerekmektedir. Yönlendirilen hekimin vicdani veya başka sebeplerle tedaviyi yapmaktan kaçınmayan bir hekim olması ve de bu hekimin erişilebilir ve ulaşılabilir olması gerekmektedir. Hastayı aynı kurum içerisinde bir hekime yönlendirme mecbur tutulmamış olsa da diğer hekime ulaşmanın zaman ve mekân olarak makul olması gerekmektedir. İkinci olarak da vicdani ret sebebi ile hastayı tedavi etmeyi reddeden hekimin hizmetten çekildiğini usule uygun bir şekilde, makul bir dilde, hastayı yargılamayan ifadeler ile hastaya aktarması gerekmektedir. Hastaya tedavinin gerçekleştirilemeyeceği yönünde bilgilendirme yapılmasının ardından kendisinin bir başka hekime yönlendirildiği açıklanmalı, süreç ve bütün durumlar hakkında hasta aydınlatılmalıdır. Son olarak hastanın acil bir durum içerisinde olmamış olması gerekmektedir. Hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu durumlarda, başka bir hekim arayışına girilmesindeki geçen zaman kaybı sırasında hastanın zarara uğraması veya hayatını kaybetmesindeki vicdani yükün, vicdani ret gerekçeleri ile hafifletilmesi mümkün olmayacaktır ve vicdani retçi hekimin vicdani ret sebebi ile sorumluluktan kurtulması da keza aynı şekilde mümkün olmayacaktır.

Tıp alanındaki vicdani redde ilişkin olumlu ve de olumsuz birçok görüş bulunmaktadır. Bir takım yazarlara göre tıp mesleği icrasında vicdani ret bahanesi ile tedaviden kaçınmanın kesinlikle mümkün olmaması gerekmektedir. Hatta öyle ki bu kişilerin tıp mesleğini seçmemeleri yönünde görüş bildiren kişiler bulunmaktadır. Bir takım yazarlar ise vicdani reddin tıp dünyası içerisinde yeri olduğuna fakat belirli sınırları olması gerektiğine değinmektedir. Örneğin vicdani retçi sağlık sunucularının vicdani ret sebebi ile çekindikleri görevleri açıklamaları, kendi yerlerine başka sunucular bulmaları, hastaları aydınlatmaları, ret sonunda hastalara zarar gelmemeleri gibi şartların varlığı halinde vicdani ret savunulmaktadır.

Kanımızca da vicdani reddin tıp hukukunda tamamı ile reddi mümkün olmamalıdır. Kabulünün de kesinlikle sınırlara ihtiyacı bulunmaktadır. Her birey düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Fikirlerini açıklamaya zorlanmalarının mümkün olmadığı kadar bu durumlara aykırı eylemleri gerçekleştirmeye de zorlanmamaları gerekmektedir. Hekimlerin ve diğer sağlık hizmet sunucularının da bu temel hak ve hürriyetlerine saygı duyulmalıdır. Fakat dediğimiz gibi her saygının sınırı olduğu gibi burada da sınırların olması gerekmektedir.

Katıldığımız görüşlerden birisi; hekimlerin vicdani ret sebebi ile gerçekleştirmeyi reddettikleri görevleri ilan etmeleridir. Böylelikle hastalar tıbbi sorunlarına göre hekim seçerken tedaviyi gerçekleştirmeyecek hekimlere başvuru yapmayacak, doğrudan tedavi görebileceği hekime başvurması ile beraber tıbbi süreç hızlandırılmış olacaktır ve böylelikle hasta sağlığına daha hızlı bir şekilde kavuşacaktır. Veya hastaların ilanları görmesi mümkün olmasa dahi en azından hekimlerin birbirlerinin ilanlarını bilmesi ile vicdani retçiye gelen hastanın tedaviyi gerçekleştirecek olan hekime yönlendirme yapması daha hızlı bir şekilde

gerçekleşecektir. Daha önce de görüldüğü üzere yönlendirilen hekimin de tedaviyi reddetmesi ile hasta vakit kaybı yaşamakta ve hatta bazı durumlarda sağlığı tehlikeye girmektedir. Örneğin Türkiye'de şu anda yasalarca düzenlenen kürtaj hakkı için ceninin 10 hafta ila tecavüz sonucu hamilelik var ise 20 hafta sınırı bulunmaktadır. 9. Haftada hamileliğini öğrenen kişinin, kürtaj için başvurulan hekimin vicdani ret sebebi ile kürtajı reddetmesi sonucu başka bir hekime yönlendirme yapması, diğer hekimin de kürtajı reddetmesi, bunun sonucu olarak yeniden hekim arayışına girilmesi arasında geçen sürede yasal sınırı kaçırma ihtimali bulunmaktadır. Veya sağlık sebepleri gereği kürtaj yapılması gereken kişiye vicdani ret sebebi ile hekimler tarafından kürtaj yapılmaması sonucu kişinin hayatı tehlikeye girebilmektedir. Bu gibi durumların önlenmesi adına vicdani retçi hekimlerin durumlarını ilan etmelerinin, topluma ilan mümkün değilse de kendi aralarında bu durumların bilinmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Katıldığımız bir diğer görüş de vicdani reddin basit tıbbi müdahaleler için geçerli olmaması gerektiğine ilişkindir. Örneğin bir hekimin hastadan kan almayı cinsiyet veya hastanın cinsel yönelimi sebebi ile reddetmesinin tıp etiğiyle ilk başta bağdaşmayan, Hipokrat yeminine dahi aykırı bir davranış olduğu düşünülmektedir.

Vicdani ret sebebiyle tedaviyi reddeden sağlık sunucuları sebebi ile tedaviyi reddetmeyen sağlık sunucularının iş yükü, hayatı olumsuz etkileyecek derecede artıyorsa bu durumda vicdani retçinin branşını değiştirmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Vicdani retçinin tutumu, kadın doğum uzmanının ben artık kadın hastalara bakmıyorum demesi kadar olağan dışı bir hal alıyorsa bu durumda kendisine başka bir branşa geçmesi önerilerek, yerine söz konusu tedaviyi gerçekleştirecek kişilerin getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bir diğer önemli husus da hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunmaması gerektiğine ilişkindir. Şöyle ki; hekim çeşitli sebeplerle hastayı tedaviyi reddetme hakkına sahiptir. Sınırları olmakla beraber birçok ülkede kabul gören durum bu yöndedir. Fakat hekimin hastayı vicdani ret sebebi ile tedavi etmemesi mümkün olsa da bu konuda hastaya yanlış veya eksik bilgi vermesinin kabulü hiçbir şekilde mümkün olmamalıdır. Hekimin kendi inanışlarına aykırı durumları hastaya da kabul ettirme çabası, hastanın başka hekime de gitmemesi için ikna edilmeye çalışılması, süreci uzatmak adına hastayı oyalaması, yine süreci zorlaştırmak adına hastanın önüne aslında mevcut olmayan fakat gerekli gibi gösterilen külfetler çıkarılması, söz konusu tedaviyi alması halinde sağlığına zarar geleceği yönünde kesin ve ciddi baskıların yapılması tıp bilimi ve etiğiyle bağdaşmayan durumlardır. Hekim kendi sebepleri gereği hastayı reddetmiş olsa dahi aydınlatma yükümlülüğünü özenli ve dikkatli bir şekilde yerine getirmeli, sınırı aşmamalı ve hastanın menfaatine olacak davranışlarda bulunmalıdır. Aksi durumda hastada meydana gelen maddi manevi bütün zararlardan sorumlu tutulması gerekmektedir.

Son olarak vicdan kavramı soyut bir kavram olduğu için sınırlarını belirlemek de pek mümkün değildir. Fakat hasta menfaatleri ve sağlık sunucularının da temel hak ve özgürlükleri kıstas alınarak oluşturulan sınırlar çerçevesinde tıp hukuku kapsamında da vicdani reddin varlığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Kaynakça

AYKUT GÖKHAN, "BAYATYAN / ERMENİSTAN DAVASI", FHD, C.3, S.23, 2011, s.19-22
BÜLBÜL, H. BASRİ, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Vicdani Ret", İMÜHFD, C.1, S.2, 2015, s.109-126

CİVANER, MURAT, “Gebeliğin İsteğe Bağlı Sonlandırılması ve “Vicdani Ret”, Toplum ve Hekim, C.27, S.6, 2012, s. 418-421
CİVANER, MURAT, “Tıp Etiği Argümanları Bilimsel Bilgi ve Belli Değerlerle Uyumlu Olmalı”, TBD, C.2, S.3, 2015, s.174-186
ÇINAR, ÖZGÜR HEVAL, “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Avrupa Birliğinde ve Türkiye’de Vicdani Ret”, TBB Dergisi, S.72, 2007, s.94-108
DOĞAN, BAYRAM, “Vicdani Ret ve Vicdani Reddin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, NEÜHFD, C.1, S.2, 2018, s. 93-120
DÖNMEZ, GÖKHAN, “1982 Anayasasında Vicdani Ret Olgusu”, BEÜAİD, C.3, S.2, 2018, s.43-57
DÖNMEZ, GÖKHAN, “Demokrasi İndeksine Göre (2018) Bazı Dünya Ülkelerindeki Vicdani Ret Uygulama Örnekleri”, DEUHFD, C.21,2019, s.1681-1709
ESMER, BARIŞ, Türkiye’de ve Dünyada Vicdani Ret, Propaganda Yayınları, 2012
GÜVEN, ERDEM, “Vur Muhammed Aşkına, Vur Ali Aşkın: Siayset ve Spor İkonu Olarak Muhammed Ali İmgesi”, TRT Akademi, C.4, S.8, 2019, s.288-307
https://vicdaniret.org/bu-sizin-savasiniz-diyerek-vietnam-savasina-katilmayi-reddeden-mohammed-ali-yasaminiyitirdi
İmamoğlu, Abdulvahit. "Vicdan kavramının psiko-sosyal tahlili." AİD, C.5, S.1, 2010, s. 127-144.
KARAKUL, SELMAN, “Avrupa insan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı”, İMÜHFD, C.4, S.1 2017, s.17-58
P. VE S.-POLONYA DAVASI , Başvuru No. 57375/08 , 2012, https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/680/ekutuphane2.1.6.22.pdf?sequence=1&isAllowed=y
Pichon/ Sajous vs France Case, 49853/99, 2001: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-22644%22]}

TÜRE, GÖKHAN, TÜRE, OĞUZHAN, “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, TBB Dergisi, S.131, 2017, s.295-346
YALIM, Neyyire Yasemin, KELEŞ, Şükrü, Vicdani Ret Kavramının Hekimlik Alanını Kapsama Olanağı Konusunda Etik Bir Analiz, III. Uygulamalı Etik Kongresi Bildiriler Kitabı, Kasım, 2018, s.81-93
YALIM, N. YASEMİN, “Hekimlik Uygulamalarında Kapsamı Giderek Genişleyen Bir Etik Sorun Olarak Vicdani Ret”, TBD, C.5, S.1, 2018, s. 9-17

BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ HAKKINDA 7343 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Kudret ASLAN*

ÖZET

7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanununun hem mevcut hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmış hem de hukukumuzda bulunmayan bazı yeni kurumlar Kanuna ilave edilmiştir. Bu yeni kurumlardan biri de m. 111/a hükmüyle getirilen "borçluya satış yetkisi verilmesine" ilişkin düzenlemedir. Bu hükme göre, borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine başvurarak hacizli malın rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilmektedir. Talep halinde icra dairesi, borçluya satış yetkisi vermek zorundadır. Borçlunun talebi halinde icra dairesi, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebrî satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir. Kanaatimizce, yeni düzenleme, alacaklının ve borçlunun menfaatlerini korumaya yönelik olması bakımından isabetli ise de, borçluya sadece on beş gün gibi kısa bir süre verilmesi isabetli olmamıştır. Yapılacak bir kanun değişikliğinde bu sürenin mutlaka artırılması gerekir. Yeni düzenlemeye göre borçlunun hacizli malını rızaen satabilmesi ancak Kanunda öngörülen bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Nitekim m. 111/a hükmüne göre *"rızai satışta bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktar 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".* Borçlunun bu şartlarda bir alıcı bulması ve alıcının borçluya verilen on beş günlük süre içinde malın bedelini ödemesi halinde, malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına ve satışın onayına icra mahkemesi kesin olarak karar vermektedir. Dolayısıyla ancak icra mahkemesinin kabul kararıyla malın mülkiyeti alıcıya geçmekte ve tüm hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirmektedir. O halde her ne kadar borçluya satış yetkisi verilmesi, Kanunda rızai satış olarak nitelendirilmiş ise de, satış işlemi sadece tarafların serbest anlaşmasıyla gerçekleşmemekte, aksine cebri icra organlarının da devreye girmesiyle tamamlanmaktadır. Bu nedenle koşulları Kanunda düzenlenen ve icra organlarının da katılımıyla gerçekleştirilen bu yeni satış türü, salt borçlar hukuku anlamında bir satış sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Çünkü her ne kadar alıcıyı borçlu bulmakta ise de, cebri icraya konu olan mal ancak cebri icra organından alınan yetki üzerine satılabilmektedir. Bu nedenle, bu satış türünün icra hukukunda kendine özgü bir cebri satış yöntemi olarak nitelendirilmesi gerekir. Öte yandan, borçluya verilen bu yetkinin kapsamının sadece hacizli mallarla sınırlandırılması uygun olmamıştır. Ancak her ne kadar eleştiriye açık bazı noktaları bulunmakta ise de, getirilen yeni düzenlemenin ilke olarak isabetli ve yararlı olduğu değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: İcra ve İflas Hukuku, 7343 sayılı Kanun, rızai satış, haciz.

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, k.aslan@etu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5689-9778.

EVALUATION OF THE NEW REGULATION INTRODUCED BY LAW NO. 7343 ON GRANTING SALES AUTHORITY TO THE DEBTOR

ABSTRACT

With Law No. 7343, significant changes were made to the existing provisions of the Execution and Bankruptcy Law and some new institutions that do not exist in our legal system were added to the Law. One of these new institutions is the regulation regarding "granting sales authority to the debtor" introduced by Article 111/a. According to this provision, the debtor can apply to the enforcement office within seven days from the notification of the valuation assessment and request authorization for the consensual sale of the seized property. Upon request, the enforcement office must grant sales authority to the debtor. Upon the request of the debtor, the enforcement office stops the forced sales actions after the valuation is finalized and gives the debtor fifteen days. In our opinion, although the new regulation is accurate in that it aims to protect the interests of the creditor and the debtor, it is not appropriate to give the debtor a short period of only fifteen days. This period must be increased in case of a change in the law. According to the new regulation, the ability of the debtor to consensually sell the seized property depends on the meeting of certain conditions stipulated in the Law. As a matter of fact, according to the provision of Art. 111/a *"In a consensual sale, the price cannot be less than the amount corresponding to ninety percent of the estimated value of the good, the total of the receivables secured by that good and having priority over the receivables of the person requesting the sale, whichever is greater, and in addition to this amount, the sum of the follow-up expenses incurred for this seizure up to this stage".* If the debtor finds a buyer under these conditions and the buyer pays the price of the goods within the fifteen-day period given to the debtor, the enforcement court gives a final decision on the transfer and delivery of the goods and the approval of the sale. Therefore, only with the acceptance decision of the enforcement court, the ownership of the goods passes to the buyer and all liens are removed and the transfer and delivery transactions are carried out. Therefore, although granting the debtor the authority to sell is defined as a consensual sale in the Law, the sales transaction is not realized only by the free agreement of the parties, but on the contrary, it is completed by the involvement of compulsory enforcement bodies. For this reason, this new type of sales, the conditions of which are regulated in the Law and carried out with the participation of the enforcement bodies, cannot be described as a sales contract in the pure sense of the law of obligations. Because, although the debtor finds the buyer, the property subject to compulsory enforcement can only be sold upon the authorization received from the compulsory enforcement body. For this reason, this type of sale should be characterized as a unique compulsory sales method in enforcement law. On the other hand, it was not appropriate to limit the scope of this authority given to the debtor only to seized properties. However, although there are some points open to criticism, the new regulation is considered to be accurate and useful in principle.

Keywords: Execution and Bankruptcy Law, Law No. 7343, consensual sale, seizure.

GİRİŞ

7343 sayılı *"İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"*[1] ile İcra ve İflas Kanunu'nda, önemli değişiklikler[2] yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlileri çocuk teslimi ve

[1] Bkz. RG. 30.11.2021, Sayı: 31675.

[2] Bu konuda bkz. Çelikoğlu, Cengiz Topel, "7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı", Adalet Dergisi, 68, 2022, s. 409 vd.; Erişir, Evrim, "7343 Sayılı Kanunla Yeniden Düzenlenen Cebrî İcrada Satış İsteme Süresi Ve Satış Gerçekleştirilemediğinde İzlenecek Prosedür", MİHDER, 18, 52, 2022, s. 405 vd.; Pekcanıtez Hakan., Akkan Mine, "7343 Sayılı Kanunla İcra Ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin

çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümlerin, isabetli bir şekilde, İİK'dan çıkarılarak[3] Çocuk Koruma Kanununa alınmış olmasıdır. Bunun dışında yapılan en önemli değişiklikler, İİK'nın satış (paraya çevirme) hükümleri bakımından gerçekleşmiştir. Satış aşaması bakımından yapılan önemli değişikliklerden biri de inceleme konumuzu oluşturan ve Kanunu'na yeni eklenen 111/a maddesidir. Söz konusu yeni hüküm *"Borçluya satış yetkisi verilmesi"* başlığını[4] taşımakta ve önemli hükümler içermektedir[5]. Kanunda yapılan değişiklikten sonra, söz konusu değişikliğin ayrıntılarını düzenlemek için Adalet Bakanlığı'nca *"İcra ve İflas Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik"* çıkarılmış ve bu yönetmelik Resmi Gazete'de[6] yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

7343 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme hukukumuz[7] bakımından yeni ve önemli bir düzenlemedir. Bu nedenle yeni düzenlemeyi inceleme konusu olarak tercih etmiş bulunmaktayız. Bilindiği üzere cebri icra sistemimizde alacaklının alacağı, kural olarak, borçlunun haczedilen mallarının cebri icra organları (icra dairesi) tarafından satılması suretiyle elde edilen para ile ödenir. Yani icra hukukunda kural olarak aynen tatmin değil, para ile tatmin söz konusudur. Cebri icra hukukumuzda borçlunun hacizli mallarını paraya çevirme yetkisi ise icra (ve iflas) organlarına aittir. Alacaklının, borçlunun mallarını paraya çevirerek, alacağını elde etme yetkisi bulunmamaktadır[8].

Borçlunun icra hukuku sistemimizde hacizli mallarının *satışını talep etmesi* de mümkündür[9]. Nitekim 7343 sayılı Kanunla İİK m. 106 hükmünde yapılan değişiklikle açıkça borçluya da satış talep etme yetkisi verilmiş bulunmaktadır[10]. Ayrıca İK m. 113/1'e göre de *"Alacaklı talep etmeden borçlunun talebiyle de satış yapılabilir"*[11]. Ancak bu halde dahi satış işlemi borçlunun kendisi tarafından değil, yine icra dairesi tarafından yapılmaktadır. Tıpkı alacaklı gibi borçlunun satış talebinde bulunması da nitelik olarak icra takip işlemi olmayıp, taraf takip işlemidir[12]. Dolayısıyla İİK m. 113/1'e göre borçlunun hacizli mallarının satışını talep etmesiyle, m. 111/a'ya göre borçluya satış yetkisi verilmesi (rızaî satış) birbirinden farklı kurumlardır.

Zaman Bakımından Uygulanması", TBB Dergisi, 160, 2022, s. 259 vd.; Aslan, Kudret, "İhalenin Feshi Hakkında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26, 4, 2022, s. 1 vd.; Uyar, Talih, "24.11.2021 ve 7343 Sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, 96, 1, 2022, s. 16 vd.; Kale, Serdar, İcra ve İflas Hukukunda Online Satış, https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/, Erişim Tarihi, 06.06.2023.

[3] 7343 Sayılı Kanun m. 32 hükmü ile İİK m. 25, 25/a ve 25/b hükümleri böylece yürürlükten kaldırılmıştır.

[4] Madde metninde bunun yanında "rızaî satış" kavramı da kullanılmaktadır.

[5] Bu konuda bkz. Pekcanıtez, Hakan, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022/1, s. 819-848; Yazıcı, Burçin, "İcra ve İflas Kanunu m. 111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022/2, s. 1119-1147.

[6] Bkz. RG. 28.5.2022, Sayı: 31849.

[7] Yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında, Alman ve İsviçre hukukunda benzer yönde herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Fransız hukukunda benzer düzenlemenin yer aldığı ifade edilmektedir. Ancak Fransız hukukunda konu "Anlaşmalı Satış" olarak taşınır ve taşınmazlar bakımından ayrı ayrı düzenlemiş bulunmaktadır. Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 824; Yazıcı, s. 1128 vd.

[8] Gerçi istisnai olarak, alacaklının, borçlunun malları hakkında yapılan açık artırmaya katılarak, alacağına mahsuben borçlunun mallarını satın alması da mümkündür (İİK m. 134/8.). Ancak bu halde dahi satış icra organınca yapılmaktadır.

[9] Bu konuda ayrıntı için bkz. Pekcanıtez, Hakan, Meriç, Nedim, "Borçlunun Talebiyle Satış", TBB Dergisi, 151, 2020, s. 235 vd.

[10] Bu hükme göre, "Alacaklı veya borçlu, hacizden itibaren bir yıl içinde haczolunan malın satışını isteyebilir".

[11] Borçluya satış talep etme yetkisi verilmesinin amacı, içinde bulunduğu cebri icra sürecinden bir an önce kurtulmaktır. Borçluya bu yetkinin verilmesinin, alacaklı ile icra hukukunda karşılıklı konumda bulunması ve haczin borçlunun mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandırması şeklinde başlıca iki gerekçesi olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Pekcanıtez ve Meriç, s. 239, s. 256.

[12] Pekcanıtez ve Meriç, s. 240; Arslan, Aziz Serkan, İcra Takip İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 80 vd.

Nitekim m. 106/1 hükmü uyarınca borçlu da tıpkı alacaklı gibi hacizden itibaren bir yıl içinde satış talebinde bulunabilecek ve fakat bunun üzerine haczedilen malın satışı yine icra dairesi tarafından kural olarak açık artırma usulü ile gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla satışın icra organları tarafından yapılmasını talep etmekle (m. 113/1), hacizli malın bizatihi satışını gerçekleştirmek için icra organından yetki almak (m. 111/a) aynı şey değildir.

7343 sayılı Kanun'un gerekçesinde İİK'da yapılan değişiklerin ortak amacının haczedilen malların biran evvel en hızlı en az masrafla ve mümkün olduğu kadar değerinde satılmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle rızaî satışın amacı, hacizli malın daha az giderle ve daha kısa sürede piyasada satılmasının sağlanması, böylece satış sonunda ihalenin feshi gibi bir sürecin olmaması nedeniyle malın satışının gecikmesinin önüne geçilmesidir[13]. Borçluya bu şekilde bir satış yetkisinin verilmesinin de aynı amaca yönelik olduğu söylenebilir. Zira bu sayede hacizli malın hem daha kısa süre içinde satılması hem de cebri ihaleye göre daha yüksek bir bedelle alıcı bulunabilmesi mümkün olabilecektir. Bunun ise hem alacaklının hem de borçlunun menfaatinin hizmet edeceği söylenebilir. Dolayısıyla, yapılmış olan değişikliğin, aşağıda belirtilecek bazı eksik yönleri bulunmakla birlikte, amacı açısından isabetli olduğunu söylemek mümkündür[14].

I. SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ TALEBİ

A. Talep Şartı

7343 Sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemeye göre, borçluya satış yetkisi verilebilmesi (rızaî satış)[15] için, borçlunun bu hususta mutlaka icra dairesinden talepte bulunmuş olması gerekir (m. 111/a-1). Borçlunun bu yönde bir talebi yoksa kendisine icra dairesi tarafından re'sen böyle bir yetki verilmesi mümkün değildir. Alacaklı da borçluya bu yönde bir yetki verilmesini icra dairesinden talep edemez[16]. Borçlunun, bu talebini, alacaklının başlattığı takipteki icra dairesine yöneltmelidir.

Burada değerlendirilmesi gereken bir husus da borçluya satış yetkisi imkânının kaç kez verileceğidir. Örneğin bir dosya için alınan satış yetkisi üzerine icra mahkemesi satışa onay vermediği takdirde borçlu aynı mal hakkında aynı veya başka bir icra dosyasında yeniden satış talebinde bulunabilecek midir? Konu ile ilgili hükümler ve ayrıca bu düzenlemenin amacı da dikkate alınacak olursa, satışa icra mahkemesi tarafından onay verilmediği takdirde borçluya aynı mahcuz mal hakkında yeniden satış yetkisi verilemeyeceği söylenebilir. Zira aksinin kabulü satış işlemlerinin gereksiz yere uzamasına sebebiyet verebilecektir. Kanun ve yönetmelik hükümlerine göre, borçluya bu konuda ancak bir kez rızaî satış yetkisi verilebileceği anlaşılmaktadır. Ancak alacaklının yeniden satış talebinde bulunması ve yeniden kıymet takdirinin yapılması halinde, borçlu, kendisine satış yetkisi verilmesini talep edebilmelidir[17].

Doğal olarak, hacizli malın satışı için kendisine yetki verilmesini ancak, takip talebinde (ve dolayısıyla ödeme emrinde) borçlu olarak gösterilen, yani takip borçlusu sıfatını haiz olan kişi talep edebilir. Takip konusu borcun icra takibinin başlamasından sonra devredilmesi halinde, borçlunun yerine geçecek olan yeni borçlunun bu yönde bir talepte bulunması mümkün olacaktır. İcra takibinde birden fazla borçlunun bulunması da mümkündür. Eğer borçlu tarafta ihtiyari takip arkadaşlığı varsa, her bir takip

[13] Pekcanıtez, Hakan, Aatalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, B. 9, İstanbul, 2022, s. 231; Yazıcı, s. 1124 vd.

[14] Doktrinde de açık artırma yoluyla satışların yarattığı olumsuzlukları gidermeye yönelik olan bu tür alternatif satış yöntemlerinin kabul edilmesinin son derece isabetli olduğu ifade edilmektedir. Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 823.

[15] Rızai satış kavramının kullanılması kanaatimizce de isabetli olmamıştır. Zira bu satışa gerçekten de kimse rıza göstermemektedir. Başka bir kavram kullanılması daha yerinde olurdu. Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 824.

[16] Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim, Erdoğan, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2022, s. 287; Görgün, Şanal, Börü, Levent, Kodakoğlu, Mehmet, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2022, s. 237.

[17] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 832; Yazıcı, s. 1131.

arkadaşı, kendi malı üzerine haciz konulması halinde diğerlerinden bağımsız olarak bu yetkiyi haiz olacaktır. Ancak borçlu tarafta, mecburi/zorunlu takip arkadaşlığı söz konusu ise, icra dairesinden satış konusunda yetki verilmesini bütün borçluların (birlikte) talep etmesi gerekir. Kuşkusuz, hacizli malın satışını talep etmek, borçluya verilmiş bir hak olup bir yük ya da yükümlülük değildir. Bu nedenle borçlu hacizli malın satışını talep etmek zorunda değildir. Borçlu, rızai satış yetkisi verilmesi hususunda bir talepte bulunmayacağını açıkça beyan ettikten sonra, bu konuda kendisine yetki verilmesini süresi içinde yeniden talep edebilmesi gerekir. Ayrıca, satış yetkisi verilmesini talep etmiş olan borçlunun, on beş günlük süre içinde bu yetkiyi kullanmaktan vazgeçmesi, talebini geri alması mümkün olmalıdır[18]. Bu halde hacizli malın satışı icra dairesi tarafından gerçekleştirilecektir.

Görüldüğü üzere, hacizli malın rızaen satışını isteme yetkisi sadece borçluya verilmiş, alacaklıya bu konuda bir yetki verilmemiştir. Ayrıca, alacaklıya bu konuda bir yetki verilmediği gibi, borçluya bu şekilde bir yetki verilmesi, alacaklının muvafakati şartına da bağlanmamıştır. Dolaysıyla rızai satışın gerçekleşmesi alacaklının kabulüne bağlı olmayacaktır. Deyiş yerindeyse, alacaklı adeta bu sürecin dışında bırakılmıştır. Getirilen düzenleme, alacaklının menfaatlerini ihlal etme noktasında eleştirilebilir. Fakat, ihaleye alacağına mahsuben katılma hakkı olan alacaklıların, rızai satışta malın alıcısı olabilmelerine de bir engel olmamak gerekir. Diğer bir ifadeyle kanunda öngörülen asgari satış bedelini (ya da daha yüksek bir miktarı) alacaklıların da teklif etmesine bir engel bulunmamaktadır[19].

B. Talebin Süresi ve Şekli

İİK m. 111/a-1 hükmüne göre, borçlunun kendisine rızai satış yetkisi verilmesini, icra dairesinden belli bir süre içinde talep etmiş olması gerekir[20]. Bu süre, kıymet takdirinin[21] borçluya tebliğinden itibaren yedi gündür[22]. O halde, borçlu, kıymet takdirinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde rızai satış yetkisi verilmesini talep etmezse, daha sonra bu konuda bir talepte bulunamaz. Çünkü icra hukukunda taraflar için konulmuş olan süreler kesin ve hak düşürücü niteliktedir[23]. İcra organlarının bu süreleri artırması ve eksiltmesi söz konusu olamayacağı gibi taraflar arasında bu konuda yapılan sözleşmeler de geçerli olmayacaktır (m. 20). Dolayısıyla borçlu için burada öngörülen süre de hak düşürücü süre olduğundan, icra dairesi süresinden sonra yapılan talebi dikkate alarak, borçluya satış yetkisi veremez[24].

O halde kanunda öngörülmüş olan süre, ancak kıymet takdirinin borçluya usulüne uygun[25] olarak tebliğ edilmiş olması halinde işlemeye başlayacaktır[26]. Kıymet takdiri henüz yapılmamışsa, bunun tebliği de söz konusu olamayacağı için bu süre de işlemeye başlamayacaktır. Yönetmeliğin 6/1 inci maddesine göre *"Haczedilen malın kıymetinin takdirine ilişkin bilirkişi tarafından tanzim edilen rapor icra dairesince borçluya tebliğ edilir".* Özellikle resmi bir sicile kayıtlı olan malların kıymet takdiri artık bilirkişiler tarafından yapılacağı için bu halde süre kıymet takdirine ilişkin bilirkişi raporunun borçluya tebliği ile

[18] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 832.
[19] Aynı yönde, Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 222; Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 836.
[20] Yönetmeliğin 15 inci maddesine göre borçlunun bu yöndeki talebi üzerine, UYAP ortamında rızaen satış talep kaydı tutulur. Bu kayıt, ilgili icra dairesine veya ilgili mahallin tamamına ait rızaen satış taleplerinin aşama ve sonuçlarının UYAP'a işlendiği kayıttır. Bu kayıtta hangi hususların yer alacağı Yönetmeliğin söz konusu maddesinde ayrıntılı olarak belirlenmiştir.
[21] Kıymet takdiri hakkında geniş bilgi için bkz. Boran Güneysu, Nilüfer, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 23 vd.
[22] Yedi günlük sürenin hesaplanması, sürelere ilişkin genel kurallara tabi olacaktır (m. 19 vd.).
[23] Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası Emel, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, B. 8, Ankara, 2022, s. 126.
[24] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 828.
[25] Tebligat usulsüz ise, Tebligat Kanunu'nun usulsüz tebligat ve sonuçlarına ilişkin m. 32 hükmü burada da geçerli olacaktır.
[26] Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 288.

başlayacaktır. Bununla birlikte yine Yönetmeliğin aynı maddesinin ikinci fıkrasına göre "*Borçlunun veya borçlu namına 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimse huzurunda yapılan hacizlerde, kıymet takdirini içeren haciz tutanağının borçluya ayrıca tebliğ edilmesi gerekmez. Borçlunun veya borçlu namına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimsenin yokluğunda yapılan hacizlerde ise kıymet takdirini içeren haciz tutanağı borçluya tebliğ edilir".* Buna göre haczin borçlu ya da borçlu adına tebligatı kabul etmeye yetkili kişiler huzurunda yapılması halinde, borçluya ayrıca bir tebligat yapılmayacak, kıymet takdirini içeren haciz tutanağının düzenlendiği ve bu kişilere elden verildiği tarihte borçlu için yedi günlük süre işlemeye başlayacaktır. Borçlunun ve tebligatı kabule yetkili bir kimsenin yokluğunda yapılan hacizlerde ise kıymet takdirini içeren haciz tutanağının tebliğinden itibaren yedi günlük süre işlemeye başlayacaktır[27]. Haciz esnasında borçlu adına tebligatı kabule yetkili kişilerin dahi bulunmaması halinde, borçluya 103 davetiyesi gönderilecektir. Eğer bu davetiye ile birlikte haciz tutanağının da bir örneği borçluya tebliğ edilmişse, süre bu tebliğ anından itibaren başlamalıdır. Haciz tutanağının bir örneği tebliğ edilmemişse (ki kanuna göre bu zorunlu değildir) borçlunun, tutanağı incelemek üzere icra dairesine gelmesi halinde, tutanağı incelediği tarihten itibaren süre başlamalıdır[28]. Borçlu tutanağı incelemek için icra dairesine gelmemişse, üç günlük sürenin dolduğu tarihten itibaren on beş günlük sürenin işlemeye başlayacağını kabul etmek gerekir.

Yönetmelik m. 7/1'e göre "rızaen satış talebinde bulunan borçlu, tebligata elverişli adresini ve iletişime yarar bilgilerini satış talebiyle birlikte icra dairesine bildirecektir". Ayrıca, borçlunun sicile kayıtlı bir mal ile ilgili rızaen satış talebinde bulunması halinde, borçlunun rızai satış talebinin ilgili sicile işlenmesine yönelik gerekli işlemler icra dairesi tarafından yapılacaktır.

Burada bir hususa değinmekte yarar vardır. Kanuna göre borçlu bakımından yedi günlük talep süresi kıymet takdirinin tebliğinden itibaren başlamaktadır. Dolayısıyla sürenin hangi andan itibaren başlayacağı çok önemlidir. Sürenin başlayabilmesi için öncelikle kıymet takdirinin yapılması gerekir. Taşınmaz mallar bakımından satıştan önce hazırlık işlemi bağlamında kıymet takdiri yapılacağı için (m. 128; m. 128/a), tebliğ edilecek olan kıymet takdiri de bu olacaktır[29]. Çünkü taşınmaz satışlarında takdir edilen kıymet, borçluya, haciz koydurmuş alacaklılara ve diğer ipotekli alacaklılara tebliğ edilmek zorundadır. İşte bu tebliğden itibaren borçlu için süre başlayacaktır[30].

Ancak taşınırlar bakımından, İİK'nunda satış aşaması bakımından ayrıca bir kıymet takdiri yapılması öngörülmemiştir[31]. Taşınırlar bakımından satışta muhammen bedelin belirlenmesinde esas alınacak kıymet takdiri, haciz esnasında yapılan kıymet takdiridir. Açık artırmada muhammen bedelin ve karşılama prensibinin sağlanmasında esas alınacak muhammen bedeli haciz esnasında takdir edilen bedel olacaktır. Yönetmelik m. 6 hükmündeki düzenlemeden de hareket edildiğinde, taşınır mallar bakımından haciz esnasında yapılan kıymet takdirinin tebliğinden ya da tebliğ edilmiş sayıldığı andan itibaren sürenin başlayacağını kabul etmek gerekir. Ancak bu konuda taşınır mallar bakımından Kanunda ve Yönetmelikte daha açıklayıcı bir düzenlemenin yapılması uygun olurdu. Ayrıca İİK m. 111/a-1 hükmüne göre kıymet takdirinin yapılmadığı durumlarda borçlunun da gerekli giderleri vermek suretiyle kıymet takdiri yapılmasını talep etmesi mümkündür. Bu halde borçlunun talebi üzerine yapılan kıymet takdirinin borçluya tebliğinden itibaren yedi günlük rızai satışı talep etme süresi başlamalıdır.

---

[27] Ayrıntı için bkz. Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 829.

[28] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 830.

[29] İİK m. 128/a-3 hükmüne göre iki yıl geçmedikçe bazı istisnai durumlar dışında kıymet takdiri istenemez. Ancak böyle bir durumda iki yıl dolmadan yeniden satış istendiğinde, günümüz ekonomik koşulları da dikkate alındığında, takdir edilen kıymet malın gerçek değerini yansıtamayabilecektir. Bu durum borçlunun kötü niyetli bazı davranışlar sergilemesine dahi neden olabilir. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 832-833.

[30] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 830.

[31] Bu konuda bkz. Erturgut, Mine, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 103; Boran Güneysu, s. 61 vd.

II. TALEP ÜZERİNE İCRA DAİRESİNCE BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ

Borçlunun kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesinden hacizli malın satışı için yetkisi istemesi halinde, icra dairesinin, gerekli koşullar oluşmuşsa borçluya bu yetkiyi vermesi zorunludur. Kanun icra dairesine bu konuda bir takdir yetkisi vermemiştir. Diğer bir deyişle biraz sonra belirtilecek koşullar varsa, icra dairesi borçluya rızai satış için[32] yetki vermek zorundadır[33]. İcra dairesinin borçluya bu konuda yetki vermemesi halinde, borçlu şikâyet yoluna başvurabilir. Bu halde başvurulacak şikâyetin sebebi, bir hakkın yerine getirilmemesi olacağından, süresiz şikâyet söz konusu olacaktır. Kanun, icra dairesinden yetki alan borçlunun da kendisine verilen süre içinde herhangi bir işlemi yapmak zorunda olduğu ve bunu icra dairesine beyan etmesi gerektiğine yönelik bir hüküm de koymamıştır. İcra dairesinden bu yetkiyi alan borçlu, kendisine verilen on beş günlük süre içinde hiçbir işlem yapmamış, sırf satışı geciktirmek amacıyla hareket etmiş olabilir. Kanuna, borçlunun bu tarz davranışlarına engel olacak hükümler konulması yararlı olurdu.

İcra dairesinin borçluya vereceği yetki, hacizli malın satışının borçlu tarafından yapılmasına ilişkin olacaktır. Böylece borçlu aslında kendi mülkiyetinde olan bir malı satabilmek için icra dairesinden yetki almak durumunda kalmaktadır. Zira, mal üzerine haciz konulmuş olması nedeniyle borçlunun tasarruf yetkisi sınırlanmış olmaktadır.

Borçluya verilecek yetkinin şekli ve kapsamı Yönetmelikte düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 4/1 hükmüne göre borçlunun rızaen satış işlemlerinde, Yönetmelik ekinde yer alan rızaen satış yetki belgesi[34] basılı kâğıt olarak kullanılacaktır. Ancak Yönetmelik ekinde bulunan örnekteki esaslar bozulmamak şartıyla bu basılı kâğıda icra dairesince gerekli ilâveler yapılması da mümkün olacaktır. Rızaen satış yetki belgesinin hangi hususları içermesi gerektiği (muhtevası) Yönetmelik m. 5 hükmünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse bu yetki belgesinde özellikle, alacaklı ve borçlunun adı, soyadı ve iletişim bilgileri, satılacak şeyin cinsi, niteliği, önemli özellikleri ve muhammen kıymeti, rızai satışta malın en az hangi fiyatla satılabileceği, borçlunun anlaştığı alıcının adı, soyadı ve iletişim bilgileri, tebligata elverişli adresi, banka hesap bilgileri, borçluyla anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesine bildirmesi gerektiği, "Alıcının, belirlenen asgari rızai satış bedelinden az olmamak kaydıyla borçluyla anlaştıkları bedeli borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesi banka hesabına ödemesi gerektiği", "mahkemenin kabul kararıyla malın mülkiyetinin alıcıya geçeceği ve tüm hacizlerin kaldırılarak devir ve teslim işlemlerinin gerçekleştirileceği", mahkemenin rızai satışın reddine karar vermesi halinde, ödenen ücretin üç iş günü içinde alıcının hesabına iade edileceği, "ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla devir ve teslim masraflarının alıcıya ait olacağı" gibi hususlar yer alacaktır.

İcra müdürü, rızaen satış yetkisi verilmesini isteyen borçluya, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebrî satış işlemlerini durdurarak haczedilen malın rızaen satışı için bir yetki belgesi düzenleyerek tebliğ edecektir (İİK m. 111/a-1; Yönetmelik m. 9/1). Rızaen satış için düzenlenen yetki belgesiyle borçluya on beş günlük süre verilmektedir. Borçluya verilen bu süre, yetki belgesinin borçluya tebliğinden itibaren başlamaktadır (Yönetmelik m. 9/2).

Burada dikkat edilmesi gereken husus, talepte bulunan borçluya malın satışı için ancak kıymet takdirinin kesinleşmesinden itibaren süre verilebileceğidir[35]. Daha önce bu sürenin verilmesi mümkün

[32] İcra dairesi borçluya ancak hacizli malı satması için yetki verebilir. Borçluya başka bir hukuki işlem yapılması için yetki verilemez. Borçlu da kendisine verilen satış yetkisini başka bir şekilde kullanamaz. Bu anlamda örneğin, hacizli malı değeri daha yüksek bile olsa başka bir mal ile değiştirmesi (trampa etmesi) mümkün değildir.

[33] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 828; Yazıcı, s. 1130; Aşık, İbrahim, Oruç, Yakup, Tok, Ozan ve Saçar, Ömer Faruk, İcra ve İflâs Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 249.

[34] Örnek no. 57.

[35] Ayrıntı için bkz. Yazıcı, s. 1133 vd.

değildir. Kıymet takdirinin kesinleşebilmesi için, ya yapılan kıymet takdiri işlemine karşı süresi içinde şikâyet yoluna başvurulmamış olması ya da başvurulan şikâyetin icra mahkemesince reddedilmiş[36] olması gerekir[37]. Yukarıda da ifade edildiği üzere, borçlunun kendisine satış için yetki verilmesini talep etmesi hakkındaki yedi günlük süre kıymet takdirinin tebliğinden[38] itibaren başlamaktadır[39]. Borçluya satış yapması için verilecek on beş günlük süre ise, yetki belgesinin borçluya tebliğ edilmesiyle başlayacaktır. Dolaysıyla iki sürenin başlangıç tarihleri birbirinden farklıdır. Ancak hem satış yetkisi verilmesi talebi hem de bu yetkinin kullanılması belli bir süre ile sınırlandırılmış olmaktadır[40].

O halde borçlunun rızai satış talebinde bulunması ve kıymet takdirinin de kesinleşmiş olması halinde, icra dairesince satış işlemleri durdurularak, borçluya on beş günlük bir süre verilecektir. Bu süre satışı borçlu tarafından yapılacak hacizli malın taşınır ya da taşınmaz olmasına göre bir farklılık göstermemektedir. Borçluya verilecek olan sürenin başlangıcından (yani yetki belgesinin tebliğinden), icra mahkemesinin rızai satış hakkında vereceği karara kadar geçen sürede, takip alacaklısı bakımından satış isteme süresi işlemeyecek, yani duracaktır. Eğer borçlu on beş günlük süre içinde kanunda öngörülen koşulları sağlayarak bir alıcı ile anlaşamazsa, on beş günlük sürenin sona ermesiyle birlikte daha önce durmuş olan satış isteme süresi kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. Çünkü bu halde icra mahkemesinin herhangi bir karar vermesi ve süreyi uzatması söz konusu değildir[41].

Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere[42], icra dairesi tarafından borçluya verilecek olan on beş günlük süre yeterli ve amaca uygun bir süre değildir. Zira her türlü hacizli malın bu süre içinde satışının yapılması kolay değildir. Borçluya süre verilirken satılacak malın taşınır ve taşınmaz olmasına göre de bir ayrım yapılabilirdi. Her türlü malın satışı için yapılması gereken işlemler ve gerekli olan süre aynı olmadığı için, bütün mallar hakkında bu şekilde bir yeknesak sürenin getirilmesi isabetli olmamıştır. Bu bağlamda borçluya verilecek sürenin en az bir ay hatta daha fazla olması mümkün olmalıydı. Zira bir aylık sürenin icra takibini geciktireceği endişesi uygulamada yaşanan olaylar gözetildiğinde haklı değildir. Üstelik aşağıda da belirtileceği üzere, on beş günlük süre içinde borçlunun hem alıcı bulması hem de alıcının aynı süre içinde satış bedelini ödemesi gerekmektedir. Bunların bu kadar kısa süre içinde yapılmasının hayatın gerçekleri ile bağdaşmadığı açıktır. Kaldı ki amaç malın daha yüksek bir fiyata satılması ise, borçluyu süre baskısı altında bırakmadan kendisine daha fazla bir sürenin verilmesi gerekirdi. Dolayısıyla kanunda öngörülen on beş günlük süre oldukça yetersiz bir süre olup mutlaka yapılacak bir kanun değişikliği ile bu sürenin artırılması gerekir[43].

Öte yandan icra dairesi tarafından borçluya rızai satış yetkisi verilmesi Kanunda kapsam itibariyle de sınırlanmıştır. Yani, borçluya bu şekilde bir yetki verilmesi ancak hacizli mallar bakımından mümkün olabilmektedir. Haczin hangi tür takip sonucunda konulduğunun bir önemi yoktur. Yani borçluya karşı yapılmış olan takip ilamlı ya da ilamsız icra takibi olabilir. Önemli olan borçlunun mallarına kesinleşen bir

---

[36] Şikâyet talebinin icra mahkemesince reddedilmiş olması halinde, kıymet takdiri kesinleşmektedir. Çünkü icra mahkemesinin bu konuda verdiği karara karşı kanun yolu (istinaf yolu) kapalıdır (İİK m. 363/1).

[37] Bu konuda ayrıntı için bkz. Boran Güneysu, s. 201 vd.; ayrıca bkz. Pekcanıtez Hakan, ve Simil, Cemil, İcra İflas Hukukunda Şikayet, Vedat Kitapçılık, B. 2, İstanbul, 2017, s. 507 vd.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 419.

[38] Bir görüşe göre burada süreyi başlatacak ve tebliğ edilecek olan kıymet takdirinden maksat, kesinleşmiş olan kıymet takdirinin. Yani borçlu kesinleşen kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde kendisine yetki verilmesini talep edecektir. Bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 231.

[39] Buna göre kıymet takdir işlemine karşı şikâyet yoluna başvurulmuş olsa dahi borçlunun kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde rızaen satış talebinde bulunması gerekmektedir. Çünkü İİK m. 111/a-1 hükmünde açıkça bu sürenin kıymet takdirinin tebliğinden itibaren başlayacağı ifade edilmiştir.

[40] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 231.

[41] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 231.

[42] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 231; Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 838; Yazıcı, s. 1136.

[43] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 231.

takip sonucunda haciz konulmuş olmasıdır. Kanaatimizce, borçluya bu yetkinin verilebilmesi için yetki verilen tarihte mal üzerindeki haczin varlığını muhafaza etmiş olması yani haczin herhangi bir sebeple kalmamış olması gerekir. Ancak borçluya satış yetkisi verecek haczin kesin haciz olması gerekir. Alacaklıya dahi kesinleşmedikçe satış yetkisi vermeyen ihtiyati haciz ve geçici haciz bakımından, borçluya da bu şekilde bir yetki verilmesi söz konusu olamaz. Öte yandan borçlu hakkında birden fazla takip başlatılmış ve aynı mal üzerine haciz konulmuşsa, bu takiplerden birinde borçluya satış yetkisi verilerek takip işlemlerinin durdurulmuş olması, diğer takipleri etkilemeyecek, onlar bakımından takip işlemlerine devam edilebilecektir[44].

Kanaatimizce de iflas hukukunda, müflise bu şekilde bir satış yetkisi verilemez. Çünkü, kural olarak haczi caiz olan bütün malları iflas masasına giren müflisin, masaya giren malları üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanır. Müflisin masa malları hakkında yaptığı tasarruf işlemleri alacaklılara karşı hükümsüzdür. Bu yetki masanın kanuni mümessili olan iflas idaresi tarafından kullanılır. Dolayısıyla, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin rızai satışa ilişkin hükümler, iflas masasına giren malların paraya çevrilmesinde uygulanamaz[45].

Diğer taraftan borçluya verilen rızai satış yetkisinin rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipler bakımından uygulanıp uygulanamayacağının da irdelenmesi gerekir. Getirilen yeni 111/a hükmünün lafzı dikkate alındığında, borçluya rızai satış yetkisinin rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde uygulanamayacağı sonucu çıkmaktadır. Çünkü madde metninde açıkça borçlunun ancak haczedilen malının rızasi satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebileceği ifade edilmiştir. Kanun koyucunun bu açık iradesi karşısında, yorum yoluyla söz konusu yetkinin rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde uygulanmasının mümkün olduğu söylenemez. Kaldı ki 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde satış usulünü düzenleyen 150/g maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı gibi kıyasen uygulanacak maddeler arasına 111/a maddesi eklenmemiştir[46]. Bu düzenlemenin kanun koyucunun unutkanlığının bir sonucu olduğu ve olması gereken hukuk bakımından rehin takiplerinde de borçluya bu tarzda bir yetki verilmesinin önlenmesinin makul bir gerekçesi olmadığı düşünülse bile, mevcut pozitif düzenlemeler nedeniyle şu an için borçluya böyle bir yetkinin verilmesi mümkün gözükmemektedir[47]. Ancak yapılacak bir kanun değişikliği ile rehin takipleri bakımından da borçluya bu yetkinin verilmesi isabetli olacaktır[48].

III. RIZAÎ SATIŞ YAPILABİLMESİNİN KOŞULLARI

A. Kanunda Öngörülen Oran (Miktar) Karşılanmış Olmalıdır

Talebi üzerine icra dairesi tarafından kendisine rızai satış yetkisi ve yetki belgesi verilen borçlunun, hacizli malı rızaen satabilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Daha önce de ifade edildiği gibi öncelikle borçlunun süresi içinde talepte bulunması, icra dairesinin de şartlar tamamsa bu yetkiyi borçluya vermesi, buna ilişkin yetki belgesi düzenlemesi gerekir. Bu aşamadan sonra borçlunun, öncelikle rızaen satışı kendisine verilen on beş günlük süre içinde yapması gerekir. Bu süre yetki belgesinin borçluya tebliği ile başlamaktadır. Borçlunun on beş günlük süreden sonra hacizli malı rızaen satması mümkün değildir.

---

[44] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 834.

[45] Aynı yönde, Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 233; Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 828.

[46] 150/g maddesinde kıymet takdirine ilişkin 128/a maddesine atıf yapılmış olması tek başına bu atıf nedeniyle 111/a maddesinin rehin takiplerinde de uygulanabileceği anlamına gelmez. Aynı yönde, Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 826. Aksi yönde, Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 287.

[47] Kanaatimizce de bu yetkisinin iflas takipleri bakımından uygulanması mümkün değildir. Aynı yönde, Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 828. Aksi görüşte, Görgün, Börü, Kodakoğlu, s. 272. Bir görüşe göre ise ancak ikinci alacaklılar toplantısı borçluya böyle bir yetki verirse, rızai satış mümkün olabilir. Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 287.

[48] Bu anlamda bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 233; Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 827; https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/, E. T., 06.06.2023; Yazıcı, s. 1132. Benzer şekilde, Görgün, Börü, Kodakoğlu, s. 239.

Zira bu süre kesin bir süredir. Süre icra dairesi tarafından da uzatılamaz. Kuşkusuz borçlunun hacizli malı on beş günlük süre içinde satabilmesi, malı gerekli koşullarla satın alabilecek bir alıcı bulmasına bağlıdır. Bu alıcı, borçlunun kendisi olamaz. Borçlu dışında herhangi bir üçüncü kişinin olması mümkündür. Hacizli malı takip alacaklısının almasında bir engel yoktur.

Borçlunun kendisine verilen yetki belgesi ile hacizli malı rızaen satabilmesi için gerekli asgari satış bedeli Kanunda açıkça düzenlenmiştir. İİK m. 111/a-2 hükmüne göre *"Rızai satışta bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz".*

O halde hacizli malın rızaen satılabilmesi için gerekli olan asgari satış bedelinin belirlenebilmesi için ikili bir ayrım yapmak gerekir. Buna göre eğer hacizli mal üzerinde satış isteyenin alacağına rüçhanı olan bir alacak yoksa, satış bedelinin, malın muahammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktar[49] ile ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar *bu mahcuz için yapılan* takip masrafları toplamından az olmaması yeterlidir. Buna göre örneğin malın muhammen bedeli 100.000 TL ve o aşamaya kadar hacizli mal için yapılan takip masrafları da 5.000 TL ise, söz konusu mal 95.000 TL'den daha aşağı bir fiyata satılamaz. Eğer hacizli mal üzeride satış isteyen[50] alacaklıya göre rüçhanlı olan bir alacak varsa, bu halde satış bedeli rüçhanlı alacaklar toplamı ve ayrıca o aşamaya kadar hacizli mal için yapılan takip masraflarından az olamaz. Buna göre örneğin muhammen bedelin 100.000 TL, mal üzerindeki rüçhanlı (örneğin rehinli) alacaklar toplamının 150.000 TL ve o mal için yapılan masrafların da 5.000 TL olması halinde, söz konusu mal 155.000 TL'den daha aşağı bir fiyata satılamayacaktır[51].

İcra ve İflas Kanunu'na göre hacizli bir malın icra dairesince açık artırma yoluyla satılabilmesi için gerekli koşullar m. 115'te düzenlenmiştir. Buna göre *"Birinci ve ikinci ihale[52], icra müdürü tarafından, ilanda belirlenen gün ve saatte, haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi üzerinden başlatılır. Şartların yerine gelmesi hâlinde mal, en yüksek teklif verene ihale edilir. Şu kadar ki, artırma bedelinin haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi 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 paraya çevirme ve paylaştırma masraflarını da geçmesi şarttır".*

Görüldüğü üzere hacizli malın cebri açık artırmada ihale edilebilmesi için eğer mal üzerinde rüçhanlı alacak yoksa, muhammen bedelin yüzde ellisinin teklif edilmesi ve *ayrıca bu miktara ilave olarak paraya çevirme ve paylaştırma masraflarını[53] da geçmesi şarttır.* Cebri açık artırmada malın satılabilmesi için, ihale bedelinin malın muhammen bedeli ve paraya çevirme ve paylaştırma masraflarını geçmesi gerekir. Yukarıdaki örneğe göre muhammen bedeli 100.000 TL olan bir mal üzerinde rüçhanlı alacak yoksa ve paraya çevirme ve paylaştırma masrafları da 10.000 TL tutmuş ise, bu mala verilecek bedelin 60.000 TL

[49] Hükümde para için miktar ifadesinin kullanılması isabetli olmamıştır. Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 825.

[50] Borçluya rızai satış yetkisi verilebilmesi için daha önce alacaklılardan birinin satış talebinde bulunmasına gerek yoktur. Bu nedenle Kanunda geçen "satış isteyenin alacağına rüçhanı olan" ifadesini, haciz sahibi alacaklılardan daha önce tatmin edilmesi gereken alacaklılar olarak anlamak gerekir. Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 290. Mal üzerinde takip alacaklısı dışında başka alacaklıların koyduğu hacizlerin bulunması halinde, satışın gerçekleşebilmesi için muhammen kıymetin yüzde doksanını karşılayacak rakama ulaşılması yeterlidir. Mahcuz üzerindeki tüm hacizleri karşılayacak bir rakam bu satıştan elbette beklenemez. Satış bedelinden haciz alacaklıları sıra itibariyle istifade edeceklerdir. Bkz. Kale, https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/, E.T, 06.06.2023.

[51] Ayrıca bkz. Yazıcı, s. 1137-1138.

[52] Madde metninde ihale kavramının kullanılması doğru olmamıştır. Bunun yerine artırma kavramının kullanılması gerekirdi. Ayrıca aynı hükümde üç kez "bu" sözcüğünün kullanılması da keza ahengi bozan bu nedenle de isabetli olmayan bir kullanım olmuştur. Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 825.

[53] Görüldüğü üzere cebri açık artırmada karşılanması gereken masraflar, paraya çevirme ve paylaştırma masraflarıdır. Buna karşılık rızaen satışta hacizli mal için o ana kadar yapılan takip masraflarının karşılanması yeterlidir.

yi geçmesi şarttır. Oysa borçlu bu malı rızaen en az 95.000 TL'ye satabilecektir. Kanaatimizce, Kanunda muhammen bedelin en az yüzde doksanı şeklinde bir asgari bedel öngörülmesi isabetli olmuştur. Kuşkusuz bu asgari bedeldir. Borçlunun daha yüksek bir bedele malı satması elbette ki mümkündür. Ancak en azından bu şekilde asgari bir bedel öngörülmekle borçlunun malı belki de muvazaalı bir şekilde yüzde altmış ya da yetmiş bir bedelle satmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Cebri ihaledeki yüzde elli oranı dikkate alındığında, rızaen satış için öngörülen yüzde doksan oranı azımsanacak bir oran değildir. Kuşkusuz piyasada bu oranda bir fiyata malı satmak da kolay olmayacaktır. Zira alacaklılar, "neden yüzde doksan bedel vererek malı alalım ki, nasıl olsa ihaleye girer daha düşük bir bedelle malı satın alabiliriz" şeklinde bir düşünceye kapılmış olabilecektir. Ancak, özellikle satılacak mal rağbet gören kıymetli bir mal ise belki de ihalede, rızai satış için öngörülen yüzde doksan oranından daha yüksek bir fiyata da satılabilecektir.

Aynı mal hakkında birden fazla haciz bulunması ve farklı icra dairelerince kıymet takdiri yapılması halinde hangi dosyadaki kıymet takdirinin esas alınacağı meselesi üzerinde de durmak gerekir. Acaba borçlunun satış yetkisini istediği takip dosyasında kesinleşen kıymet takdiri mi esas alınmalı, yoksa farklı dosyalara ait aynı mal hakkında yapılan ve kesinleşen kıymet takdirinden en yüksek bedeli öngören kıymet takdiri mi esas alınmalıdır? Kanunda bu konuda bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat aynı mahcuz mal hakkında farklı icra dairelerince kıymet takdir işlemi yapılması halinde tarafların menfaati bakımından en yüksek bedel üzerinden borçluya satış yetkisinin verilmesi gerekeceğine ilişkin doktrinde bazı görüşler ileri sürülmüştür[54]. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, farklı icra dosyalarında yapılan kıymet takdir işlemlerinden en yüksek olanı dikkate alınmadan doğrudan satış isteme yetkisinin talep edildiği dosyadaki kıymet takdirinin esas alınarak bu değer üzerinden borçluya satış yetkisi verilmesi halinde, icra dairesinin bu işlemine karşı şikâyet yoluna başvurulması mümkün olacaktır. Bu görüşün uygulanması ancak, farklı icra dairelerince yapılan ve kesinleşen kıymet takdir raporunun bir örneğinin satış yetkisi talep edilen icra dairesine bildirilmesi halinde mümkün olabilir. Bunun da uygulamada hayata geçirilmesi kolay değildir. Kanaatimizce, mahcuz hakkında farklı icra dairelerince yapılan kıymet takdiri işlemlerinden en yüksek olan kıymet takdirinin esas alınmasının yerinde olacağı düşünülebilir ise de satış şartlarının, satış istenen icra dosyasına göre belirlenmesi gerekeceğinden, satış talebinde bulunulmuş olan icra dairesi tarafından yapılan kıymet takdirinin esas alınması gerektiği söylenebilir. Kaldı ki kanunda en yüksek kıymet takdirinin dikkate alınması gerektiği şeklinde bir zorunluluk da öngörülmemiştir. Ayrıca diğer takip dosyalarındaki kıymet takdirlerini beklemek, satış yetkisi talep edilen takibin gecikmesine de sebep olabilecektir. Bir takip için yapılan kıymet takdirinin, başka bir takip için dikkate alınması da mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla, borçlunun, kendisine satış yetkisi verilmesini istediği takipteki kıymet takdirinin esas alınması gerekmektedir[55].

Burada üzerinde durulması gereken bir mesele de borçlunun sadece Kanunda öngörülen miktara hacizli malı satmasının yeterli olup olmadığıdır. Örneğin cebri açık artırmada olduğu gibi borçlunun hacizli malı kanunda öngörülen miktardan daha fazla bir miktara satın almak isteyen ya da en yüksek satış bedelini teklif eden bir alıcıya malı satması zorunlu mudur? Öyleyse, bunun denetimi, icra dairesi ve sonrasında icra mahkemesince nasıl yapılacaktır. Borçlunun hacizli mal için verilen bütün teklifleri icra dairesine bildirmesi (sunması) zorunlu olacak mıdır? Kanunda bu hususlara ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Kanuna göre önemli olan borçlunun muhammen bedelin yüzde doksanını veren bir alıcı bulması ve satış bedelinin on beş gün içinde ödenmiş olmasıdır. Bu koşullar karşılanmak suretiyle durum neredeyse borçlunun insafına bırakılmış, alacaklılara dahi söz hakkı tanınmamıştır[56]. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre borçlunun teklif veren bütün alıcıları ve bunların tekliflerini icra dairesine ve icra

[54] Bkz. Kale, https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/, E.T, 06.06.2023; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 288; Görgün, Börü, Kodakoğlu, s. 240.
[55] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 835; Yazıcı, s. 1131
[56] Benzer endişeler için bkz. Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 836.

mahkemesine sunması gerekir[57]. Belirtmek gerekir ki Kanunda bu konuya ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Kuşkusuz bu şekilde bir bildirim yapılması, satış bedelinin kontrol edilmesini sağlayacak ve borçlunun fazla bedeli alacaklıdan/alacaklılardan kaçırmasına engel olacaktır. Kanaatimizce kanunda açık bir düzenleme olmasa dahi, rızaen satışta da borçlunun en yüksek teklifi veren alıcıya hacizli malı satması gerekir[58]. Çünkü cebri icranın amacı, borçlunun hacizli mallarının satılması suretiyle alacaklının tatmin edilmesidir. Malın mümkün olan en yüksek fiyata satılması hem borçlunun hem de alacaklının/alacaklıların menfaatinedir[59]. Dolayısıyla borçluya böyle bir yetkinin verilmesi, malın kanunda öngörülen asgari fiyattan daha yüksek bir fiyata satılması halinde, alıcının sadece asgari miktarı icra dairesine ödemesi, kalan miktarı borçluya vermesi sonucunu doğurmaz. Borçlunun en yüksek teklifi veren alıcıya malı satması ve alıcının da satış bedelinin tamamını icra dairesine ödemesi gerekir. Çünkü satış bedeli, satış isteyen alacaklının alacağından fazla olsa bile hacze iştirak nedeniyle borçlunun başka haciz alacaklılarına da ödeme yapılması gerekebilir. Ayrıca asagari koşulları karşılamak kaydıyla birden fazla alacaklı aynı fiyatı teklif etmişse, borçlunun, önce teklif veren alacaklıya malı satması gerektiği düşünülebilir ise de, kanaatimizce borçlunun burada bir tercih hakkı olmalı ve hangi alacaklıdan satış bedelini tahsil etme olanağı yüksekse, o alacaklıya malı satmalıdır.

Diğer taraftan, rızaen satışta, satışa konu olabilecek taşınır ve taşınmaz mallar bakımından kanunda bir ayrım ve sınırlama yapılmamıştır[60]. Ancak burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus, altın ve gümüş gibi maden kıymeti bulunan mallar için İİK m. 111/a maddesinin uygulanmasının mümkün olup olamayacağıdır. Nitekim İİK m. 117'ye göre *"Altın ve gümüş eşya maden halindeki değerlerinden daha düşük bir bedelle satılamaz".* Altın ve gümüş gibi belli bir maden kıymeti bulunan mallar bakımından bu hükmün konuluş amacı söz konusu malların maden değerinden daha altında bir bedelle satılarak alıcıların haksız kazanç sağlamalarını önlemektir. Kaldı ki bu mallar piyasada sürekli olarak alım satımı yapılan mallar olduğu için bunlar bakımından alıcı bulmakta zorluk da çekilmez[61]. Dolayısıyla İİK m. 119'a göre "Artırmada maden kıymetini bulmamış olan altın ve gümüş eşyaya bu kıymet verilirse" pazarlıkla satış yapılabilmesi mümkün olduğuna göre, m. 111/a hükmüne göre bu mallar bakımından da borçluya satış yetkisinin verilmesi mümkündür. Kanunda bu konuda bir sınırlama öngörülmemiştir. Ancak söz konusu mallar maden kıymetinden daha düşük bir bedelle satılamayacağına göre, rızaen satış yetkisi alan borçlunun da bu malları maden kıymetinden daha aşağı bir bedelle satması mümkün olmayacaktır.

B. Alıcı Satış Bedelini Süresi İçinde Ödemiş Olmalıdır

Öncelikle yukarıda da ifade edildiği üzere, rızaen satışın söz konusu olabilmesi için, borçlunun kendisine verilen süre içinde malı satın alacak bir alıcı bulması ve onunla anlaşması gerekir. Kanunda yapılacak anlaşmanın şekline ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla borçlu malı satın alacak alıcı ile sözlü olarak da anlaşmış olabilir. Ancak Yönetmelik m. 10 hükmünde borçluya belli hususları bildirim yükümlülüğü getirildiğine göre, borçlunun en azından kendisine istenilen bilgileri yazılı olarak icra dairesine sunması gerektiği söylenebilir. Satışı yapılacak mal resmi şekle bağlı bir mal olsa bile (tapu siciline kayıtlı taşınmaz gibi) borçlu ile alıcının satış sözleşmesini resmi şekilde yapmalarının zorunlu olmaması gerekir. Ancak sözleşmenin yazılı ve hatta isteniyorsa resmi şekilde yapılmasına da bir engel yoktur.

Yönetmeliğin 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre *"Borçlunun, anlaştığı alıcının adı ve soyadını, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik numarasını, ticaret sicil numarasını, MERSİS numarasını,* ***anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini verilen on beş günlük süre içinde*** *icra dairesine bildirmesi gerekir".* Yönetmeliğin aynı maddesinin ikinci fıkrasına göre ise *"Alıcının, adı ve soyadını, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik*

[57] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 232.
[58] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 232.
[59] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 836.
[60] Bir görüşe göre, kanun hükmünde, taşınır ve taşınmaz mallar bakımından ayrım yapılarak bir düzenleme yapılması gerekirdi. Böyle bir ayrımın yapılmaması isabetli olmamıştır. Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 826.
[61] Erturgut, s. 173.

numarasını, ticaret sicil numarasını ve MERSİS numarasını, tebligata elverişli adresini, iletişime yarar bilgilerini, banka hesap bilgilerini, borçluyla anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesine bildirmesi gerekir".

Görüldüğü üzere borçlu ve alıcının anlaşmış olmaları halinde hem borçluya hem de alıcıya bazı hususları on beş günlük süre içinde bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür. Özellikle anlaşılan miktarın ve malın ayırt edici özelliklerinin hem borçlu hem de alıcı tarafından icra dairesine bildirilmesi gerekmektedir. Bu suretle anlaşılan miktarın teyidi/kontrolü sağlanmış olacağı gibi üzerinde anlaşılan malın, satış yetkisi verilen hacizli mal olup olmadığı da tespit edilmiş olacaktır. Böylece örneğin malın daha yüksek bir bedelle satılması halinde, borçlunun icra dairesine daha düşük bir bedeli bildirmesi bir ölçüde[62] engellenmiş olacak, ayrıca, satılan malın satış için yetki verilen hacizli mal olup olmadığı kontrol edilmiş olacaktır.

Kanuna göre borçluya hacizli malı satması için yetki verilen hallerde, kanunda öngörülen koşulları karşılayan bir bedelle (ya da daha yüksek bir bedelle) alıcı çıkması halinde, alıcının borçluya verilen aynı on beş günlük süre içinde satış bedelini icra dairesine ödemesi gerekmektedir (İİK m. 111/a-3; Yönetmelik m. 11/1). Nitekim Yönetmeliğe göre *"Alıcının, belirlenen asgari rızai satış bedelinden az olmamak kaydıyla, borçluyla anlaştıkları bedeli borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesinin banka hesabına ödemesi zorunludur".* Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, alıcının sadece asgari satış koşullarını karşılayan bedeli değil, eğer mal daha yüksek bir bedele satılmışsa, üzerinde anlaşılan satış bedelini icra dairesinin hesabına ödemesi zorunludur. Ayrıca, her ne kadar Yönetmelik m. 12 hükmünde satış bedelinin dosyaya ödenmesinden söz edilmekte ise de malın satış bedeli fiilen icra dairesine ödenmeyecek, icra dairesinin banka hesabına ödenebilecektir. Zira bu husus Yönetmelik m. 11 hükmünde açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır. İcra dairesi hesabına ödenecek olan satış bedelinin, mutlaka alıcı tarafından ödenmesinin zorunlu olmaması gerekir. Alıcı adına bir üçüncü kişinin (süresinde ve üzerinde anlaşılan miktar olmak kaydıyla) ödeme yapması da mümkündür. Ayrıca malın satış bedelinin mutlaka Türk parası ile nakdi olarak icra dairesinin hesabına ödenmesi gerekir (İİK m. 9). Satış bedelinin yabancı para ile ödenmesi mümkün olmadığı gibi nakdi olarak ödenme dışında başka bir surette ödenmesi de mümkün değildir. Zira icra dairesine yapılan ödemelerin Türk parasıyla ve nakdi olarak yapılması zorunludur, yabancı para ile ödeme yapılamaz[63]. Örneğin alıcının, satış bedelini bir banka teminat mektubu vermek suretiyle ödemesi söz konusu olamaz. Alıcının bu yükümlülüğü yerine getirmiş sayılması için satış bedelini on beş günlük süre içinde ve tam olarak ödemiş olması gerekir. Satış bedelinin eksik olarak ödenmiş olması halinde, satış bedeli süresinde ödenmiş sayılmayacaktır[64]. Çünkü bu halde alıcıya ek süre verileceğine dair bir hüküm konulmamıştır. Ancak, satış bedelinin eksik ödenmiş olması halinde, kalan bedelin ödenmesi hususunda icra müdürünün alıcıya kısa bir süre vermesine olanak tanıyan bir düzenlemeye Kanunda yer verilmesi oldukça isabetli olurdu.

[62] Bu halde borçlu ile alıcının aralarında muvazaalı bir şekilde anlaşarak sadece asgari koşulları taşıyan bir bedeli icra dairesine bildirmeleri de imkân dâhilinde olacaktır.

[63] Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 67.

[64] Burada şöyle bir yorum yapılmasının da mümkün olmaması gerekir. Örneğin alıcı kanunda öngörülen asgari satış bedelini on beş günlük süre içinde ödemekle birlikte fazla bedeli daha sonraki bir günde ödemiş ise acaba satış bedelini süresinde ödemiş sayılabilir mi? Kanaatimizce mevzuatın açık hükmü gereğince bunun mümkün olmaması gerekir. Çünkü Yönetmelik m. 11 de açıkça *"Alıcının, belirlenen asgari rızai satış bedelinden az olmamak kaydıyla, borçluyla anlaştıkları bedeli borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesinin banka hesabına ödemesi zorunludur"* hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde sadece asgari satış bedelinin değil bu bedelden az olmamak kaydıyla anlaşılan bedelin ödenmesinden söz edilmektedir. Ancak öte yandan satış bedelinin ancak mal teslim edilince ya da teslime hazır hale getirilince alacaklıya ödeneceği düşünüldüğünde (Yönetmelik m. 14/4) somut olayın koşullarına göre (örneğin ödenmeyen fazla bedel çok küçük ise vb.) buna imkân verilmesi gerektiği de savunulabilir.

IV. RIZAİ SATIŞTAN SONRA İCRA DAİRESİNCE YAPILMASI GEREKEN İŞLEMLER

Borçlu ile alıcının satış konusunda anlaşmaları ve bu hususu ve bazı bilgileri ayrı ayrı icra dairesine bildirmeleri halinde, icra dairesince bazı işlemlerin yapılması gerekmektedir.

Buna göre "*Borçluyla anlaşan alıcının belirlenen bedeli, borçluya verilen on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi hâlinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra Kanunda belirtilen şartların bulunduğunu tespit ederse satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhâl icra mahkemesine gönderir*" (İİK m. 111/a-3; Yönetmelik m. 12/1).

Görüldüğü üzere, icra dairesi tarafından yapılacak işlemler daha ziyade kontrol mahiyetinde işlemlerdir. İcra dairesinin dosyayı icra mahkemesine gönderebilmesi için, öncelikle alıcının, borçlu ile anlaştığı bedeli on beş günlük süre içinde icra dairesinin banka hesabına ödemesi gerekir. Bundan sonra icra dairesi gerekli bilgi ve belgeleri temin edecektir. Bu belgeleri de temin ettikten sonra, Kanunda belirtilen şartların bulunup bulunmadığına bakacaktır. Bu anlamda icra dairesi özellikle satışın on beş günlük süre içinde yapılıp yapılmadığını, satış bedelinin aynı on beş günlük süre içinde icra dairesi hesabına ödenip ödenmediğini ve alacaklının yaptığı ödemenin Kanunda öngörülen asgari satış şartlarını sağlayıp sağlamadığını kontrol edecektir. Bu koşulların sağlanmadığını tespit eden icra müdürünün, rızai satışın kaldırılmasına karar vermesi gerekir[65]. Görüldüğü üzere burada icra dairesi rızai satışa ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından bir değerlendirme ve tespit işlemi yapmaktadır. İcra müdürünün hacizli malın satışının geçerliliğinin maddi hukuk bakımından da sağlanıp sağlanmadığını denetleme yetkisi yoktur[66]. Satışın gerçekleşebilmesi için ayrıca alacaklının buna muvafakat etmesi şart değildir. İcra dairesi Kanunda öngörülen şartların sağlanmadığını tespit ederse dosyayı icra mahkemesine göndermek zorunda olmayacaktır. Ancak onun bu kararına karşı satışın Kanunda öngörülen şartları sağladığı ileri sürülerek, bir hakkın sebepsiz getirilmemesi nedenine dayanılarak süresiz şikâyet yoluna başvurulması mümkün olacaktır[67]. Kuşkusuz aksi durumda da yani Kanun'da öngörülen koşullar oluşmasına rağmen icra müdürünün dosyayı icra mahkemesine göndermemesi halinde de yine menfaati ihlal edilen ilgiler şikâyet yoluna başvurulabilecektir.

Kanuna göre rızaen satış için gerekli şartların mevcut olduğunu tespit eden icra dairesinin, bu mal ile ilgili dosyayı derhal icra mahkemesine göndermesi gerekmektedir. Kanun koyucu burada belirli bir süre öngörmemiş, "derhal" ifadesine yer vermiştir. Burada örneğin üç gün ya da yedi gün gibi belirli bir sürenin belirtilmemiş olması, hiçbir süre öngörülmediği anlamına gelmeyecektir. İcra müdürünün dosyayı derhal icra mahkemesine göndermesi gerekir. Derhal ifadesini, mümkün olan en kısa sürede şeklinde anlamak gerekir. İcra dairesi örneğin gerekli şartların oluştuğunu tespit etmiş ve gerekli bilgi ve belgeleri de temin etmiş ise artık dosyayı bekletmesi için makul bir sebep olmayacaktır. Eğer buna rağmen dosyayı mahkemeye göndermezse ilgililer bu olumsuz işleme karşı şikâyet yoluna başvurabilecektir. Burada bir hakkın sebepsiz yere sürüncemede bırakılması söz konusu olacağı için şikâyet yedi günlük süreye tabi olmayacaktır.

V. DOSYAYI ALAN İCRA MAHKEMESİNCE YAPILACAK İNCELEME

İcra dairesi yapacağı inceleme sonucunda Kanunda öngörülen şartların mevcut olduğunu tespit ederse, dosyayı derhal icra mahkemesine gönderir. Bunun üzerine dosyayı alan icra mahkemesi, Kanuna göre "en geç on gün içinde dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir (m.111/a-3; Yönetmelik m. 13/1). Yönetmelik m. 13/1'e göre mahkemece verilen karar UYAP vasıtasıyla icra dairesine bildirilir. Böylece olası gecikmelerin de önüne geçilmiş olur.

[65] Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 290.
[66] Yazıcı, s. 1139.
[67] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 232.

İlgili hükümlerden de anlaşılacağı üzere, icra mahkemesi dosyanın kendisine gelmesinden itibaren en geç on gün içinde talebin kabulü ya da reddi yönünde karar vermek zorundadır. Ancak kanaatimizce mahkemenin on günlük süreden sonra vereceği karar da geçerli olacaktır. Zira icra organları için konulmuş olan süreler hak düşürücü nitelikte olmayıp, düzenleyici mahiyette sürelerdir. Bu nedenle süresinden sonra yapılan işlemler ve verilen kararlar da geçerlidir[68]. Kanunda icra mahkemesi tarafından yapılacak incelemenin dosya üzerinden gerçekleşmesi ve karar verme süresinin 10 gün olarak düzenlenmiş olmasının 111/a maddesi kapsamında yapılacak satışın mümkün olduğu kadar en kısa sürede gerçekleşmesini sağlamak amacına uygun olduğu söylenebilir. Ancak uygulamada icra mahkemelerinin içinde bulunduğu iş yoğunluğu dikkate alındığında, on günlük süre içinde gerekli kararın verilmesi mümkün olamayabilecektir. Olacağı düşünülse bile muhtemelen bu kararlar adeta "formül onama" şeklinde olacaktır. Ayrıca, mahkeme rızai satış talebi hakkında duruşma yapmaksızın yani dosya üzerinden inceleme yaparak karar verecektir. Oysa gerektiğinde mahkemeye duruşma yapma olanağının tanınması yararlı olabilirdi. Zira satış konusunda bazı tereddüt ya da belirsizliklerin bulunması halinde mahkemenin tarafları dinleyerek bunları gidermesi mümkün olabilirdi. Ancak Kanuna göre duruşma yapılamayacağı hususu açık olduğu için icra mahkemesinin dosyadaki eksiklikleri ya da taraflarca iletilmesi gereken hususları icra dairesi aracılığıyla sağlaması mümkün olabilir. Burada belirtmek gerekir ki, icra mahkemesince yapılacak inceleme aşamasında, alacaklılara ve üçüncü kişilere bir itiraz olanağı tanınmamıştır. Örneğin, borçluya daha yüksek bedel teklif ettiği halde satışın kendisine yapılmadığını ileri süren kişiye dahi bir itiraz imkânı verilmemiştir. Böylece bir taraftan açık artırmanın yaratacağı olumsuz sonuçlardan kurtulmak istenirken diğer taraftan adeta denetimsiz bir satış usulü benimsenmesi isabetli olmamıştır[69].

Bu bağlamda rızai satış için borçlu ve alıcı tarafından yapılması gereken işlemlerin süresinde yapılıp yapılmadığını ve Kanunda rızaen satış için öngörülen şartların sağlanıp sağlanmadığını icra mahkemesinin tespit etmesi gerekecektir[70]. Bu şartların icra dairesi tarafından da daha önce kontrol edilmiş olması, mahkemenin gerekli şartları kontrol edemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu anlamda icra mahkemesinin incelemesi de şekli bir inceleme mahiyetini taşımaktadır. Zira biraz önce de belirtildiği gibi mahkeme, rızaen satışın kanunda öngörülen süre içinde yapılıp yapılmadığını, Kanunda aranan asgari satış tutarı şartının sağlanıp sağlanmadığını ve alıcının borçlu ile anlaşılan satış bedelini tam olarak süresi içinde ödeyip ödemediğini kontrol edecektir[71]. İcra mahkemesince yapılan bu işlemlerin yargısal faaliyet, bu anlamda bir çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilmesi güçtür[72].

---

[68] Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 126; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 79.

[69] Pekcanıtez, Satış Usulü, s. 839.

[70] Yazıcı, s. 1139 vd.

[71] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 232. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre borçlunun sadece Kanunda öngörülen asgari şartları sağlayarak dilediği alıcıya satış yapma yetkisi yoktur. Asgari şartların üzerinde bir bedel teklif edilmişse en yüksek bedeli veren alıcıya malın satılması gerekir. Bunun için söz konusu tekliflerin hem icra dairesine hem de icra mahkemesine sunulması gerekir. Aksi takdirde bunun denetlenmesi mümkün olmayacaktır. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 232. Rızai satış, şartları ve koşulları önceden Kanun tarafından belirlenmiş bir satım sözleşmesi yani bir taahhüt işlemi niteliğinde olduğundan, açık artırmada olduğu gibi alıcıların tekliflerini sunması için elektronik ortamda alıcıların tekliflerini bildirmelerini sağlayacak bir sistem kurulmamıştır. Olması gereken bakımından alıcıların ad, soyad ve adresleri ile sunmuş oldukları teklifleri, satışın en yüksek teklif veren alıcıya yapılmış olup olmadığının denetlenebilmesini sağlamak için icra dairesine bizzat borçlu veya alıcılar tarafından bildirilmesi gerektiği düşünülebilir. Bunun için pozitif bir düzenlemeye gerek olduğu kanaatindeyiz. Ancak mevcut düzenlemeler karşısında borçlu veya alıcılar bakımından böyle bir bildirim zorunluluğu olmadığından, icra dosyasına malın satım bedelini yatıran alıcıdan başka daha yüksek teklif veren alıcı yahut alıcıların bulunması halinde, ilgililerin bu durumu şikâyet yoluyla ileri sürmeleri mümkündür.

[72] Pekcanıtez, Satış Usulü, s. 839.

İcra mahkemesinin talebin kabulü ve reddi[73] hakkında vereceği kararlara karşı kanun yolu kapalıdır. Nitekim Kanunda, icra mahkemesinin talebin kabulü veya reddine kesin olarak karar vereceği açıkça ifade edilmiştir. Buradaki kesinlikten maksat şekli anlamda kesinliktir. Yani bu kararlara karşı olağan kanun yolları olan istinaf ve temyiz yoluna başvurulması mümkün olmayacaktır. İcra mahkemesi kararına karşı kanun yolu başvurusunun mümkün olmaması, hak arama özgürlüğünün önünde bir engel olarak düşünülse de esasen sürecin sekteye uğramaması ve satışın mümkün olduğu kadar en hızlı şekilde gerçekleşmesi amacı dikkate alındığında düzenlemenin yerinde olduğunu söylemek de mümkündür[74]. İcra mahkemesinin talebin kabul ve reddi hakkında verdiği karar UYAP vasıtası ile icra dairesine bildirilecektir (m.111/a-3; Yönetmelik m. 13/2).

VI. İCRA MAHKEMESİNCE YAPILAN İNCELEME SONUNDA VERİLEBİLECEK KARARLAR VE BU KARARLARIN SONUÇLARI

Biraz önce de ifade edildiği üzere, icra mahkemesi dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda, talebin kabul veya reddine kesin olarak karar verecek ve bu kararlarını UYAP vasıtasıyla icra dairesine bildirecektir.

İcra mahkemesince rızaen satış talebinin reddine karar verilmesi durumunda, bu kararın icra dairesine gönderilmesinden itibaren üç iş günü içinde satış bedeli alıcının bildirdiği banka hesabına iade edilecektir. Yönetmeliğin 7'nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre sicile kayıtlı bir mal ile ilgili borçlunun rızaen satış talebinde bulunması üzerine icra müdürü, rızai satış talebinin ilgili sicile işlenmesine yönelik gerekli işlemleri yapmaktaydı. Eğer icra mahkemesince talebin reddine karar verilirse, icra dairesince bu kez Yönetmeliğin 7'nci maddesi gereğince işlenen şerhin terkini için gerekli işlemleri yapacaktır.

İcra mahkemesince talebin kabulüne karar verilmesi halinde, "kabul kararı ile malın mülkiyeti alıcıya geçecektir[75] (İİK m. 111/a-3; Yönetmelik m. 13/2). Malın devir ve teslim işlemleri icra dairesi tarafından yapılacaktır. İcra dairesince yapılacak devir ve teslim işlemleri, mal üzerindeki tüm hacizlerin kaldırılması[76] suretiyle gerçekleştirilecektir (İİK m. 111/a-3; Yönetmelik m. 14/1). Öte yandan rızaen satışa konu malın sicile kayıtlı olması hâlinde icra müdürü, tescil işleminin yapılması amacıyla tescil belgesini ilgili kurum veya kuruluşa mahkeme kararını ekleyerek gönderecektir. Devir ve teslim masrafları ise ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla alıcıya ait olacaktır[77] (Yönetmelik m. 14). Ayrıca rızaen satış konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslime hazır hâle getirilmedikçe, alıcının dosyaya yatırmış olduğu bedel alacaklılara ödenmeyecektir (Yönetmelik m. 14/4)[78].

Görüldüğü üzere, Kanuna göre rızaen satılan malın mülkiyeti ancak mahkemenin kabul kararı ile alıcıya geçmektedir. Burada hangi malların mülkiyetinin mahkemenin kabul kararı[79] ile alıcıya geçeceği

[73] Talebin reddi kararı ile birlikte rızai satış da iptal edilmiş olacaktır. Bu halde alacaklı için duran satış isteme süresi, eğer daha önce satış talep edilmemişse, ret kararının alacaklıya tebliği ile birlikte yeniden işlemeye başlayacaktır. Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 291.

[74] Karş., Yazıcı, s. 1140; Görgün, Börü, Kodakoğlu, s. 241.

[75] Buna karşılık açık artırma yoluyla yapılan satışlarda malın mülkiyeti ihale ile alıcıya geçmektedir (İİK m. 134/1).

[76] Bir görüşe göre bu halde tüm rehinlerin de kaldırılması gerekir. Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 291.

[77] Rızai satışta alıcıdan KDV alınmayacağı, ancak damga vergisi ve icra tahsil harcı alınacağı, satıcı tarafından ödenmesi gereken tapu alım ve satım harcının borçlu namına icra dairesi tarafından ödeneceği hakkında bkz. Yazıcı, s. 1141-1142.

[78] "İhalenin kesinleşmesi üzerine taşınırın ihale alıcısına teslimi veya sicile kayıtlı malın ihale alıcısı adına tescili, damga vergisi ve katma değer vergisinin yatırılmasından sonra gerçekleştirilir" şeklindeki İİK m. 114/13 hükmü bu halde de uygulanacaktır.

[79] Mahkemenin sadece kabul kararı vermesi mülkiyetin alıcıya geçmesi için yeterli olacaktır. Bunun için kararın tebliği gerekli değildir. Mahkemenin kabul kararından maksadın ise kararın hukuken varlık kazandığı an olarak anlaşılması gerekir. Her ne kadar kısa kararın tefhimi ile karar hukuken varlık kazanmakta ise de burada duruşma yapılmadan

hususunda Kanunda bir ayrım yapılmamıştır. Dolayısıyla rızaen satılan malın taşınır ya da taşınmaz olması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Rızaen satılan her türlü malın mülkiyeti ancak mahkemenin kabul kararı ile alıcıya geçecektir. Bu anlamda, taşınır bir malın mülkiyeti kural olarak zilyetliğin devri ile alıcıya geçmesine, taşınmaz malların mülkiyetinin ise kural olarak tapu siciline tescil ile alıcıya geçmesine rağmen, rızaen satışlar bakımından bu kurallar uygulanmayacak, mahkemenin kabul kararı ile birlikte mülkiyet hukuken rızaen satış alıcısına geçecektir. Ancak rızaen satış konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslime hazır hâle getirilmedikçe alıcının dosyaya yatırmış olduğu bedel alacaklılara ödenmeyecektir. Mahkemenin kabul kararının, mülkiyetin alıcıya geçmesi bakımından kurucu bir nitelik taşıdığını söylemek mümkündür. Özellikle taşınmazlar bakımından bu bir tescilsiz iktisap hali teşkil edecektir. Mahkeme kararından sonra tapu siciline yapılacak[80] tescil kurucu değil, açıklayıcı bir nitelik taşıyacaktır[81]. Malın mülkiyetini kazanan alıcı ancak mülkiyetin tapu siciline tescilinden sonra temliki tasarruflarda bulunabilecektir. Bir başka önemli husus da rızaen satılan malın tesliminin, üzerindeki hacizler kaldırılmak suretiyle gerçekleştirilecek olmasıdır.

Öte yandan Kanunda icra mahkemesinin satışı onayı hakkında verdiği kararların kesin olduğu hükme bağlanmıştır[82]. Bu nedenle, mahkemenin verdiği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacaktır[83].

Doktrinde rızai satışta ayıba ve zabta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir[84]. Nitekim TBK m. 280/1 hükmüne göre cebri artırmalarda, ayıba ve zapta karşı sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Her ne kadar rızai satış, açık artırma yoluyla bir satış olmasa da nihayetinde cebri satışın bir türü olarak kabul edildiğine ve hüküm bulunmayan hususlarda kanunun diğer hükümleri kıyasen uygulanacağına göre, rızai satışta da ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerinin işlerlik kazanmayacağı söylenebilir. Öte yandan her ne kadar icra mahkemesinin kararıyla birlikte mülkiyet alıcıya geçmiş olsa da malın hasar ve yararının satış bedelinin icra dairesine yatırıldığı an itibariyle alıcıya geçeceği ileri sürülmektedir[85].

Doktrinde, rızai satışın söz konusu olduğu hallerde de ön alım hakkının ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Gerçekten de TMK m. 733 hükmüne göre, cebri artırmayla satışlarda ön alım hakkı kullanılamaz. Her ne kadar bu hükümde borçluya satış yetkisi verilmesinden açıkça söz edilmemekte ise de rızai satıl da nihayetinde bir cebri satış olduğuna göre, bu satışa karşı ön alım hakkının kullanılamaması gerekir[86].

VII. RIZAEN SATIŞIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde rızai satışın hukuki niteliği hakkında bazı görüşler ileri sürülmüştür[87]. Bir görüşe göre, rızai satış, ancak bir icra takibi dolayısıyla, borçlunun kıymet takdirinin tebliği üzerine talepte bulunması halinde, kanunda öngörülen koşullarda ve sürede alıcı bulunması şartıyla gerçekleşebileceği için bir cebri

karar verileceği için, mahkemenin dosya üzerinden rızaen satışın kabulüne karar verdiği tarihte mülkiyetin alıcıya geçeceğini kabul etmek gerekir. Önemli olan kabul kararının verildiği tarihtir.

[80] Taşınmazın alıcı adına tapu siciline tescil edilmesini sağlamak üzere tapuya müzekkere yazılması gerekecektir. Rızai satış hakkında hüküm bulunmayan hususlarda niteliğine uygun düştüğü ölçüde kanunun diğer hükümleri uygulanacağına göre, açık artırma yoluyla satış hakkındaki 135/1 hükmü burada da uygulanacaktır. Bunun dışında örneğin, paralanın paylaştırılması, sıra cetveli düzenlenmesi, aciz vesikası verilmesi gibi hükümler rızai satış hakkında da uygulanacaktır. Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 291.

[81] Aynı yönde, Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 841.

[82] Doktrinde bu hüküm, hak arama özgürlüğüne engel olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.

[83] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 842; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 291.Görgün, Börü, Kodakoğlu, s. 273.

[84] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 841.

[85] Kale, https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/, E. T. 06.06.2023.

[86] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 841-842.

[87] Bkz. Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 840 vd.; Yazıcı, s. 1126 vd.

icra satışı olarak nitelendirilebilir. Pazarlık suretiyle satış dahi bir cebri icra satışı olarak nitelendirildiğine göre, rızai satışın da ancak bir cebri satış türü olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir[88]. Dolayısıyla bu görüşe göre, borçluya satış yetkisi verilmesi yöntemi, esas olarak cebri icraya özgü paraya çevirme yollarından biridir[89].

Üzerinde haciz bulunan bir malın, takip borçlusu tarafından icra dairesince verilecek yetki ile rızaen satılması halinde, bu satışın hukuki niteliğinin üzerinde kısaca durulması gerekir. Kanaatimizce yukarıdan beri yapılan açıklamalar ile mevzuatta yer alan hükümler dikkate alındığında, rızaen satışın, tam anlamıyla borçlar hukuku anlamında bir satış sözleşmesi niteliğini taşıdığını söylemek güçtür[90]. Kuşkusuz bu satış da nihayetinde bir satıştır. Ancak rızaen satış, her yönüyle Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olan bir satış sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Zira, öncelikle böyle bir satışın söz konusu olabilmesi tek başına borçlunun tasarrufuna bağlı değildir. Borçlunun hacizli malı satabilmesi için öncelikle icra dairesinden bu yönde bir talepte bulunması ve akabinde yetki belgesi alması gerekmektedir. İcra dairesi tarafından kendisine yetki belgesi verilen borçlunun malı satabilmesi için alıcı ile anlaşmış olması gerekir. Yani, bir sözleşmenin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulacağına ilişkin genel kural (TBK m. 1) burada da esas olarak geçerli olacaktır. Tarafların birbirine uygun irade beyanı bulunmadığı sürece, borçlu ile alıcının anlaşmasından da söz edilemeyecektir. Ancak, tarafların burada sözleşmenin esaslı unsurlarını belirlemede tam anlamıyla bir serbestiye sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü, rızaen satışta hacizli malın hangi koşulla satılabileceği Kanunda açıkça düzenlenmiştir. Kanunda belirtilen miktarın altında bir bedelle malın satılması mümkün değildir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, ancak kanunda öngörülen asgari satış miktarını karşılaması şartıyla sonuç doğurabilecektir. Bu miktarın altında irade beyanları karşılıklı ve birbirine uygun olsa bile satışın yapılması mümkün olmayacaktır. Öte yandan kanunda öngörülen asgari koşulları karşılayacak şekilde tarafların anlaşması halinde, satış sözleşmesinin kurulduğu kabul edilse bile, tarafların bu anlaşması, tek başına sonuç doğurmayacaktır. Çünkü gerek icra dairesinin gerekse icra mahkemesinin kanunda öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol etmesi gerekmektedir. Gerekli koşulların oluşmadığı tespit edilirse, tarafların anlaşması bir sonuç doğurmayacaktır. Ayrıca alıcının satış bedelini kanunda öngörülen süre içinde ödemesi de gerekmektedir. Öte yandan İİK m. 111/a-3 hükmünde, taraflar arasında yapılan satışın onaylanmasından söz edilmektedir. Dolayısıyla icra mahkemesi satışı onaylamadığı sürece, tarafların anlaşması tek başına sonuç doğurmayacaktır. Ayrıca yine malın mülkiyeti kanuna göre ancak icra mahkemesinin kabul kararı ile alıcıya geçmektedir.

Kanunda ve Yönetmelikte öngörülen bütün bu hususlar dikkate alındığında, rızaen satışın tek başına bir cebri icra işlemi olduğunu söylemek olanaklı değildir. Burada zaten bir açık artırma suretiyle satışın bulunmadığı da keza açıktır. Ayrıca tam anlamıyla İİK m. 118 anlamında icra dairesi tarafından yapılan bir pazarlıkla satış da söz konusu değildir. Kuşkusuz borçlunun bu şekilde mallarını satması icra organları tarafından malların paraya çevrilmesi ile aynı hukuki niteliğe sahip değildir. İcra dairesi tarafından haczedilen malların paraya çevrilmesi bir cebri icra tasarrufudur. Buna karşılık 111/a hükmü ile borçlunun kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde hacizli malları satması tam anlamıyla bir özel hukuk işlemi olarak da nitelendirilemez. Sözleşmenin esaslı unsurlarını belirlemede tam anlamda bir irade serbestisi olmaması ve ancak Kanunda öngörülen şartlar dahlinde bu satışın gerçekleşmesi ve yine icra mahkemesi tarafından satışa onay verilmesi ile devir teslim işlemlerinin yapılabilmesi gibi gerekçelerle burada tam manasıyla bir özel hukuk sözleşmesinin varlığından da bahsedemeyiz. Öte taraftan satışın doğrudan icra dairesi tarafından değil, icra dairesinden almış olduğu yetkiye dayanarak borçlu tarafından gerçekleştirilmesi

[88] Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 840; Yazıcı, s. 1127-1128; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, s. 251; Akkan, Mine, İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu, Erişim Tarihi: 30 Mayıs 2023, https://www.youtube.com/watch?v=0hRh9Uz_EAI&t=127s.; Kale, https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/, E. T., 06.06.2023.

[89] Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 286.

[90] Görgün, Börü, Kodakoğlu, s. 236.

nedeniyle gerçek anlamda bir cebri icra tasarrufu olarak da kabul edilmesi mümkün değildir. Burada kanaatimizce kendine özgü bir satış türü söz konusudur. Burada satış sözleşmesinin taraflarının anlaşmasıyla kurulduğu kabul edilebilir. Zira asgari şartları sağlayacak şekilde bir anlaşma yapılmışsa, satış sözleşmesinin bir taahhüt işlemi olma niteliği gerçekleşmiş olarak kabul edilmelidir. Ancak bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması ve buna bağlı olarak tasarruf işleminin yapılması ancak icra mahkemesinin satışı onaylaması halinde mümkündür. Dolayısıyla burada gerek özel hukuka gerekse cebri icra hukukuna ilişkin özellikleri bünyesinde barındıran bir işlemin bulunduğu ileri sürülebilir. Nitekim İİK m. 111/a-4 hükmünde *"Bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır"* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir[91]. Bu hüküm dahi rızaen satışın tek başına borçlar hukuku anlamında bir satış sözleşmesi olmadığını, aynı zamanda cebri icra hukukuna ilişkin özellikleri de bünyesinde barındıran karma nitelikte bir hukuki işlem olduğunu kabul etmek için yeterli olsa gerektir. Ancak kanaatimizce nihayetinde rızaen satışın, özel hukuka ilişkin özellikleri bünyesinde barındıran ancak ağırlıklı olarak bir cebri icra işlemi niteliğini taşıdığını ve kendine özgü bir satış türü olduğunu söylemek mümkündür. Diğer bir deyişle rızaen satış, koşulları İİK tarafından belirlenmiş olan ve icra mahkemesinin onayıyla sonuç doğuran kendine özgü bir satış türü olarak nitelendirilebilir.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

7343 Sayılı Kanunla İİK'na yeni eklenen 111/a maddesiyle, borçluya hacizli mallarını rızaen satış yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için borçlunun kıymet takdirinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesinden talepte bulunmuş olması gerekir. İcra dairesince kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra borçluya rızaen satış için on beş günlük süre verilecektir. Bu konuda icra dairesinin takdir hakkı yoktur. İcra dairesi talep halinde borçluya bu yetkiyi vermek zorundadır. Kanunda öngörülen on beş günlük sürenin, getirilen kurumun amacı gözetildiğinde yeterli bir süre olmadığı tespit edilmiştir.

İcra dairesince verilen on beş günlük süre içinde hem malın satışının gerçekleştirilmesi hem de alıcının satış bedelini icra dairesinin banka hesabına ödemesi gerekmektedir. Borçlunun hacizli malı rızaen satabilmesi için gerekli asgari koşullar Kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanunda rızaen satış için satış bedelinin muhammen bedelin yüzde doksanından aşağı olmama koşulunun yerinde olduğu söylenebilir. Kanunda düzenlenen koşulların varlığını tespit eden icra dairesi satışın onayı ve malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhal icra mahkemesine göndermesi gerekmektedir. Mahkemenin incelemeyi sadece dosya üzerinden değil gerektiğinde duruşmalı olarak yapabilmesine olanak tanınması isabetli olurdu. Satılan malın mülkiyeti icra mahkemesinin rızaen satışı kabul etmesiyle alıcıya geçecektir. Rızaen satışta alacaklılar tamamen sürecin dışında tutulmuştur. Oysa rızaen satışta alacaklıların da muvafakatinin alınması yerinde olurdu. Malın devir ve teslimi için gerekli işlemler icra dairesince yapılacaktır. Mahkemenin satış talebini reddetmesi halinde, alıcının ödediği bedel kendisine iade edilecektir. İcra mahkemesinin verdiği karara karşı en azından istinaf kanun yoluna başvuru olanağının tanınması yararlı olurdu.

Rızaen satışa konu mal ve haklar bakımından kanunda bir sınırlama yapılmamıştır. Ancak bu yetki sadece hacizli mallar için tanınmıştır. Hâlbuki bu yetkinin rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde de borçluya tanınması yerinde olurdu. Buna engel olacak makul bir sebep bulunmamaktadır.

[91] Kanunda rızaen satışa niteliğine uygun düştüğü ölçüde İİK'nun diğer hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş ise de kanaatimizce de Kanunun ihalenin feshine ilişkin hükümlerinin burada uygulanması mümkün olmamalıdır. Zira burada bir ihale söz konusu değildir. Ayrıca icra mahkemesinin bu konuda vereceği karara karşı kanun yolu da açık tutulmamıştır. Ayrıca ihalenin feshine karşı şikâyet yoluna başvurulduğunda, bunun satış işlemini uzatması nedeniyle, ihalenin feshine ilişkin hükümlerin, rızaen satış ile ulaşılmak istenen amaçla da bağdaşmayacağı söylenebilir. Bu anlamda bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 233; Pekcanıtez, Satış Yetkisi, s. 840; Kale, https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/, E. T., 06.06.2023; Görgün Börü, Kodakoğlu, s. 242. Bu son yazarlara göre irade sakatlığı halinde, mahkemede dava açılıp satışın iptali talep edilebilir.

Sonuç olarak getirilen yeni düzenlemenin, bazı eksikleri bulunmasına rağmen ilke olarak isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Kaynakça

Arslan, Aziz Serkan, İcra Takip İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası Emel, Yetkin Yayınları, İcra ve İflas Hukuku, B. 8, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Aslan, Kudret, "İhalenin Feshi Hakkında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26, 4, 2022, s. 1 vd.

Aşık, İbrahim, Oruç, Yakup, Tok, Ozan ve Saçar, Ömer Faruk, İcra ve İflâs Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim, Erdoğan, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2022.

Boran Güneysu, Nilüfer, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Çelikoğlu, Cengiz Topel, "7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı", Adalet Dergisi, 68, 2022, s. 409 vd.

Erişir, Evrim, "7343 Sayılı Kanunla Yeniden Düzenlenen Cebrî İcrada Satış İsteme Süresi Ve Satış Gerçekleştirilemediğinde İzlenecek Prosedür", MİHDER, 18, 52, 2022, s. 405 vd.

Erturgut, Mine, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

Görgün, Şanal, Börü, Levent, Kodakoğlu, Mehmet, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2022.

Kale, Serdar, İcra ve İflas Hukukunda Online Satış, https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/, Erişim Tarihi, 06.06.2023.

Pekcanıtez, Hakan, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022/1, s. 819-848.

Pekcanıtez Hakan, Akkan Mine, "7343 Sayılı Kanunla İcra Ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", TBB Dergisi, 160, 2022, s. 259 vd.

Pekcanıtez, Hakan, ve Simil, Cemil, İcra İflas Hukukunda Şikayet, Vedat Kitapçılık, B. 2, İstanbul, 2017.

Pekcanıtez, Hakan, Aatalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, B. 9, İstanbul, 2022.

Pekcanıtez, Hakan, Meriç, Nedim, "Borçlunun Talebiyle Satış", TBB Dergisi, 151, 2020, s. 235 vd.

Uyar, Talih, "24.11.2021 ve 7343 Sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, 96, 1, 2022, s. 16 vd.

Yazıcı, Burçin, "İcra ve İflas Kanunu m. 111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022/2, s. 1119-1147.

BELİRLİ SÜRELİ YAPILAN SÖZLEŞMENİN BELİRSİZ SÜRELİ SAYILMASININ CEZAİ ŞARTA ETKİSİ

(SÜREDEN ÖNCE HAKSIZ FESHE BAĞLI CEZAİ ŞART)

Prof. Dr. Levent AKIN*

ÖZET

İşçi-işveren ilişkilerinde, tarafların iş sözleşmesini fesih hakkını sınırlandırma amacıyla cezai şart kararlaştırılmış olması mümkündür. Bu durumlarda, belirli bir süre boyunca sözleşmenin feshedilmemesi, aksi takdirde cezai şart ödenmesi öngörülmektedir. Ancak, bu tür düzenlemelere ilişkin, iş mevzuatımızda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, söz konusu cezai şart uygulamaları sıklıkla uyuşmazlık konusu olmakta ve bu uyuşmazlıklar yargı kararlarıyla çözümlenmektedir. Bu konuya ilişkin Yargıtay kararları arasında ise görüş farklılıkları ortaya çıkmış ve sonunda mesele bir içtihadı birleştirme kararına konu olmuştur.

Konunun tartışmalı yönü, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kararlaştırılması ve bu süreden önce haksız feshi halinde cezai şart öngörülmesi hâlinde, İş Kanunu'nun 11. maddesindeki belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için aranan objektif koşullar bulunmadığı için sözleşme belirsiz süreli kabul edildiğinde cezai şarta ilişkin hükmün geçerli olup olmayacağı noktasındadır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin görüşü, iş sözleşmesinin, belirlenecek bir süreden önce, haklı bir neden bulunmaksızın feshedildiği takdirde, kararlaştırılmış bulunan bir cezai şart varsa bunun geçerli olacağına, sözleşme taraflarca belirli süreli olarak akdedilse ancak kanunun aradığı objektif koşulları taşımadığı için aslında belirsiz süreli olsa dahi, cezai şartın geçerliliğini koruyacağına ilişkindir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, belirli süreli olarak akdedip cezai şart öngörülen, ancak kanundaki objektif koşulları taşımadığı için belirsiz süreli olan iş sözleşmesindeki cezai şartın geçersiz olacağını ifade etmiştir. 9. Hukuk Dairesi'ne göre, karşılıklılık kuralına uyulduğu takdirde hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılması mümkünse de cezai şartın sözleşmenin belirli bir süreden önce feshedilmesine özgülenmesi ancak iş sözleşmesi belirli veya asgari süreli ise geçerli olacaktır. Bu görüş farklılıkları karşısında, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" hükmünün, kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerli olduğunu kararlaştırmıştır.

Bu çalışmada, anılan dairelerin görüşlerine ve içtihadı birleştirme kararına yer verilecek ve güncel durum değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Belirli süreli iş sözleşmesi, Asgari süreli iş sözleşmesi, İş sözleşmesinin feshi, Cezai şart, Haksız fesih.

Giriş

Son yıllarda yargıya taşınan cezai şart uyuşmazlıklarda, yüksek mahkeme daireleri arasında görüş farklılığı yaşandığı görülmektedir. Çalışma yaşamına ilişkin olan bu uyuşmazlıklarda davacı işçi ile yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli olarak düzenlendiği ve söz konusu sözleşmeye bir cezai şart konulduğu görülmektedir.

* Prof. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, akin@law.ankara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7543-3164.

Ancak anılan türden sözleşmelerin feshi sonrası yaşanan uyuşmazlıkların yargıya taşınması ardından yapılan incelemelerde, işçinin çalışmasının belirli süreli sözleşmeye konu olabilecek unsurları taşımadığı tespit edilerek, sözleşme belirsiz süreli kabul edilmektedir. Bu noktaya kadar daireler arasında bir anlayış farkı yoktur.

Fakat sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesi sonrasında cezai şartın akıbeti noktasında daireler arasında görüş farklılığı yaşanmış ve konu içtihadı birleştirmeye kadar gitmiştir. İçtihadı birleştirme kararı ardından yeni durumun ortaya konulabilmesi ve bu kararın etki alanının netleşmesi için sürecin ele alınmasında yarar görülmüştür. Bu çalışma bu amaca hizmet etmeyi amaçlamaktadır.

I. SÖZLEŞMENİN BELİRSİZ SÜRELİ OLMASI CEZAİ ŞART KARARLAŞTIRILMASINA ENGEL DEĞİLDİR GÖRÜŞÜ

Bu görüşü Yargıtay **22. Hukuk Dairesi**'nin çeşitli kararlarında dile getirilmiştir. Bunlardan birinde yer verilen değerlendirmeler özetle şu şekildedir;

"…Davacı işveren vekili, taraflar arasında imzalanan belirli süreli iş sözleşmesinin, öngörülen süre dolmadan önce işçi tarafından haklı sebep olmaksızın feshedildiğini, ihbar tazminatıyla birlikte iş sözleşmesinin 7. maddesinde düzenlenen cezai şart alacağının ödenmediğini beyanla, ihbar tazminatı ve cezai şart alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Davalı işçi vekili, davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını, iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini, dava konusu edilen alacakların bulunmadığını beyanla davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir… Taraflar arasındaki uyuşmazlık, iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı, bunun sonucunda da sözleşmede düzenlenen cezai şartın geçerliliği ile davalı işverenin hak ettiği ihbar tazminatının hesabı noktalarında toplanmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve bunun için objektif sebeplerin varlığı gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde, '*İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir sebep olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı sebebe dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar*' şeklinde düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir. İş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Kanunda belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir.

Belirli iş sözleşmesinin varlığının kabulü için hangi durumların objektif sebep olarak kabul edilebileceği 4857 sayılı Kanunun 11. maddesinde örnek kabilinden sayılmıştır: İşin niteliği gereği belirli bir süre devam etmesi, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması. Kanunda gösterilen bu sebepler tahdidi olarak değil, örnek kabilinden verilmiş, benzer hallerde belirli iş sözleşmesi kurulması imkânı açık tutulmuştur. Zira söz konusu hükümde açık olarak '...gibi objektif koşullara bağlı olarak…' ifadesine yer verilmiştir.

Türk hukuk mevzuatında, belirli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkân sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrasına göre, Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece, iş sözleşmesinin özel okul öğretmenler, müdür ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan

az süreli olmaması zorunludur. 4857 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir sebebe dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı, aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasının objektif sebebi varsa ve bu sebep devam ediyorsa veya yeni bir sebep ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir. Zincirleme iş sözleşmelerini belirli süreli niteliğini koruyabilmeleri için her birinde aranan objektif sebeplerin aynı olması da şart değildir.

Somut olayda, davalı işveren ile işyerinde fizyoterapist olarak çalışan davacı işçi arasında, 02.09.2008-02.03.2009 ve 02.03.2009-02.03.2010 dönemleri için, üst üste (zincirleme) belirli süreli iş sözleşmeleri imzalanmış, davalı işçi tarafından 04.12.2009 tarihinde yapılan fesih bildirimi ile iş sözleşmesi feshedilmiştir. Sözleşmelerde, belirlenen sürenin sona ermesinden önce haklı sebep olmaksızın fesih halinde, fesheden tarafın diğer tarafa, işçinin ücretinin dört katı tutarında tazminat ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, davacının niteliği ve yaptığı iş itibarıyla, her ne kadar sözleşme süreli olarak yapılmış ise de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca sözleşmenin belirli süreli olmasını gerektiren objektif şartlar bulunmadığından sözleşmenin başından itibaren belirsiz süreli olarak kabulü gerekir. Ancak, sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi, öngörülen cezai şartın geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Aksi durumda sözleşmede kararlaştırılan tüm hususların geçersiz olması gibi bir sonuç ortaya çıkar. Objektif şartların bulunmaması sadece tarafların belirli süreli sözleşme yapma haklarını ortadan kaldırır ve sözleşme belirsiz hale dönüşür. Sözleşmenin belirsiz süreli olması cezai şart kararlaştırılmasına engel değildir. Bu sebeple objektif şartların yokluğu nedeniyle belirsiz süreli sayılan sözleşmedeki cezai şartın geçersiz olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Başka bir anlatımla belirli süreli olarak yapılan sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilse bile sözleşmede öngörülen süre bitmeden haksız olarak sözleşmeyi fesheden taraftan diğer tarafın cezai şart talep hakkı korunmalıdır. Mahkemece aksi düşünce ile davacının cezai şarta ilişkin talebinin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir…”[1]

Aynı yöndeki başka bir kararda yer verilen değerlendirmeler özetle şunlardır;

“… Davacı vekili, asıl dava ve birleşen davalarda, müvekkilinin davalıya ait hastane işyerinde çalıştığını, iş sözleşmesinin işverence haklı bir sebep olmadan feshedildiğini, işlemiş faizleriyle birlikte kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin, ücret alacakları ve sözleşmede belirlenen cezai şart alacağının tahsili için işveren aleyhine icra takipleri yapıldığını, takiplerin haksız itiraz üzerine durduğunu ileri sürerek, icra takiplerine vaki itirazların iptali ile takiplerin devamına karar verilmesini ve icra inkâr tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı gerekçeyle asıl davanın kısmen kabulüne, ücret alacağı ile ilgili birleşen davanın kısmen kabulüne, cezai şart alacağına yönelik birleşen davanın ise reddine karar verilmiştir… İş sözleşmesinin, ‘7.3’ maddesinde, cezai şart alacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreli olduğunun esas alınması gerektiği ve buna bağlı olarak da cezai şarta ilişkin düzenlemenin geçersiz olduğu kabul edilerek, bu alacağa yönelik birleşen davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki sözleşme süreli olarak yapılmış ise de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca sözleşmenin belirli süreli olmasını gerektiren objektif koşullar bulunmadığından sözleşmenin başından itibaren belirsiz süreli olarak kabulü gerekecektir. Ancak, sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi, öngörülen cezai şartın geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Aksi durumda sözleşmede kararlaştırılan tüm hususların geçersiz olması gibi bir sonuç ortaya çıkar. Objektif şartların bulunmaması, sadece tarafların süre konusundaki belirlemelerini geçersiz kılar ve sözleşmeyi belirsiz hale dönüştürür. Sözleşmenin belirsiz süreli olması cezai şart kararlaştırılmasına engel değildir. Bu sebeple, objektif şartların yokluğu nedeniyle belirsiz süreli sayılan sözleşmedeki cezai şartın geçersiz olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Başka bir

[1] Yarg.22.HD. 29.5.2014, 2013-12632/ 2014-15162

anlatımla belirli süreli olarak yapılan sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilse bile, sözleşmede öngörülen süre bitmeden haksız olarak sözleşmeyi fesheden taraftan diğer tarafın cezai şart talep hakkı korunmalıdır. Anılan sebeplerle, mahkemece, cezai şart düzenlemesinin geçersiz olduğunun kabul edilmesi hatalıdır. İş sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir sebep olmadan feshedildiğinin sabit olmasına göre, cezai şart talep koşulu oluşmuştur. Bu noktada şu husus da belirtilmelidir ki, cezai şart miktarının üst sınırı, davacının, iş güvencesi kapsamında olsaydı, hüküm altına alınabilecek işe başlatmama tazminatı miktarıdır. Belirtilen üst sınırın üzerine çıkmamak kaydıyla, eldeki davaya uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi uyarınca, sözleşmede öngörülen miktardan indirim yapılarak, ulaşılacak sonuç miktar yönüyle itirazın iptaline karar verilmelidir… Yukarıda yazılı sebeplerden kararın bozulması gerekmiştir…"[2]

Konuyu asgari süreli sözleşme bağlamında ele alan kararlarda da daire aynı yaklaşımı sürdürmüş, bu tür sözleşmelerin belirli süreli sayılamayacağına dikkat çektikten sonra, bu tip sözleşmelerde de cezai şartı mümkün görmüştür;

"…Cezai şart, mevzuatımızda Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. Asgari süreli sözleşmelerde cezai şart konulamayacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Somut olayda, davacı işveren davalı işçinin iş sözleşmesini haklı neden olmaksızın feshettiğini ve aralarındaki iş sözleşmesine göre çalışmayı taahhüt ettiği süreden önce sözleşmeyi haksız olarak feshetmesi nedeniyle kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlü olduğunu ileri sürmüş, davalı işçi ise iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini cezai şart ödemekle yükümlü olmadığını savunmuştur. Mahkemece taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu ve haklı neden olmaksızın feshedildiği kabul edilerek cezai şart talebinin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğine göre taraflar arasında imzalanan sözleşme asgari süreli iş sözleşmesi olup, belirli süreli iş sözleşmesi kabulü isabetli olmamıştır…"[3].

Asgari süreli sözleşmeye ilişkin verilen diğer karardaki değerlendirmeler ise şu şekildedir**;**

"… Somut olayda, taraflar arasında imzalanan sözleşme asgari süreli iş sözleşmesi olup, bu tür sözleşmelerde cezai şart düzenlemesine yer verilmesi mümkündür. Anılan sözleşme içeriğine göre de düzenlenen cezai şartın karşılıklılık prensibine uygun olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin asgari süreli olduğu ve düzenlenen cezai şartın geçerli olduğu kabul edilerek davalı işçi tarafından ileri sürülen feshin haklı nedene dayandığı iddiası araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile cezai şart talebinin reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır…"[4].

II. SÖZLEŞMENİN BELİRSİZ SÜRELİ OLMASI CEZAİ ŞART KARARLAŞTIRILMASINA ENGEL OLUR GÖRÜŞÜ

Bu görüşü Yargıtay **9. Hukuk Dairesi'nin** çeşitli kararlarında dile getirilmiştir. Bunlardan birinde yer verilen değerlendirmeler özetle şu şekildedir;

"…Davacı vekili, davalının davacı şirkete ait işyerinde 02/07/2012 tarihinde 'Elektronik İşlemler Uzmanı' olarak çalışmaya başladığı, davacıyla işveren şirket arasında 02/07/2012 tarihinde asgari süreli hizmet sözleşmesi imzalandığını, sözleşmenin 4. maddesinde davalının dava konusu işyerinde 3 yıl süreyle çalışacağı belirlendiğini, davalının 3 yıllık asgari süre tamamlanmadan 27/05/2013 tarihli bildirimiyle istifa ettiğini bildirdiğini ve 28/05/2013 tarihinde iş sözleşmesine aykırı davranarak işyerinden altı katı tutarında cezai şart ödemekle yükümlü olduğunu, haklı bir neden olmadan hizmet sözleşmesinin davalı tarafça feshedilmesi üzerine işveren şirketin ihbar tazminatı alacağının da doğduğunu belirterek ihbar tazminatı

[2] Yarg.22.HD. 29.11.2016, 2015-18939/ 2016-26066
[3] Yarg.22.HD. 23.3.2017, 8141/ 6007
[4] Yarg.22.HD. 23.3.2017, 6268/6005

ve cezai şart tazminatının davalı işçiden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir…

Davalı vekili, davalının davacı şirkete ait işyerinde 02/07/2012 tarihli belirsiz hizmet sözleşmesiyle çalıştığı, iş akdi imzalanırken davalıya yazılı ve sözlü vaatlerde bulunmasına karşın bu vaatlerin gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması üzerine davalının ekonomik geleceğini düşünerek 27/05/2013 tarihinde istifa etme durumunda kaldığını, davacı tarafın açtığı davanın haksız ve kötü niyetli olduğu, taraflar arasında belirsiz süreli hizmet sözleşmesi akdedildiğini, Yargıtay'ın yerleşen içtihatlarına göre belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde cezai şartın geçersiz olduğunu, tarafların imzaladığı hizmet sözleşmesinde geçerli veya haklı sebeplerle tarafların fesih yetkilerinin saklı olduğu ibaresinin bulunduğunu, buna göre objektif ölçülere göre geçerli sayılacak sebeple hizmet akdinin feshedilebileceğini, davacının Özel Bankacılık Portföy Yönetmeni sıfatıyla maaşının iki katından fazla ücretle 24/05/2013 tarihli istifa dilekçesinin alındığını ve işveren şirketin uygulamasının kötü niyetli olduğunu, davanın reddi gerektiğini savunmuştur… Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davalı işçinin ihbar öneline uymadan iş akdini feshettiği, taraflar arasında iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak yapılmış ise de, 02/07/2012 tarihli sözleşmenin 4. maddesinde '3 yıl içinde sözleşmeyi süreli fesih yolu ile sona erdirilemeyeceğinin' hüküm altına alındığı, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde cezai şart öngörülemeyeceği gerekçesi ile davanın kısmen kabulü ile ihbar tazminatının kabulüne, cezai şart tazminatının ise reddine karar verilmiştir…

Taraflar arasındaki hizmet akdinin niteliği ve buna göre cezai şart tazminatı ve ihbar tazminatı doğup doğmayacağı uyuşmazlık konusudur. Asgari süreli sözleşmeler, tarafların bildirimli fesih haklarını asgari bir süre için ortadan kaldırdıkları belirsiz süreli sözleşmelerdir. Tarafların öngördükleri asgari sürenin bitimi ile sözleşme kendiliğinden sona ermemekte, sözleşme belirsiz süreli olarak devam etmektedir. Bu özelliği nedeniyle asgari süreli sözleşmeler belirli süreli olarak kabul edilmemektedir. Belirsiz süreli olarak kabul edilmelerinin nedeni tarafların sözleşmenin sona erme zamanını belirlememiş olmalarıdır. Asgari süreli iş sözleşmesinde sürenin bitiminde iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermez. Asgari süreli sözleşmeyi belirli süreli iş sözleşmesinden ayıran fark, sürenin sonunda sözleşmenin kendiliğinden sona ermemesi ve yenilenmesinin gerekmemesidir. İş sözleşmesinde süre asgari olarak belirlenmiş ise, bu sürenin dolmasıyla birlikte her zaman feshedilebileceğini ifade eder; diğer bir anlatımla bu durumda taraflar asgari bir süre öngörerek gerçekte süreli fesih hakkının kullanımını belirli bir süre için sınırlandırmış olmaktadırlar.

Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür. Belirsiz süreli bir iş sözleşmesinde asgari çalışma süresi kararlaştırıldığı durumlarda da asgari süreye riayeti sağlama amacına yönelik cezai şart kararlaştırılabilir. Dolayısıyla gerek belirli gerekse asgari bir çalışma süresi öngören belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir.

Dosya içeriğine göre taraflar arasında imzalanan sözleşme belirsiz süreli ise de taraflar 4. madde ile üç yıl süre süre ile sınırlandırmışlar ve karşılıklı cezai şart öngörmüşlerdir. Sözleşme bu niteliği ile asgari süreli olup cezai şart geçerlidir. Bu nedenle mahkemenin belirsiz süreli olduğu gerekçesi ile cezai şart tazminatını reddetmesi hatalıdır. Davacı işverenin bu konudaki istemi TBK. 179-182. maddeler kapsamında değerlendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Diğer taraftan yukardaki açıklamalar nedeni ile taraflar asgari olarak 3 yıl içinde fesih haklarını sınırladıkları gibi asgari süre için ihbar önelini kaldırmış olduklarından ve cezai şart öngördüklerinden ihbar tazminat hakkı da doğmayacaktır. O nedenle ihbar tazminatı isteminin reddi gerekir…" [5]

Dairenin önüne gelen bir başka olayda, davacı işçi belirli süreli iş akdinin haksız ve ihbarsız olarak feshedildiğini ileri sürerek bakiye süre ücret alacağı, yıllık izin ücreti, ikramiye ve yıllık şeker yardımı

[5] Yarg.9HD. 21.12.2017, 2015-18041/ 2017-22001

alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı işveren, davanın reddini talep etmiştir. Yerel mahkeme ise davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Daire ise şu değerlendirmeleri yapmıştır;

"…İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın koşullarının oluşup oluşmadığı ve indirim hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Cezai şart öğretide, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır[6]. Cezai şart Borçlar Kanunun 158 – 161 inci maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. İş hukuku açısından Borçlar Kanunun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte, Dairemizce bazı yönlerden İş hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş hukukunda 'İşçi Yararına Yorum İlkesi'nin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Hizmet sözleşmeleri açısından cezai şartla ilgili olarak 818 sayılı Yasada açık bir hüküm bulunmaz iken, Dairemizin uygulamasına paralel olarak; 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir." hükmünü getirmiştir. Bu itibarla hizmet sözleşmelerine işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersiz, işçi lehine konulan cezai şartlar ise geçerli kabul edilmelidir.

Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz.

İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir.

Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21'inci maddesinde, kesinleşen işe iade kararı üzerine işçinin başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatılmaması durumunda, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeneceği öngörülmüştür. Aynı maddenin son fıkrasında ise, sözü edilen düzenlemenin mutlak emredici olduğu ve sözleşmelerle hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla iş güvencesine tabi işçiler yönünden toplu iş sözleşmesinin iş güvencesi sağlayan hükümlerinin, Yasanın bu düzenlemesi karşılığında bir değeri kalmamıştır.

Borçlar Kanunu'nun 161 inci maddesine göre, taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir cezai şart hükmü, Borçlar Kanunun 325'inci maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır. Bu durum, konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezai şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezai şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir. İşçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezai şarttan başka, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanunu'nun 325 inci maddesine göre talep edilip edilemeyeceği sorununa değinmek gerekir ki, koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 158/II

[6] Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir.

Borçlar Kanunun 161/son maddesinde ise, fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek, işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelere göre oran kurularak indirime gidilmelidir.

Somut olayda, taraflar arasındaki iş akdi belirsiz süreli olup, bu olgu Mahkemenin de kabulündedir. Yukarıdaki Dairemiz ilkelerinde açıklandığı üzere, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Dosya içeriğindeki sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart süre koşuluna bağlı olup, sözleşmenin mahiyetinin belirli süreli olmadığı anlaşıldığından Mahkemece bu talebin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır…"[7]

Dairenin benzer konudaki bir başka kararındaki yaklaşımı da aynı olmuştur; "… Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Somut uyuşmazlıkta; sözleşmedeki cezai şart belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshine bağlanmıştır. Ancak davacı ile birden fazla sözleşme imzalandığı gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektirir objektif ve esaslı neden bulunmamaktadır. Bu nedenle cezai şart talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir…" [8]

Dairenin önüne gelen bir başka olayda davacı işçi, üst düzey çalışan olarak direktör sıfatıyla 2 yıllık belirli süreli iş akdiyle çalışmaya başlamıştır. Sözleşmesine göre 2. yılın dolmasıyla birlikte tarafların karşılıklı olarak anlaşması durumunda sözleşme takip eden 2 yıl süre için aynı koşullarda yenileceği belirtilmiştir. İşçi çalışmasının ikinci döneminde, ücretlerini alamadığı gerekçesiyle iş akdini haklı sebeple feshettiğini ileri sürerken, işveren, tarafların anlaşamaması sebebiyle sözleşme süresi sona eren davacı iş akdinin feshedildiğini iddia etmektedir. Bu koşullar altında olayı inceleyen yerel mahkeme kararında ve yüksek dairenin bozma gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir:

"… Mahkemece, taraflar arasında düzenlenen 23.05.2011 tarihli sözleşmenin 1.maddesinde sözleşmenin yürürlük tarihi 23.05.2011 olarak gösterilmiştir. Sözleşmede, sözleşmenin iki yıl süreli olduğu ve iki yılın dolması üzerine tarafların karşılıklı olarak anlaşması durumunda sözleşmenin takip eden iki yıl için aynı koşullarda yenileceğinin kararlaştırıldığı görülmüştür. Sözleşmenin 9. maddesinde sözleşmenin feshi halinde davacının rekabet etmeme yasağına uyması durumunda davalı işverenin, davacı çalışana, son net aylığının yarısını 6 ay boyunca her ay karşılamakla yükümlü olduğu karar altına alınmıştır. Sözleşmenin 12. maddesinde sözleşmenin haksız feshi hallerinde karşılıklı cezai şart öngörülmüştür. Dosya içerisinden davalı işverenin iş akdini 31.06.2013 tarihinde haksız nedenle feshettiği görülmüştür. Taraflar arasındaki sözleşme her ne kadar belirsiz süreli olarak düzenlenmiş ise de; davacının görevinin niteliği ile İş Kanunun 12. maddesi birlikte değerlendirildiğinde maddede belirlenen objektif koşullarının oluşmadığı kanaatine varılmış, iş akdi belirsiz süreli olarak kabul edilmiştir. Yine Borçlar kanununun 430. maddesinde belirtildiği üzere, belirli süreli iş akdi aksi kararlaştırılmamış ise fesih bildirimine gerek olmaksızın sürenin sonunda kendiliğinden sona ermekte olup, eğer fiili olarak devam ediyor ise belirsiz süreli akde dönüşmektedir. Bu nedenlerle iş akdi belirsiz süreli olarak kabul edilmiştir. İş akdinin belirsiz süreli kabul edilmesi nedeni ile davacı lehine bakiye süre ücret alacağına hükmedilmemiştir. İş akdi davalı işverence eylemli olarak haksız şekilde feshedildiğinden davacı lehine kıdem tazminatı ödenmesine karar verilmiştir… Davacı taraf cezai

[7] Yarg.9.HD. 19.12.2014, 34639/ 38879
[8] Yarg.9.HD. 4.4.2017, 3977/5968

şart talebinde bulunmuş ise de; iş akdi belirsiz süreli kabul edildiğinden cezai şart alacağı talebinin ve yine aynı nedenle sözleşmenin 9. maddesine göre belirlenen tazminat talebinin reddine karar verilmiştir… Mahkemece sözleşmenin yenilenmesi nedeniyle belirsiz süreli hale geldiği kabulü yerindedir. Mahkemece taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 9. maddesindeki rekabet etmeme maddesinde; davacının 6 ay sözleşmeye aykırı davranmaması veya davacının haksız feshi durumu haricinde**,** davacının almış olduğu son net aylık ücretin yarısını 6 ay boyunca hak edeceği maddesi ile sözleşmenin 12. maddesindeki karşılıklı cezai şart öngören tazminat hükmü; sözleşmenin belirli ve belirsiz süreli olmasına, türüne bağlı değildir. Sözleşmenin belirsiz süreli olması bu tazminat ve alacağın istenmesine engel değildir. Mahkemece bu yönde yapılan değerlendirme hatalıdır. İvazlı rekabet yasağında davacının rekabet yasağına uymadığı kanıtlanamadığından karşılığı ödenmesi gereken ivaz ile haksız feshe bağlı cezai şart tazminatı, TBK'nın 182. maddesi gereğince indirime tabi olup olmadığı değerlendirilmek suretiyle kabul edilmesi gerekir…"[9]

III. İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI

Daireler arasında yaşanan görüş farklılığı sonucunda olayı inceleyen Büyük Genel Kurul, ***belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" hükmünün, kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerli olduğu*** sonucuna varmıştır[10]. Söz konusu kararda yer verilen gerekçede özetle şu değerlendirmeler yer almaktadır;

"…İş sözleşmesini diğer sözleşme türlerinden ayıran en önemli özelliklerden birisi taraflar arasında kişisel ilişki kurmasıdır. Bu özelliği nedeniyle iş sözleşmesi taraflar arasında bozulmaması gereken bir güven ilişkisi yaratır. Bu nedenle işçi açısından sadakat ve itaat, işveren açısından da işçiyi gözetme ve eşit işlem yapma borcu mevcuttur[11]. Bütün sözleşmelerde tarafların, karşılıklı olarak borcun ifa edileceği inancıyla hareket etmeleri tabiidir. İş sözleşmelerinde ise, sözleşmenin kişisel ilişki oluşturan niteliği dolayısıyla gerek işçinin gerekse işverenin sözleşmenin ifa edileceğine, bir başka ifadeyle iş sözleşmesinin feshedilmeyeceğine dair güveninin korunması, taraflar açısından son derece önemlidir. Bu cümleden olarak iş sözleşmesinin tarafları, ihbar öneli tanınması suretiyle sözleşmeyi feshetme hakkının sınırlandırılması amacıyla, iş sözleşmesinde cezai şarta dair düzenlemelere yer vermektedirler.

Cezai şartın iki temel amacı mevcuttur. Birincisi, borçluyu ifaya zorlamak ve borcun ifasını güvence altına almaktır. İkincisi ise borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir[12].

İş hukukunda taraflarca iş sözleşmesinde cezai şarta ilişkin düzenlemelere yer verilmesinin asıl sebebi de, borcun ifasının garanti altına alınması, bir başka ifadeyle tarafları borcun zamanında ve gereği gibi ifasına zorlamaktır[13]. Cezai şart, aleyhine belirlenen kişi üzerinde borcu yerine getirme baskısı kurarak çoğu kez muhtemel zararın tazmininden ziyade ifaya zorlama amacıyla kullanılır[14].

İş hukukunda cezai şart, en yaygın şekilde belirli süreli iş sözleşmeleri ile asgari süreli sözleşmelerde öngörülmektedir. Asgari süreli sözleşmelerde, taraflarca belirlenen asgari süreden önce sözleşmenin taraflarca haksız şekilde feshedilmesini engellemek amaçlanmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde de, taraflarca sözleşmede öngörülen belirli süre tamamlanmadan, sözleşmenin taraflarca haksız şekilde feshedilmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Burada da

[9] Yarg.9.HD. 27.12.2017, 2015-17310/ 2017-22163
[10] Yarg.İBKK. 8.3.2019, 2017/10, 2019/1.
[11] Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2018, syf.240.
[12] Demircioğlu, A. Murat, İş Hukukunda Cezai Şart, Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, syf.160. Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul 2018, syf. 311
[13] Özdemir, Ercüment, İş Hukukunda Cezai Şart, AÜEHFD, C.IX, S.3-4, 2005, syf. 403
[14] Canbolat/ Erener, syf. 232

tarafların esas gayesi, sözleşmede öngörülen süre boyunca tarafların borcun ifasına dair güvenlerinin korunması, belirli süreden önce haksız şekilde sözleşmenin sona erdirilmesinin önüne geçilmesidir.

Bu noktada taraflarca belirli süreli olarak yapılmış, ancak objektif koşulları taşımadığı için belirsiz süreli kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" hükmünün geçerli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk İş Hukukunda, işçi açısından daha lehe olması dolayısıyla iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması asıldır. Bu anlamda belirli süreli iş sözleşmesi istisnai nitelikte bir sözleşme olduğundan ancak kanunda öngörülen ve yukarıda ayrıntılı olarak belirtilen koşulların mevcudiyeti durumunda akdedilebilir. Bununla birlikte taraflarca belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilse de, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için gereken objektif koşulların bulunmaması durumunda iş sözleşmesi belirsiz süreli olarak kabul edilecektir. Belirtmek gerekir ki, objektif koşulların mevcut olmaması durumunda iş sözleşmesinin belirsiz süreli kabul edilmesi, işçinin korunması gerekçesine dayanmaktadır.

Diğer taraftan, belirli süreli iş sözleşmesi objektif koşulları taşımadığı için belirsiz süreli kabul edilmekte ise de, bu durum sadece sözleşmenin niteliğine ilişkindir. Bu cümleden olarak sözleşme belirsiz süreli olarak kabul edilse de, bu durumun sözleşmede yer alan cezai şarta ilişkin düzenlemenin geçersizliğine sebebiyet verip vermeyeceği hususu ayrıca değerlendirilmelidir.

Türk Borçlar Hukukuna hâkim olan temel ilke, irade özerkliği ilkesidir. İrade özerkliği, hukuk düzeninin bireylere kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme hususunda tanınmış genel yetkidir. İrade özerkliğinin doğal sonucu ise "sözleşme özgürlüğü" ilkesidir[15].

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir." hükmüne yer verilmiştir.

6098 sayılı TBK'nın 26. maddesine göre de, "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.".

Sözleşme özgürlüğü, bireylerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisi olarak tanımlanmaktadır. Sözleşme özgürlüğü kavramı, çeşitli anlamlarda kullanılır. Bunlar, sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlükleridir[16].

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar, hukuka aykırı olmamak koşulu ile içerik, kapsam ve niteliğini serbest ve özgür bir şekilde belirleyecekleri şekilde sözleşme akdedebilirler. Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesi mutlak olmayıp, birtakım sınırlamalara tabidir. Nitekim 6098 sayılı TBK'nın 27. maddesinin birinci fıkrasına göre "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.".

Maddede hukuka aykırılık tanımlanmamış olup, hukuka aykırılığın yaptırımına yer verilmiştir. Bu yaptırım ise kesin hükümsüzlük, bir başka deyişle butlandır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları bu şekilde ortaya konulmuş olmakla birlikte, sözleşmede yer alan düzenlemelerden bir kısmının hükümsüz olması durumunda kanun koyucu farklı bir çözüm tarzı benimsemiştir. 6098 sayılı TBK'nın 27. maddesinin ikinci fıkrasına göre 'Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.'

[15] Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017 syf.16.
[16] Eren, syf. 316.

Buna göre, sakatlık, sözleşmenin sadece belirli bölümlerine ilişkin olup, bu bölümler olmaksızın da sözleşmenin yapılamayacağı kabul edilmedikçe, yalnız bu bölümler batıl olur. Butlan sebebi, sözleşmenin yalnız bir bölümünü batıl kılıyor, buna karşılık diğer bölümleri geçerliliğini koruyorsa, kısmi butlan söz konusu olur. Kısmi butlanda, sözleşme tümüyle geçersiz değil, aksine bazı bölümleri batıl, bazı bölümleri ise geçerlidir[17].

Burada kanun koyucu sözleşmeleri ayakta tutma ve geçerliliklerini koruma ilkesinden hareket ederek, sözleşmenin bir kısmının geçersiz sayılmasına ve diğer kısmının ise geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmasına olanak tanımıştır[18].

Açıklanan bu hususlara göre, işçi ve işveren tarafından iş sözleşmesinin belirli süreli olarak akdedilmesi ve sözleşmede 'süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart' düzenlemesinin öngörülmesi durumunda, objektif koşulları bulunmadığı için sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde kabul edilse de, burada 6098 sayılı TBK'nın 27. maddesinin ikinci fıkrası gereğince kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanarak taraf iradelerine üstünlük tanınmalı ve 'süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart' hükmünün, kararlaştırılan süre için geçerliliğini koruduğu kabul edilmelidir.

Nitekim burada, sözleşmede belirlenen süre için işçiye iş güvencesi sağlamaya, işverene de o süre içerisinde işçinin iş görme edimini garanti etmeye yönelen işçi ve işveren iradeleri söz konusudur. Taraflarca sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca sözleşmenin yalnızca haklı nedenle feshedilebileceği; haklı neden oluşturmayan diğer hâllerde sözleşmeye devam edilmesi kabul edilmiştir. Taraflar, bu hususstaki taahhütlerini yerine getirmek amacıyla sözleşmede baskı aracı niteliğinde olan cezai şarta ilişkin düzenlemeye yer vermişlerdir. Belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulları bulunmaması nedeniyle belirsiz süreli olarak nitelendirilmesi, tarafların cezai şarta ilişkin sözleşme iradelerinin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır.

Yapılan açıklamalar ışığında, işçi ve işverenin belirli süreli iş sözleşmesinde belirledikleri süre boyunca haklı neden olmaksızın sözleşmenin feshedilmemesini garanti altına almak amacıyla sözleşmede öngördükleri cezai şart hükmü, sözleşmenin, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulları taşımadığından belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlinde, kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerliliğini koruyacaktır.

Hâl böyle olunca ***belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" hükmünün, kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerli olduğu*** *sonucuna varılmıştır…"*

IV. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1- Yukarıda yer verilen dava konusu olaylarda uyuşmazlık cezai şarta hak kazanma konusundadır.

2- Dava konusu olayların bazılarında işçilerle belirli süreli, bazılarında ise belirsiz süreli iş sözleşmesi yapıldığı görülmektedir. Hatta bazılarında sözleşmeler asgari sürelidir.

Asgari süreli sözleşmelerde sözleşme esasen belirsiz sürelidir. Ancak içinde belirli bir süre fesih yasağı barındırır. O sebeple 9.Hukuk Dairesi, belirli süreli sözleşmelerde olduğu gibi asgari süreli sözleşmelerde de süreli bir dönem olduğunu ve bu dönem içinde feshi sınırlayacak bir cezai şartın belirlenebileceği görüşündedir. Dairenin yukarıda yer verilen kararına göre; "…

sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür**.** Belirsiz süreli bir iş sözleşmesinde asgari çalışma süresi kararlaştırıldığı durumlarda da asgari süreye riayeti sağlama amacına yönelik cezai şart kararlaştırılabilir. Dolayısıyla gerek belirli

[17] Eren, syf. 353.
[18] Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, syf. 100

gerekse asgari bir çalışma süresi öngören belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir…"

22.Hukuk Dairesinin konuya yaklaşımı da aynıdır. O da asgari süreli sözleşmelerde cezai şartı mümkün görmektedir. Dairenin yukarıda yer verilen kararına göre; "… taraflar arasında imzalanan sözleşme asgari süreli iş sözleşmesi olup, bu tür sözleşmelerde cezai şart düzenlemesine yer verilmesi mümkündür…"

3- Olayların tümünde işçi ya da işveren, diğer tarafça ihlal edilen cezai şartın gerektirdiği bedeli talep etmektedir.

4- 22. Hukuk Dairesi, belirli süreli yapılan iş sözleşmesinde yer alan ve sözleşmenin süresinden önce feshi halinde tahakkuk edecek cezai şart ilişkin değerlendirmelerinde, belirli süreli bir iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde, cezai şartın istenebileceğini belirmektedir. Hatta bu belirli süreli sözleşmenin, yasal koşulları taşımaması sebebiyle belirsize dönüşmesi halinde dahi cezai şartın istenebileceğini kabul etmektedir. Yani daireye göre "*süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart*", sözleşme belirli de olsa belirsize de dönüşse talep edilebilir.

Daireye göre; "…sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi, öngörülen cezai şartın geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır… Objektif şartların bulunmaması sadece tarafların belirli süreli sözleşme yapma haklarını ortadan kaldırır ve sözleşme belirsiz hale dönüşür. Sözleşmenin belirsiz süreli olması cezai şart kararlaştırılmasına engel değildir. Bu sebeple objektif şartların yokluğu nedeniyle belirsiz süreli sayılan sözleşmedeki cezai şartın geçersiz olduğunu kabul etmek mümkün değildir…"

5- 9.Hukuk Dairesi ise süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart**,** sözleşme belirli olduğunda uygulanabilir, ancak sözleşme belirsize dönüşürse talep edilemez anlayışına sahiptir.

Daireye göre; "…sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür…"

6- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu ise oy çokluğu ile de olsa, 22.Hukuk Dairesinin görüşünü isabetli bulmuştur.

İçtihadı Birleştirme Kararına göre; "…işçi ve işveren tarafından iş sözleşmesinin belirli süreli olarak akdedilmesi ve sözleşmede "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" düzenlemesinin öngörülmesi durumunda, objektif koşulları bulunmadığı için sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde kabul edilse de, burada 6098 sayılı TBK'nın 27. maddesinin ikinci fıkrası gereğince kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanarak taraf iradelerine üstünlük tanınmalı ve "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" hükmünün, kararlaştırılan süre için geçerliliğini koruduğu kabul edilmelidir**…"**

7- İçtihadı birleştirme kurulu kararına ekli karşı oy yazıları bulunmaktadır.

7.a- Bunlardan ilkinde yer verilen değerlendirmeler özetle şunlardır; "… *Belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi, iş güvencesinden yararlanamaz, sözleşmenin feshinde bildirim süresi tanınması gerekmez ve tarafların ihbar tazminatı talep hakları bulunmamaktadır. Sözleşmenin kendiliğinden sona ermesinde kıdem tazminatı talep hakkının bulunduğuna dair yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle süre bitiminde iş ilişkisi kendiliğinden sonlandığında kıdem tazminatı alamayacağı yönündeki görüş ve uygulamalar mevcuttur. Belirli süreli iş sözleşmesinde işçi aleyhine ve tek taraflı olmamak kaydıyla her iki taraf için de süreye bağlı cezai şart kararlaştırılabilir. Belirli sürenin süresinden önce feshinde, işçinin kalan süreye ait ücretlerini talep hakkı bulunmaktadır (6098 sayılı TBK. 438). Belirsiz süreli iş sözleşmesi ise İş Kanunu'nun 11. maddesinin ilk cümlesinde tanımlanmış ve "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır" şeklinde kurala yer verilerek, sözleşmenin süreye bağlı olmadığı açıklanmıştır. Yasal düzenlemeye göre belirsiz süreli sözleşmede sözleşmenin süresinden söz*

etmek mümkün olmadığından, süreye bağlı cezai şartın geçerliliğinin tartışılması dahi kanun hükmüne aykırıdır. Belirsiz süreli sözleşme işçi lehine olup, diğer bazı yasal koşulların varlığı halinde işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmaktadır. İş sözleşmesinin feshi yasal veya arttırılmış ihbar sürelerine tabidir ve buna uyulmaması halinde ihbar tazminatı talep hakkı vardır. Sözleşmenin süresinden söz edilemediğinden, iş ilişkisinin süresine bağlı sona ermeden söz edilemez ve buna bağlı kıdem tazminatına hak kazanamama sorunları ortaya çıkmamaktadır. Sözleşmenin süresi olmadığından sözleşmenin kalan süresine ait taleplerde bulunulamaz. Aynı nedenle, cezai şart kararlaştırılamaz. Görüldüğü üzere belirli süreli iş sözleşmesi ile belirsiz süreli iş sözleşmesinin sonuçları tamamen birbirinden farklı olup, objektif neden olmaksızın belirli süreli olarak yapılan sözleşme belirsiz süreli olarak değerlendirildiğinde, yukarıda belirtilen belirsiz süreye özgü sonuçların varlığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, sözleşme belirsiz süreli olduğundan; işçinin güvencesi hakkı devreye girer, ihbar öneli ve ihbar tazminatı yükümlülüğü vardır. Bakiye süre ücreti istenemez ve süreye bağlı cezai şart kararlaştırılamaz…"[19]

"…Asgari Süreli İş Sözleşmesi ise İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da, uygulamada varlığı kabul edilen istisnai sözleşmelerden biridir. Belirtilen sözleşme türünde taraflar belli bir süre iş sözleşmesini karşılıklı olarak fesih haklarını askıya almakta ve iş sözleşmesinin en az bir süreyle yürürlükte olacağı konusunda mutabık kalmaktadırlar. İstisnai sözleşme olması sebebiyle belirli süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi yazılı olarak yapılmalı ve sözleşme asgari süre konusunda tarafların ortak iradelerini yansıtmalıdır. Asgari süreli iş sözleşmesinin yasal koşullarının olmaması sebebiyle koşulları ve sonuçları konusunda öğreti ve uygulamada birlik bulunmamaktadır. Asgari süre içinde fesihlerde işçinin iş güvencesine tabi olup olmadığı, aynı süre içinde ihbar öneli tanınması gerekip gerekmediği ve buna bağlı olarak ihbar tazminatı hakkı olup olmadığı hususları tartışmalı durumdadır. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 13.02.2014 tarih ve 2013/3644 E, 2014/2146 Karar sayılı kararı ile 'asgari süre içinde işveren feshi halinde işçinin ihbar tazminatı hakkı doğmadığına' karar vermiştir. Asgari süre içinde fesihte kalan süreye ait ücretin istenip istenemeyeceği konusunda dahi tam bir uygulama birliği yoktur. Asgari süreli iş sözleşmeleri bakımından tartışmasız olan tek konu, asgari süre içindeki fesihlerde kalan süreye bağlı cezai şart kararlaştırılabileceği yönündedir. Şu hale göre belirsiz süreli iş sözleşmesi ile asgari süreli iş sözleşmesi koşuları ve sonuçları itibarıyla birbirinden tamamen farklı sözleşmelerdir. Asgari - belirsiz süreli bir iş sözleşmesi şeklinde bir sözleşme türü ise mevcut değildir. Asgari süreli sözleşme süresi sona erdiğinde ancak belirsiz süreli hale dönüşür ve asgari süre içinde kendine özgü koşulları haizdir. Bu itibarla objektif neden olmadığı halde belirli süreli yapılan ancak belirsiz süreli olduğu tartışmasız kabul edilen bir sözleşmenin asgari süreli olarak kabulü, irade teorisine tamamen aykırıdır. Uygulamada, belirli süreli olarak yapılan ancak objektif neden içermeyen sözleşmelerin hiçbirinde aradaki ilişkinin asgari süreli olduğu şeklinde bir ortak irade ortaya çıkmamaktadır. Aksine cezai şart talep eden taraf objektif nedenlerin varlığını ileri sürmekte ve sözleşmenin belirli süreli olduğuna dayanmaktadır. Cezai şart borçlusu olan diğer taraf ise sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu savunmaktadır. Görüldüğü üzere sözleşmede yazılı süre şartının geçerli olduğu ve ilk sözleşmedeki iradelerin asgari süreli sözleşme yapma yönünde olduğu yönünde taraf iradeleri oluşmamaktadır…"

"… Süre şartının geçersiz olduğu ve İş Kanunu'nun 11. maddesinin ilk cümlesi gereği belirsiz süreli sayılan sözleşmenin yargı kararıyla asgari süreli sözleşmeye tahvil edilmesi, normun koruma amacı düşünüldüğünde kanuni düzenlemelere aykırıdır. Konuyla ilgili öğreti görüşleri de birbirinden farklı olup, içtihatların birleştirilmesine dair raporda belirtildiği üzere açıkça sözleşmenin asgari süreli sayılacağı yönünde görüşlere rastlanmamıştır. Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku 16. Baskı eserinin 116. sayfasında, 22. Hukuk Dairesinin 29.11.2016 gün, 18939 E, 26066 K. sayılı kararına yer verilmiş ve karar isabetli bulunmuştur. Ancak karara konu uyuşmazlıkta, işçi cezai şart talebinde bulunmuş, işveren ise sözleşmenin objektif koşulları içermediği için belirsiz süreli olduğunu savunarak cezai şarttan kurtulmaya çalışmıştır. Adı geçen eserde, 'Anılan kararda da açıklandığı gibi bu durumda iş akti belirsiz kabul edilse de haklı neden

[19] Kısmi geçersizlik konusundaki değerlendirmeler için bkz. aşa.12.

olmaksızın iş aktini fesheden işverenden, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şart istenebilir' şeklinde açıklama bulunulmuştur. Aynı eserde, 'Kaldı ki, yine daha önce ayrıntılı olarak açıklandığı gibi İş Kanunu'nun 11. maddesindeki objektif koşullar oluşmadan belirli süreli iş akti kuran işverenin, bakiye süre ve cezai şart ödememek için sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırıdır' şeklinde görüşe yer verilmiştir. Yazar sözleşmenin asgari süreli olduğu yönünde yoruma gitmemiş; aksine, asgari süreli sözleşmede asgari süre içinde belirli süreli sözleşme ye dair hükümlerin uygulanacağını belirterek, asgari süreli sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeden farklı olduğu gerçeğini ortaya koymuştur…"[20]

"…1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde belirli süreli sözleşme yapmayı sınırlandıran yasal düzenleme olmadığı halde, Yargıtay bu konuda belli kriterler koymuş ve Yargıtay'ın belirlediği koşulları taşımayan ancak belirli süreli yapılan sözleşmeler de uygulama ve öğretinde belirsiz süreli sayılmıştır. Prof. Dr. Münir Ekonomi ise salt bu konuyu karar incelemesi olarak ele almış ve çalışmada, Alman ve İsviçre uygulamalarına da atıflar yapılmış ve o tarihte belirli süreli sözleşme yapılmasına dair Yargıtay'ın getirdiği sınırlandırmalara uyulmadığı taktirde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı ve 'artık akitte bir süreden ve buna uyulmaması halinde uygulanacak cezai şarttan söz edilemeyecek' olduğu belirtilmiştir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi uygulaması, objektif nedenin olmadığı hallerde süre şartı gerçekleşmediğinden cezai şartın geçerli olmadığı yönünde istikrar kazanmıştır. Kapatılan Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de 22. 12.2015 gün 2014/21228 E, 2015/26126 K. sayılı kararında yer aldığı gibi, 'Temininde Güçlük Tazminatı Sözleşmesi" imzalandığı, bu hali ile davacının yaptığı iş de dikkate alındığında taraflar arasındaki sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu, belirsiz süreli iş sözleşmesinde sözleşmenin süresinden önce feshine bağlanan cezai şartın geçersiz olduğu dikkate alındığında davacının cezai şart talebinin reddi yerine yanılgılı değerlendirme ile kabulü hatalı olmuştur' şeklinde görüşü ile aynı yöndeki uygulamayı sürdürmüştür. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise 2013 yılı sonlarından itibaren işverenin talep ettiği cezai şart yönünden geçerlidir şeklinde kararlar vermeye başlamış, o zamanki Daire Başkanı Sayın Remzi Balta 'iş sözleşmesi süre yönünden geçerli olmadığına göre, belirli süreye uyulması amacıyla öngörülmüş olan tazminat (cezai şart) koşulu da geçerli kabul edilemeyeceğinden, mahkemece cezai şart alacağına yönelik talebin reddine karar verilmesi' yönünde karşı oy yazıları yazmıştır (Yargıtay 22. HD. 17.06.2013 gün ve 2012/24251 E, 2013/14488 K). Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2013 yılından itibaren görüş değiştirmesinin, 2012 yılında yürürlüğe girmiş olan Türk Borçlar Kanunu ile getirilen düzenlemelerle ilgisi bulunmamaktadır. İşçi aleyhine ve taraflı cezai şartın geçersiz olduğu şeklindeki Yargıtay uygulaması, sözü edilen Kanun'un 420. maddesinde kanun hükmü halini almıştır. Yine Kanun'un 27/2. maddesi hükmü ile sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmının geçersiz diğer kısımlarının geçerli olduğuna dair kural, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi düzenlemesinin tekrarı mahiyetindedir. Kaldı ki, objektif neden olmaksızın belirli süreli olarak yapılan sözleşmenin belirsiz süreli sayılması konusunda içtihat farklılığı bulunmamakta olup, sözleşmenin süre şartı dışında geçerli olduğu tartışmasız kabul görmektedir. İçtihatları birleştirme kararına konu olayda temel tartışma, belirsiz süreli sayılan sözleşmede süre şartının halen cezai şart yönünden geçerli olmaya devam edip etmeyeceğidir. Diğer taraftan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi belirli süreli yapılıp da objektif nedenler bulunmadığı halde belirsiz süreli sayılan iş sözleşmesinde süreye bağlı cezai şart tazminatı gibi aynı sonuca bağlı ancak işverenin feshi halinde işçi tarafından istenebilen bakiye süre ücreti ile ilgili ise 2017 yılı sonunda doktrinin görüşüne uygun olarak görüş değişikliğine gitmiştir. Oysa uygulama birliği açısından bakiye süre ücreti tazminatı yönünden de geçerliliği de 2014 yılından itibaren işçi yönünden kabul edilmesi gerekirdi. Görüş değişikliğine gittiğinde de 2014 yılında işveren lehine uyguladığı cezai şart tazminatı gerekçesinden farklı bir gerekçeye yer vermiştir (Yargıtay 22. HD. 21.12.2017 gün ve 2015/20653 E, 2017/30350 Karar). Özel Daire bakiye süre ücretinde görüş değişiklinde "sözleşmenin belirli süreli olduğu kararlaştırıldığı halde işverence aksinin savunulmasının hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olacağı, kaldı ki davalı işverence iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğuna dair bir savunma yapılmadığı gibi işçiyi korumaya yönelik düzenlemenin işveren lehine değerlendirilemeyeceği" gerekçesine dayanmıştır. Bu

[20] Dürüstlük kuralı ihlaline ilişkin yaklaşıma ilişkin değerlendirmeler için bkz. aşa.11

gerekçeyi kabul ettiğiniz de ise işveren yönünden cezai şart tazminatının (11. madde işveren lehine yorumlanamayacağından) kabul edilmemesi gerekirdi.

Belirli süreli sözleşmenin işçi aleyhine sonuçlar doğurması sebebiyle belirli süreli sözleşme yapılması Kanunda bazı kriterlere bağlanmıştır. Normun amacı tamamen işçiyi korumaktır. Yasal koşullar bulunmadığı halde belirli süreli yapılan sözleşmenin belirsiz süreli sayılması de işçinin korunması anlamındadır. Kabul edilen içtihatları birleştirme kararında işçinin yararlandığı cezai şart taleplerine özgü bir değerlendirme yapılmadığından, kabule göre belirsiz süreli olarak değerlendirilen sözleşmelerde dahi işçinin cezai şart ödemesi gerektiği sonucuna varılabilecektir. İçtihatları birleştirme görüşmeleri sırasında, işçinin talep ettiği cezai şarttan daha düşük indirim yapıldığı ancak işverenin cezai şart alacaklısı olduğu hallerde daha yüksek oranda indirime gidildiği açıklanmış ise de, içtihatları birleştirme kuramının iyi niyetli uygulayıcılara göre oluşturulması mümkün olmaz. İşçinin korunmasını esas alan İş Kanunu'nun 11. maddesindeki düzenlemelerin, çoğunluk görüşüne göre işçinin aleyhine uygulandığı örneklere sıkça rastlanabilecek olup, salt indirim yönünden işçi ve işveren arasında farklı değerlendirme ile sorunun çözümü yerinde olmaz. Sözleşme belirsiz süreli sayıldığına göre süre şartı ortadan kalktığından aynı süreye bağlı cezai şartın da hüküm doğurmayacağı şeklindeki kabul kanuni düzenlemelere uygun olduğu gibi, uygulamadaki yorum farklılıklarını da ortadan kaldırılabilecektir. İşçiye verilen eğitim karşılığında işçinin belli bir süre çalışması, aksi halde işverene eğitim gideri ödemesi kararlaştırılmak istendiği taktirde, yazılı olarak yapılabilecek asgari süreli sözleşme ile yapılabileceği açıktır. Yine taraflar belli bir süre çalışma şartı getirmek ve bu süreden önce feshe bağlı cezai şart kararlaştırmak istediklerinde açıkça yazılı olarak yapılmak kaydıyla asgari süreli iş sözleşmesi yapabilirler. Bu konuda tarafların ortak çıkarlarını korumak için hukuki araçlar mümkündür. Ancak asgari süreli sözleşmenin yine tarafların açık ortak iradeleriyle tesisi gerekir. Belirsiz süreli sayıldığı tartışmasız olan bir sözleşmenin koşulları ve hükümleri tamamen farklı başka bir istisnai sözleşme olan asgari süreli sözleşmeye tahvili yasaya ve irade teorisine uygun değildir. Sözleşmenin, tarafların iradeleri hilafına asgari süreli olarak sayılması yoluna gidildiği ve süre şartının salt cezai yaptırım yönünden geçerli olduğu açıkça kabul edilmediği takdirde; başta iş güvencesi olmak üzere, ihbar tazminatı, bakiye süre ücreti ve hatta bazı durumlarda kıdem tazminatı haklarının varlığı noktalarında farklı görüşler ve uygulamalar ortaya çıkabilecektir. Açıklanan nedenlerle, objektif nedenler bulunmadığı halde belirli süreli olarak yapılan ancak belirsiz süreli sayılan sözleşmedeki süreye bağlı cezai şartın geçerli olduğu yönündeki İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararındaki Sayın çoğunluk görüşüne katılamıyoruz."[21]

7.b- Karar ekli diğer karşı oy yazısında ise özetle şu değerlendirmelere yer verilmiştir; "*…İçtihadı birleştirme görüşmeleri sırasında, süreye bağlı cezai şartın işçi veya işveren yönünden geçerli olup olmayacağının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, içtihadı birleştirme konusunun 'işçi yararına süreye bağlı cezai şartın geçerli olacağı' şeklinde değiştirilmesi yönündeki isteğimiz ayrıntılı görüşme yapılmadan oyçokluğu ile reddedilmiştir… Her iki Dairenin isabetle kabul ettiği gibi; 'Taraflar arasında sözleşme belirli süreli yapılmış ise de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca sözleşmenin belirli süreli olmasını gerektiren objektif koşullar bulunmadığından sözleşmenin başından itibaren belirsiz süreli olarak kabulü gerekecektir.' Sayın Prof Dr. Sarper Süzek'in görüşlerine göre; 'belirsiz süreli sözleşmelerde süreli fesih hakkını ortadan kaldırması nedeniyle geçerli sayılamaz. Buna karşılık belirsiz süreli iş akitlerinde süreli fesih hakkına dokunulmamak koşuluyla, işverenin haksız feshi halinde cezai şart ödeneceğinin kararlaştırılmasına hukuki bir engel olmamak gerekir. Çünkü bu durumda işveren süreli fesih hakkını kullanabilecek, diğer deyişle sözleşme özgürlüğünün ve fesih hakkının özüne dokunmamış olacaktır. İş Kanunu'nun 11. maddesindeki objektif koşullar bulunmadan belirli süreli iş akdi kuran işverenin, bakiye süre ücreti ve cezai şart ödememek için daha sonra sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Bu nedenle de bu durumda, işçi cezai şarta hak kazanmalıdır. Buna karşılık Sayın Doç. Dr. Gaye Baycık; 'İş Kanununun 11. maddesinin amacı, belirli süreli sözleşme akdedilmek suretiyle işçi haklarının zarar*

[21] Asgari süreli sözleşmeye ilişkin değerlendirmeler için bkz. aşa.13

görmesinin önlenmesi, dolayısıyla işçi menfaatlerinin korunmasıdır' ilkesini koyduktan sonra bu gerekçesine aykırı olarak, normun koruma amacı kapsamında olan işçinin, sözleşmenin belirsiz süreli olduğu yönündeki iddiası dikkate alınmalıdır. Ancak yukarıda da yer verildiği üzere, 5580 sayılı Kanun gereğince özel okul öğretmenleriyle belirli süreli iş sözleşmesi imzalanması yasal zorunluluktur. Bu halde sözleşmedeki cezai şart hükmü de geçerli kabul edilmeli ve işçinin çalışmadığı süreye karşılık gelen cezai şartı ödemesi gerektiğine hükmedilmelidir. Davacının devlet kurumuna tayini dolayısıyla iş sözleşmesini feshi, TBK 182/3 uyarınca cezai şarttan indirim sebebi olabilir' görüşündedir. Prof Dr. Sarper Süzek doğru olarak işverenin sonradan sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu" gerekçesine dayanmaktadır. Bir sözleşmenin iki tarafının birden dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğinden söz edilemez. Öteyandan Doç. Dr. Gaye Baycık'da doğru olarak; "İş Kanunu'nun 11. maddesinin amacı, belirli süreli sözleşme akdedilmek suretiyle işçi haklarının zarar görmesinin önlenmesi, dolayısıyla işçi menfaatlerinin korunmasıdır görüşündedir. İş sözleşmelerinin nasıl düzenlendiğine baktığımızda, işçi işverene başvurmakta ve işverenin ortaya koyduğu sözleşmeyi imzalayarak işe başlamaktadır. Ülke gerçeklerine göre hiçbir zaman işçi sözleşmeyi hazırlamamaktadır. İşveren yaptığı işin belirsiz süreli olduğunu öncelikle bilmek ve dürüstlük kurallarına göre sözleşmesini düzenlemek zorundadır. Böyle bir sözleşmeyi imzalayan işçi, her zaman belirsiz süreli hizmet sözleşmesine İş Kanunundaki koşullara göre son verebileceği gibi haklarını da isteyebilir. Zaten belirli iş sözleşmesi hiçbir zaman garson, bulaşıkçı, inşaat işçisi için imzalanmaz. Bu sözleşme, vasıflı işçiye dayatılır. Cezai şartın her iki tarafa uygulanması işçi aleyhine sonuç doğuracaktır. Ekonomik durumu güçlü olan işveren için ceza şart tutarı önemli sayılacak bir miktar sayılmayabilir. Ancak işten çıkmış bir işçi için çok ağır sonuç yaratabilir. Hâkimin cezai şarttan indirim yapması da bu durumu değiştirmez. Bu durumda, işverenin kendi imzalattığı bu sözleşmenin aksini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırıdır. Süreye bağlı cezai şartı ödemek zorundadır. İşçi açısından bakıldığından ise kanun koyucunun, işçi haklarının korunması için yer verdiği 11. maddeye rağmen işçinin cezai şartla sorumlu tutulması hak ve nefaset kurallarına uygun değildir. İşçi isterse belirli isterse belirsiz süreli iş akdine göre haklarını talep edebilir. Her iki Daire içtihadı da hatalıdır. Süreye bağla cezai şart işçiyi değil sadece işvereni bağlamalıdır. Bu yönüyle içtihadı birleştirme kararına katılamıyoruz."

8- Kanımızca belirli süreli bir iş sözleşmesine, sözleşmenin süresinden önce haksız feshi halinde karşı tarafa cezai şart ödeneceğine dair bir kayıt konulabilir. Bunun, tarafları sözleşmeyle bağlı kalmaya zorlayıcı bir amacı olduğu açıktır. Zira süreli sözleşmelerde tarafların, süre boyunca edimlerin karşılıklı olarak yerine getirilmesinden menfaatleri bulunmaktadır. Taraflar, belirlenen süre boyunca edimlerin yerine getirileceğine inanarak hareket ederler, 3.kişilere de bu inanca dayalı olarak taahhütlerde bulunurlar. O sebeple tarafların bu süreyi garantiye almak istemeleri son derece doğaldır. Cezai şart da, taraflara süre boyunca garanti sağlayana en bilinen araç durumundadır.

9- Belirsiz süreli sözleşmelerde ise taraflar, bu doğrultuda hareket etmezler. Tarafların sözleşme süresince duydukları en ciddi kaygı, ani bir fesihle karşılaşmaktır. Çünkü devamlılık arz eden bir iş ilişkisi aniden sonlandığında, işverenin iş süreci zarar görebilmekte, işçinin de ani işsizlik karşısında iş bulma süreci daha sancılı geçebilmektedir. O sebepledir ki yasa, bu feshi süreye bağlayarak, taraflara feshe yumuşak geçiş imkânı yaratmıştır. Böylelikle bu geçiş süreci (ihbar öneli) içinde işveren, ayrılmak isteyen işçinin yerine yenisi bulabilecek, işçi de bu süreçte yeni iş arama şansı edinecektir.

Hiç şüphesiz belirsiz süreli iş ilişkilerinde de yetişmesi gereken işler, tarihi belirli yükümlülükler vardır ancak bu durum hiçbir zaman belirli süreli işlerdeki kadar yaşamsal değildir. Zira belirli süreli işlerde iş ilişkisi, belirli süre içinde bitmesi gereken bir iş için kurulmaktadır. Dolayısıyla zaman baskısı çok daha yoğundur. O nedenle "*süreye bağlı cezai şart*" uygulaması da bu iş ilişkilerinde karşımıza çıkmaktadır. Geçen sürenin belirli süreli iş ilişkilerinde telafisi yoktur.

Belirsiz süreli iş ilişkilerinde işçinin gördüğü iş, ifasıyla tüm iş sözleşmesini sonlandıracak nitelikte olmadığından taraflar böyle bir kaygı taşımazlar. Nihayetinde belirsiz süreli iş ilişkilerinde işçinin zamanında bitirmesi gereken tek bir iş değil, zaman baskısı yaratsa da devamlılık arz eden, bir kez ifa edilmesiyle sona ermeyen bir iş süreci bulunmaktadır. Zaten bu iş ilişkileri, bir kez ifa edilmesiyle sona ermeyen bir iş süreci içerdikleri için belirli süreli yapılamamaktadır.

10- Konuya bu esaslardan yaklaşıldığında, belirli süreli sözleşmelerde süreye uyulmasını sağlamaya yönelik bir cezai şartın amaca hizmet edebilmesi mümkün olduğu halde, belirsiz süreli sözleşmelerde mümkün görünmemektedir. Zira belirsiz süreli sözleşmelerde süre, esaslı unsur değildir.

Nitekim İş Kanunu da bu sebeple, taraflara belirlenen ihbar sürelerine uymak koşuluyla, önceden karşı tarafa bilgi vererek sözleşmeyi feshetme imkânı sunmuştur. Bunun nisbi emredici karakterli bir norm olduğu düşünüldüğünde, sözleşmeyle işçi aleyhine sınırlandırılabilmesi de mümkün olamamalıdır.

Örneğin belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan bir işçiye, haklı bir neden olmadıkça 1 yıl boyunca sözleşmeyi feshedemeyeceğini, aksi halde cezai şart ödemek zorunda kalacağını kabul ettirmek, yasanın kendisine sunduğu süreli fesih hakkını sınırlandırmak anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle, işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün olmayan bir nisbi emredici normun, işçi aleyhine değiştirilmesi sayılır. Hukuk sistemimiz buna izin vermemektedir.

Bu sonucun, belirli süreli sözleşme olarak yapıldığı halde, objektif koşulları taşımadığı için belirsiz sayılan bir iş sözleşmesi için de geçerli olduğu açıktır. Zira bu sözleşmeye konu oluşturan iş ilişkisi de esasen belirsiz süreli iş ilişkisidir. Yani bu ilişkide de süre, esaslı unsur değildir. O sebeple de, 11.maddedeki objektif süre koşullarını içermediği için belirli süreli sayılmamıştır. Bu tür bir duruma farklı işlem yapılmasını gerekli kılan bir gerekçe yoktur.

11- Bununla birlikte uygulamada yargıya yansıyan olayların bazılarında, objektif süre koşullarını taşımadığı halde sözleşmeyi işçilik haklarını engellemek amacıyla belirli süreli yapmaya çalışan bazı işverenlerin olduğu görülmektedir. Bu tür olaylarda sözleşmeye eklenen cezai şartı geçersiz kılmak isteyen bu işverenlerin, kendi düzenledikleri sözleşmenin belirli süreli olmadığını ileri sürdükleri görülmektedir. İlk karşı oy gerekçesinde de dile getirildiği üzere öğretide *bunun dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu dile getirilmektedir*[22].

Hiç şüphesiz işverenlerin başvurduğu bu yöntem, kabul edilebilir değildir ve önüne geçilmelidir. Ancak bu mücadelede kullanılacak araç doğru seçilmeli ve yeni hukuki sorunlara yol açılmamalıdır. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, 22.Hukuk Dairesinin ileri sürdüğü ve içtihadı birleştirme kararına da geçen görüşün, bu mücadele için isabetli bir araç olmadığı kanısındayız. Zira objektif süre unsurlarını taşımayan bir belirli süreli sözleşmenin belirsiz süreli sayılması halinde, içerdiği cezai şartın da varlığını muhafaza edeceğini söylemek, yukarıda belirtmeye çalıştığımız temel anlayışa uygun değildir. Her şeyden önce, objektif süre unsurlarını taşımayan bir belirli süreli sözleşmenin belirsiz süreli sayılması, sürenin bu ilişkinin asli unsuru olmadığını gösterir. Bu da söz konusu sürenin korumaya değer bir menfaat olarak kabulünü engeller. O sebeple sözleşmenin belirsiz süreli sayılması halinde, esas unsur olmaktan çıkan süreyi koruyan bir cezai şartın varlığını sürdürmesini açıklayabilmek mümkün olmaz.

Bunun yanında kanımızca, ilk karşı oyda atıf yapılan ve konuya dürüstlük kuralına aykırılık bağlamında yaklaşan bilimsel değerlendirmede, içtihadı birleştirmeye konu olan tartışma değil, dürüstlüğe aykırı davranışa bağlanacak yaptırım irdelenmiştir. Söz konusu görüşte bir hakkın dürüstlüğe aykırı

[22] Bkz. yuk.7.a.

kullanılamayacağından hareketle, işverenin kendi düzenlediği belirli süreli sözleşmenin *cezai şart ödememek için* belirsiz süreli olduğunu iddia edemeyeceği, bu yolla cezai şarttan kurtulmak istemesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağına işaret edilmiştir. O sebeple bu yaklaşımın özünde, belirsiz süreli sözleşmelerde cezai şartı ayakta tutmaya çalışmaktan ziyade, dürüstlük kuralına aykırı davranışa yaptırım uygulamanın yattığı kanısındayız. Zira görüşe esas olan olayda işveren sözleşmeyi haksız feshetmiştir ve bundan doğan cezai şarttan kurtulmaya çalışmaktadır. O sebeple böyle bir durumda, işverenin söz konusu davranışından menfaat elde etmesinin önüne geçilmek istenmesi doğaldır. Fakat **bu noktada dürüstlük kuralı yerine hakkın kötüye kullanılmasından hareket edilebileceği kanısındayız**. Çünkü işveren, kendi düzenlediği belirli süreli sözleşmedeki koşulların eksikliğini ileri sürerek, işçinin cezai şartı almasını engellemeye çalışarak onu zarara uğratmaktadır. Yani bize göre sözleşme yapma hakkını kötüye kullanmaktadır[23]. Bu koşullar altında işverenin bu eylemini "hakkın kötüye kullanımı" olarak değerlendirilebilir[24]. Böylelikle hem belirsize dönüşen sözleşmedeki süreye bağlı cezai şartın ortadan kalkabilmesi sağlanır, hem iş akdini haksız fesheden işverenin objektif unsur eksikliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir, hem de işçi, işverenin bu eyleminden doğan zararının tazminini isteyebilir[25]. Dolayısıyla, (belirsize dönüşecek olsa da) belirli süreli sözleşmesi haksız feshedilen işçinin, süreye bağlı cezai şarttan yoksun bırakılmış olmasından kaynaklanan zararı, akdin ifa edilmemesinden doğan (müsbet) zarar kapsamında genel hükümlere göre tazmin edilir. Kaldı ki bu yaklaşım, söz konusu kötüye kullanımın hâkim tarafından re'sen dikkate alınmasını da sağlar[26].

12- Aynı şekilde, sorunu "kısmi geçersizlik" esaslarıyla çözebilmek de mümkün değildir. Zira sürenin olmadığı bir iş ilişkisinde, bu süreyi korumaya yönelik olarak getirilen bir cezai şart da olamaz. Ayrıca kısmi geçersizlik yaptırımının bu durumda uygulanabilmesi de mümkün değildir. Zira teknik olarak kısmi geçersizlik yaptırımının sunduğu hizmet bu değildir. Kısmi geçersizlik halinde dahi geçerliliğini koruyan ve ayakta kalabilecek hükümler, sözleşme konusunun doğasına uygun olanlardır. Sözleşmenin niteliğine doğrudan etki eden ve eksikliği halinde sözleşmeyi geçersiz sayılan bir unsurun, kısmi geçersizlik halinde varlığını koruyabilmesi mümkün olmaz. Bu tür unsurların ayakta kalmak bir yana, geçersizlikten doğrudan etkilenen unsurlardır.

Objektif koşulları taşımadığı için belirsiz sayılan bir belirli süreli sözleşmedeki, süreye bağlı cezai şart, tam da bu nitelikteki hükümlerdendir. Sözleşmenin niteliğini belirsize dönüşürken, varlığını belirli süreli sözleşmenin süresine borçlu olan bir unsuru yakta tutabilmek mümkün olmasa gerekir.

13- Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar sırasında, belirsiz süreli iş ilişkilerinde işçinin zamanında bitirmesi gereken tek bir iş değil, zaman baskısı yaratsa da devamlılık arz eden, bir kez ifa edilmesiyle sona ermeyen

---

[23] Bu iki kavram Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde iki ayrı cümlede düzenlenmiştir; "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."

[24] Yüksek mahkemeye farklı bir konuda aynı anlayışı uygulamıştır. Buna göre, bir sözleşmenin taraflarından birinin o sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süre gelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyi niyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu husus yasal himayeden yoksun kalır. Bu durumlarda sözleşmenin geçersizliğine dayanılarak akdin icrasından kaçınılamaz… olayın özelliğine göre cebri tescil davası kabul edilmelidir…" (Yarg.HGK. 06.06.1979, 14/190-799)

[25] Hakkın kötüye kullanılmasından doğacak tazminat talebi ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, syf.416 vd.

[26] Yargıtaya göre; Medeni Kanunun 2. Maddesi… buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır…" (Yarg.HGK. 2010-11-333/406)

bir iş süreci bulunduğunu belirtmiştik. Bunun devamında da, belirsiz süreli iş ilişkilerinin, bir kez ifa edilmesiyle sona ermeyen bir iş süreci içerdikleri için belirli süreli yapılamayacağını dile getirmiştik. Esasen bu temel ilkenin bir istisnası bulunmaktadır ki o da asgari süreli sözleşmedir.

Niteliği itibarıyla belirsiz süreli iş ilişkilerinde uygulanan bu sözleşme tipinde taraflar, ilişkinin (asgari) bir döneminde fesih yasağı getirmektedir. Bu yapılar, "içinde fesih yasaklı bir dönemi barındıran belirsiz süreli iş sözleşmesi" olarak tanımlanabileceği gibi, "içinde belirli süreli iş sözleşmesi barındıran belirsiz süreli iş sözleşmesi" olarak da nitelendirilebilir.

Ancak konunun en önemli noktasını, asgari süreli sözleşme yapılabilmesinin tarafların bu yöndeki iradelerini gerektirmesi oluşturmaktadır. Yani bu sözleşme kendiliğinden oluşmayacağı gibi, taraf iradeleri olmadıkça bir sözleşme asgari süreli sözleşme olarak da nitelendirilemez. Dolayısıyla, objektif süre unsurlarını içermemesi sebebiyle belirsiz süreli sayılan bir sözleşmedeki süreye bağlı cezai şartı, süreyle sınırlı geçerli kılarak, bu sözleşmeye adeta bir asgari süreli sözleşme gibi değerlendirebilmek de mümkün değildir. Zira tarafların asgari süreli sözleşme yapmak gibi bir iradeleri yoktur.

Bunu, gerekli unsurları taşımadığı için belirli süreli sözleşmenin kendiliğinden belirsiz süreli sayılması ile karıştırmamak gerekir. Kanımızca, belirli süreli olarak yapılmak istenen iş sözleşmesinin, objektif koşullar bulunmaması sebebiyle belirsiz süreli sayılması, İş Kanunu'nun temel sözleşme türünün belirsiz süreli olmasından kaynaklanır. Belirsiz süreli sözleşmenin esas sözleşme modeli kabul edilmesinin temeli de, işçinin daha yararına olmasına dayanır. Ancak bu anlayış, bir sözleşmenin asgari süreli sözleşme olarak kabulü için geçerli olamaz. Zira asgari süreli sözleşme yasal bir temele sahip değildir ve hayata geçirilebilmesi tarafların açık iradesine bağlıdır. O sebeple objektif koşullar bulunmadığı halde belirli süreli yapılan bir iş sözleşmesi belirsiz süreli sayılabilirse de, açık bir irade tespit edilmeden asgari süreli sayılmamalıdır.

Kaldı ki bu anlayışı, cezai şartın varlığını muhafaza etmesini sağlamak için yapmak ikinci bir soruna daha yol açmaktadır. Çünkü tarafların hem asgari süreli sözleşme yapma iradesi yoktur, hem de belirsiz süreliye dönüşen sözleşmede önceki cezai şartı sürdürme iradesi yoktur. Yargı kararlarının, bu iradeleri tamamlayıcı bir işlev görmesi de mümkün değildir.

14- Yukarıda yer vermeye çalıştığım gerekçeler karşısında, içinde süreye bağlı bir cezai şart barındıran, ancak belirli süreli sözleşme sayılabilmesi için gerekli objektif koşulları taşımaması sebebiyle belirsiz sayılan bir iş sözleşmesindeki cezai şart düzenlemesinin, geçerliliğinin sürmemesi gerektiği kanısındayım.

Kaynakça

Aksoy, Pınar Çağlayan, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, syf.416 vd.
Canbolat, Talat/ Erener, Ebru, Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart, İş ve Hayat, 2017/5.
Demircioğlu, A. Murat, İş Hukukunda Cezai Şart, Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, syf.160.
Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul 2018, syf. 311
Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017 syf.16.
Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, syf. 100
Özdemir, Ercüment, İş Hukukunda Cezai Şart, AÜEHFD, C.IX, S.3-4, 2005, syf. 403
Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2018, syf.240.
Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DAVACININ TALEP SONUCUNA ISLAH İLE YENİ BİR TALEP EKLEMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLAMAYACAĞI MESELESİ

Doç. Dr. Leyla AKYOL ASLAN*

ÖZET

Hukukumuzsa "teksif ilkesi" HMK m. 141 hükmünde, iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı olarak somutlaşmıştır. HMK m. 141/1 hükmüne göre belli bir yargılama kesitinden sonra, tarafların iddia ve savunmalarını değiştirmeleri veya genişletmeleri yasaktır. Bu yasak ancak diğer tarafın açık rızası ya da ıslah ile aşılabilir (HMK m. 141/2). Yasağın istisnalarından olan ıslah kurumunun, katı teksif ilkesinin sakıncalarını yumuşatma amacına yönelik olduğu söylenebilir. Davacı, davalı açıkça rıza göstermediği takdirde, ancak ıslah yoluna başvurarak dava sebebini ve talep sonucunu değiştirebilir veya genişletebilir. Davacı, ıslahla talep sonucunu rakamsal olarak artırabileceği gibi, talep sonucunu değiştirebilir ya da mevcut talebin yanına başka talepler ilave ederek genişletebilir. Davacının ıslahla talep sonucunu değiştirerek, mevcut talebinin yerine tamamen farklı bir talep ileri sürebilmesi hususunda bir tereddüt yoktur. Ancak, talep sonucunda yapılacak değişikliğin, mevcut talebin yanına yeni bir talep ilave edilmek suretiyle yapılıp yapılamayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş, Yargıtay da bu konuda farklı kararlar vermiştir. Yargıtay bazı kararlarında ıslahla davaya yeni bir talep sonucu sokulabileceğine, diğer bazı kararlarında ise bunun mümkün olamayacağına hükmetmiştir. Doktrinde mevcut talebin yanına ıslahla yeni bir talebin eklenmesinin mümkün olduğunu savunanlar, buna gerekçe olarak ıslahın amacını, hak arama hürriyetini ve usul ekonomisi ilkesini göstermektedir. Buna karşılık ıslahla talep sonucuna yeni bir talebin eklenmesinin mümkün olamayacağını savunanlar ise buna gerekçe olarak, özellikle ıslahla davaya yeni bir talebin eklenmesinin ikinci bir dava açılması anlamına geleceğini, oysa ıslahın ancak açılmış bir davada yapılan usul işlemlerini düzeltmenin bir yolu olduğunu ve ıslahla dava yığılması yaratılamayacağını göstermektedirler. Kanaatimizce bu görüşlerden birini kabul edip diğerini tamamen dışlamak isabetli olmayacaktır. Zira HMK m. 176/1'e göre ıslahın konusu taraf usul işlemleridir. Bu nedenle ıslahın ancak davada yapılan usul işlemlerini düzeltmenin bir yolu olduğu, ıslahla yeni bir talebin ileri sürülemeyeceği savunulabilir. Ancak, ıslahla davada mevcut talebin yanına yeni bir talebin hiçbir surette eklenemeyeceğini kabul etmek de ıslah kurumunun amacı ve işleviyle bağdaşmayacaktır. Kanaatimizce, davadaki talebe tamamen yabancı olan, mevcut taleple dayandığı vakıalar itibariyle hiçbir bağlantısı bulunmayan yeni bir talebin, ıslahla yargılamaya sokulmasının mümkün olmaması gerekir. Buna karşılık, mevcut taleple arasında özellikle dava sebebi bakımından bir bağlantı bulunan ve birlikte ileri sürülmelerinin ve karara bağlanmalarının usul ekonomisine uygun olacağı düşünülen hallerde, yeni bir talebin ıslahla yargılamaya sokulabilmesi gerekir.

Anahtar kelimeler: Islah, Talep sonucu, Davayı değiştirme ve genişletme yasağı, Medeni usul hukuku.

THE ISSUE OF WHETHER IT IS POSSIBLE FOR THE PLAINTIFF TO ADD A NEW DEMAND TO THE CONCLUDED DEMANDS BY WAY OF AMENDMENT IN LIGHT OF THE COURT OF CASSATION DECISIONS

ABSTRACT

In our legal system, the "concentration principle" is concretized in art. 141 of CPL as the prohibition of amending or expanding the claims and defence. According to art. 141/1 of CPL, after a certain period of trial, the parties are prohibited from amending or expanding their claims and defences.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, lylakyol@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9245-5333.

This prohibition can only be overcome with the express consent of the other party or with amendment (art. 141/2 of CPL). It can be said that the amendment, which is one of the exceptions to the prohibition, aims to soften the drawbacks of a strict concentration principle. The plaintiff can only amend or expand the cause of action and the conclusion of the claims by resorting to amendment, unless the defendant expressly consents. The plaintiff can increase the conclusion of claims amount through amendment, change the conclusion of claims, or expand it by adding other claims to the existing ones. There is no hesitation in the plaintiff's ability to change the conclusion of claims through amendment and put forward a completely different claim than current one. However, different opinions have been put forward in the doctrine as to whether the amendment to be made as a result of the claims can be made by adding new claims alongside the existing ones, and the Court of Cassation has given different decisions on this issue. In some of its decisions, the Court of Cassation ruled that a new claim could be brought into the case with amendment, and in some other decisions it was ruled that this would not be possible. Those who argue in the doctrine that it is possible to add new claims to the existing claims through amendment, cite the purpose of amendment, the freedom to seek rights and the principle of procedural economy as justification. On the other hand, those who argue that it is not possible to add new claims to the conclusion of claims through amendment justify this by stating that adding a new claim to the case through amendment would mean starting a new action, whereas amendment is only a way of correcting the procedural acts in an already filed action and that an accumulation of actions cannot be created through amendment. In our opinion, it would not be appropriate to accept one of these views and completely exclude the other. Because, according to Art. 176/1 of CPL, the subject of amendment is the procedural acts of the parties. For this reason, it can be argued that amendment is only a way to correct the procedural acts taken in the case, and that a new claim cannot be put forward through amendment. However, accepting that a new claim cannot be added to the existing claims in the action through amendment under any circumstances would be incompatible with the purpose and function of the amendment institution. In our opinion, it should not be possible to bring a new claim which is completely foreign to the claims in the case and has no connection with the current claims in terms of the facts on which it is based, into the trial with amendment. On the other hand, in cases where there is a connection with the existing claims, especially in terms of the cause of action, and it is thought that their joint submission and decision would be in accordance with procedural economy, a new claim should be able to be brought to the trial with amendment.

Keywords: Amendment, Conclusion of claims, Prohibition of amending and expanding the action, Civil procedure law.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, medeni usul hukuku sistemimizde "teksif ilkesi" geçerlidir. Her ne kadar teksif ilkesi HMK'nda açıkça düzenlenmemiş ise de m. 141 hükmünde yer alan iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı bağlamında hukukumuzda da geçerli bir ilke olarak yerini almıştır. HMK'na göre hem yazılı hem de basit yargılama usulünde, belirli bir yargılama kesitinden sonra iddia ve savunmayı değiştirmek ve genişletmek yasaktır. Yasağın işlerlik kazandığı hallerde, onu aşmanın yolu, karşı tarafın açık rızasının bulunmadığı hallerde, ıslah yoluna başvurmaktır. Dolayısıyla, ıslah kurumu, iddia ve savunmayı değiştirme ve genişletme yasağı bulunan hukukumuzda, bu açıdan önemli bir işlevi yerine getirmekte, teksif ilkesini adeta yumuşatan önemli bir enstrüman konumunda bulunmaktadır. Bu bağlamda, ıslahla dava sebebinin ve dava konusunun (talep sonucunun) değiştirilmesi ve genişletilmesi mümkün olmaktadır. Ancak özellikle ıslahla talep sonucunun genişletilmesi bağlamında, bu genişletmenin aynı talebin sadece rakamsal olarak artırılması ile mi sınırlı olacağı, yoksa mevcut talebin yanına başka bir talebin de eklenip eklenemeyeceği noktasında uygulamada bazı sorunlar bulunmaktadır. Islahla aynı talebin rakamsal olarak artırılmasında bir tereddüt bulunmamakla birlikte, yeni bir talebin mevcut talep

yanına eklenip eklenemeyeceği konusu tartışmalıdır. İşte bizim buradaki inceleme konumuzu da ıslahla davaya yeni bir talep eklenip eklenemeyeceği meselesi teşkil edecektir. Bu konuda doktrindeki hâkim görüş ile Yargıtay uygulaması örtüşmemektedir. Özellikle Yargıtay son tarihli içtihatlarında yeni bir talebin ıslahla davaya dâhil edilemeyeceğine karar vermektedir. Katı sayılabilecek bir teksif ilkesinin geçerli olduğu medeni usul hukuku sistemimizde Yargıtay'ın bu uygulaması büyük önem taşımaktadır. Çünkü, Yargıtay uygulaması kabul edildiğinde, davacı yeni talebi için ayrı bir dava açmak zorunda kalmakta ve iki talep arasında bağlantı varsa davaların birleştirilmesini talep etmektedir. Yargıtay, talepler arasında bir bağlantı olması, özellikle taleplerin aynı vakıadan kaynaklanması halinde dahi yeni talebin ıslahla davaya dâhil edilemeyeceğini kabul etmektedir. Bu uygulamanın, ıslah kurumu ve bazı yargılama hukuku ilkeleri bakımından (özellikle usul ekonomisi ilkesi bakımından) yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. İşte incelememizin konusunu, ıslah yoluyla davaya yeni talep eklenip eklenemeyeceği ve böylece davayı genişletme yasağının aşılıp aşılamayacağı teşkil edecektir.

I. DOKTRİNİN KONUYA YAKLAŞIMI

Doktrinde genel eğilim, ıslahla davaya yeni bir talep eklenebileceği şeklindedir. Bir başka ifadeyle doktrine göre, tıpkı mevcut talebin artırılmasında olduğu gibi, mevcut talebin yanına yeni bir talep eklenmesi, kısmi ıslahla mümkündür[1]. Öncelikle kanunda, mevcut talep yanına ıslahla yeni bir talep eklenemeyeceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Özellikle davaların birleştirilmesi veya davaların yığılması şeklinde birden fazla dava veya talebin ileri sürülmesinin ve yargılamasının yapılmasının mümkün olduğu hallerde, ıslah yoluyla yeni bir talebin de yargılamaya dâhil edilmesi kabul edilmelidir. Genel ve özel dava şartlarına bir aykırılık yoksa ve yeni talep bakımından hak düşürücü bir süre söz konusu değilse, ıslahla yeni talep davaya eklenebilmelidir[2]. Nasıl ki başlangıçta dava dilekçesi ile dava yığılması yaratılabiliyorsa, ıslahla dava yığılması yaratılmasına da bir engel olmaması gerekir. Bunun için davaların yığılması şartlarının gerçekleşmiş olması yeterli olmalıdır[3]. Ayrıca, ıslahla davaya yeni talep eklenemeyeceği görüşü, ıslahın usuli hakkaniyeti gerçekleştirme amacına, yargılamanın adaletli karar

[1] Bkz. Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 380; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, C. 1-2, İstanbul, 2000, s. 557; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir-Demir Yayıncılık, C. IV, İstanbul, 2001, s. 4015; Kuru, Baki, Aydın, Burak, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Yetkin Yayınları, C.2, B. 2, İstanbul, 2021, s. 1208; Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, B. 2, Ankara, 2014, s. 513-514; Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema, Hanağası, Emel, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, B. 8, Ankara, 2022, s. 594; Yılmaz, Ejder, Islah, Yetkin Yayınları, B. 5, Ankara, 2021, s. 296 vd.; Yılmaz, Ejder, Islahla Davaya Yeni Talep Eklenebilmesi Olanağı, Prof. Dr. Selçuk Öztek'e Armağan, Filiz Kitabevi, C. IV, Ankara, 2022, s. 2909-2947, s. 2920 vd.; Pekcanıtez, Hakan, Atalay, Oğuz, Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, B. 8, İstanbul, 2020, s. 312; Özekes, Muhammet, Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, B. 15, C. 2, İstanbul, 2017, s. 1507; Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, C. 1, B. 2, Ankara, 2018, s. 748; Karslı, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınları, B. 4, İstanbul, 2014, s. 621; Özekes, Muhammet, Bulut, Uğur, "Kısmî ve Belirsiz Alacak Taleplerinde Islah Sorunu (Bir HGK Kararı Işığında İnceleme)", MİHDER, 2017/3, s. 635-718, s. 698; Budak, Ali Cem, Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Filiz Kitabevi, Ankara, 2017, s. 188; Akkaya, Tolga, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 434-435; Tutumlu, Mehmet Akif, Medeni Usul Hukukunda Islah, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 122; Ercan Özler, Meltem, Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 450; Bulut, Uğur, Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması, Adalet Yayınları, Ankara, 2017, s. 86 vd.; Tutumlu, Mehmet Akif, "Dava Dilekçesinde Yer Almayan Bir Talep Islahla Dava Konusu Yapılabilir mi?", Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 68, 2012, s. 79-83, s. 82 vd.; Tutumlu, Mehmet Akif, "Islahla Manevi Tazminat Talep Edilebilir mi?", Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 87, 2013, s. 86-89, s. 89; Aksoy, Elif, "Objektif Dava Birleşmesi", TBBD, 2015/117, s. 201-232, s. 217-218; Küçük, Alper Tunga, "Medenî Usûl Hukukunda Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi Veya Değiştirmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2021/18, s. 213-252, s. 230.

[2] Özekes, Pekcanıtez Usul, s. 1507-1508.

[3] Bulut, s. 86 vd.

verme amacına ve usul ekonomisi ilkesine aykırı olacaktır.[4] Bu nedenlerle Yargıtay'ın ıslahla davaya yeni talep eklenemeyeceğine ve bu yolla dava yığılması yaratılamayacağına yönelik görüşü terk edilmelidir[5].

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ise, ıslahla davaya yeni bir talebin eklenebilmesi ancak, dava konusu taleple yeni talep arasında bir bağlantı olması halinde mümkün olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, ancak dava konusu talep ile davaya sokulmak istenen yeni talep aynı hayat olayından (aynı vakıalardan) kaynaklanmakta ise ıslahla yargılamaya getirilebileceği kabul edilebilir. Aksine bir düşünce usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmayacaktır[6].

Doktrinde azınlıkta kalan bir görüş[7] ise, ıslahla davaya yeni bir talep eklenmesinin mümkün olamayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, ıslahla davaya yeni talep eklendiğinde mahkemenin tıpkı dava yığılması ve davaların birleştirilmesinde olduğu gibi her talep hakkında ayrı ayrı karar vermesi gerekir. Islahla davaya yeni talep eklenmesi HMK'nun ratio legisi ile bağdaşmaz. Çünkü ayrı davaların konusu olabilecek hususlar, bu yolla tek dava içerisinde ve sonradan ileri sürülmesi kaydıyla davaya eklenmiş olacaktır. Bu yöntem HMK'nda düzenlenen genel olarak dava sistemine aykırıdır. Kaldı ki ıslah davada yapılan usul işlemlerini düzletmenin bir yoludur. Hiç ileri sürülmemiş bir talebin ıslahı da söz konusu olamaz[8]. Bu nedenlerle, derdest dava ile ilgisi olmayan talepler ıslah ile dava konusu yapılamaz[9].

II. YARGITAY'IN KONUYA YAKLAŞIMI

Islahla mevcut talebin yanına yeni bir talep eklenip eklenemeyeceği hususunda Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır[10]. Yargıtay önceki tarihli kararlarında, ıslahla davaya yeni bir talep eklenebileceğini genellikle kabul etmişken[11], güncel uygulamasında, bunun ıslahla mümkün olamayacağı

---

[4] Bu görüşün ayrıntılı gerekçeleri için bkz. Yılmaz, Yeni Talep, s. 2920 vd.; Yılmaz, Islah, s. 296 vd.; Bulut, s. 94 vd.

[5] Bulut, s. 96.

[66] Meriç, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 139.

[7] Deynekli, Adnan, Medeni Usul Hukukunda Islah, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 56; Türkmen Ali, Özel Hukuk Muhakeme Usulü, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 447; Eroğlu, O, Islah, B.3, Ankara, 2020, s. 150-151.

[8] Deynekli, s. 56.

[9] Bu görüş için bkz. Eroğlu, s. 150-151. Ancak Yazar eserinin 138'nci sayfasında Yargıtay'ın ıslahla dava konusuna yeni bir talep eklenemeyeceğine ilişkin uygulamasını eleştirmekte, usul ekonomisi gereğince bunun mümkün olması gerektiğini ileri sürmektedir.

[10] Yargıtay'ın her iki yöndeki uygulamasına örnek teşkil eden kararları hakkında bkz. Yılmaz, Islah, s. 243 vd.

[11] Örneğin, "…Mahkemece yapılan keşiften sonra, Orman Yönetimi tarafından dava ıslah edilerek keşif sonucunda kesinleşen orman kadastro sınırları içinde kaldığı belirlenen kesimde davalılara ait evler ve meyve ağaçlarının bulunduğu anlaşıldığından bunları kal'i istenmiştir. Mahkeme 08.03.2005 tarihli oturumda "dosya kapsamı, davanın mahiyetine göre" bu istemi reddetmiştir. H.Y.U.Y.'nın 87/son maddesinde yeralan "müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez" hükmü Anayasa Mahkemesinin 20.07.1999 tarih 1999/1-33 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve 04.11.2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Davacı taraf ise, 19.07.2004 tarihli dilekçesi ile ıslah talebinde bulunmuştur. Bu durum karşısında davacının, dava devam ederken müddeabihin ıslah suretiyle artırılmasını isteyebileceğinin kabulü gerekmektedir. Zira, davaların en az giderle ve hızlı biçimde sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla kişileri ikinci bir dava açmaya zorlamamak ve hak arama özgürlüğünü sınırlandırmamak için ıslah yolu ile müddeabihin artırılmasına olanak tanımak Anayasaya uygun yorumun bir gereğidir. O halde, mahkemece yapılacak iş; ıslah isteminin kabulü ile kal istemi hakkında olumlu-olumsuz bir hüküm kurmaktan ibarettir…". 20. HD, 13.9.2005, 7042/10446 (www.corpus.com.tr, E.T: 14.7.2023), "… Dava tenkis olarak açılmıştır. Davacı vekili 12.03.2003 tarihli dava dilekçesinde tenkis talebine muvazaalı kazanımların iptali isteğini de, ilave ederek davasını ıslah etmiştir. Islah tek taraflı irade beyanıdır. Karşı tarafın muvafakatına bağlı değildir. (HUMK. md. 87) Anayasa Mahkemesinin 20.07.1999 gün ve 1/33 sayılı iptal kararı ile ıslahla müddeabihin artırılması olanaklı hale gelmiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında mahkemece tenkis hakkında karar verildiği halde muvazaa nedeniyle tapu iptali ve tescil istemi konusunda olumlu ve olumsuz bir karar verilmemesi usul ve yasaya aykırıdır…". 2. HD, 22.6.2004, 4944/8237 (www.corpus.com.tr, E.T: 17.7.2023). Aynı yönde, 9. HD, 17.07.2007, 19071/24482; 2. HD, 22.06.2004, 494478237 (www.corpus.com.tr).

yönünde kararlar vermektedir[12]. Bir başka ifadeyle, Yargıtay son kararlarında istikrarlı bir şekilde, ıslahla, dava konusuna yeni bir talep eklenemeyeceğini kabul etmektedir.

Yargıtay'ın bu konudaki temel gerekçeleri şöyledir: Yargıtay ıslahla davaya yeni bir talep eklenemeyeceğine karar verirken, genellikle ıslahın niteliğinden hareket etmiştir. Yargıtay'a göre, ıslah ancak dava konusu yapılmış bir talep hakkında mümkündür. Bu bağlamda kısmi dava açılan hallerde, dava konusu yapılmayan kısım ıslahla artırılabilir. Bu halde kısmi ıslah yoluna başvurulduğunda, dava konusu yapılan talebe ilişkin bir işlem yapılması söz konusu olur. Ancak ilk dava dilekçesine konu yapılmamış bir talebin ıslahla davaya eklenmesi ve talep konusu yapılması mümkün değildir[13]. Bu şekilde bir talep ancak ayrı bir davanın konusu olabilir. Ayrı bir dava konusu olabilecek talep ise ıslahla yargılamaya sokulamaz. Yine Yargıtay'a göre, ıslahın yapılabilmesi için belli bir talep hakkında usulüne uygun olarak açılmış bir davanın bulunması gerekir. Diğer bir deyişle ıslah ancak açılmış bir davada taraflarca usule ilişkin işlemlere yönelik olarak yapılabilir. Belli bir talep hakkında açılmış ve yargılaması devam eden bir dava içinde ikinci bir davanın açılması olanaklı değildir. Davacı bu halde ancak isterse, tam ıslah yoluna başvurarak talebini tamamen değiştirmek yoluna gidebilir. Bu halde, yeni talep eski talebin yerine geçer ve yine tek bir talep ve dava söz konusu olur. Özetle Yargıtay'a göre ıslah ile dava konusu talep tamamen değiştirilebilir ve

[12] Örneğin, "… *Kısmi davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuş olan davacı, dilerse ek dava açmak yerine, saklı tuttuğu alacak bölümü için o dava içerisinde ıslah yoluyla talepte bulunabilir. Ancak, bir dava konusu bizatihi kendisi davayı oluşturuyor ise, burada kısmi dava bulunmadığından ıslah edilecek bir dava da bulunmamaktadır. Bu durumda dava konusu edilmeyen taşınmazlar, dava konusu edilen taşınmaza nazaran ayrı birer müddeabih olduklarından ıslah konusu olamazlar…"* HGK, 29.6.2011, 1-364/453 (www.corpus.com.tr, E. T: 14.7.2023); "… Yargılama sırasında davacı dava dilekçesini ıslah ile dava dilekçesinde yer almayan manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Mahkemece, manevi tazminata ilişkin açılmış bir dava olmadığı halde, ıslah dilekçesi ile manevi tazminat istemi dikkate alınarak, manevi tazminatın kısmen kabulüne karar verilmesi yanlıştır. HUMK.nun 83. ve devam maddelerinde düzenlenmiş olan ıslah müessesesi, mahkemeye yöneltilmesi gereken tek taraflı ve açık bir irade beyanı ile tarafların dilekçelerinde belirttikleri vakıaları, dava konusunu veya istem sonucunun değiştirebilmesi imkânı sağlamaktadır. Usule ilişkin işlemlerin tamamen ya da kısmen ıslahı mümkündür. Ancak, her iki durumda da usulüne uygun açılmış bir davanın bulunması şarttır. Başka bir anlatımla ıslah, açılmış bir davada taraflarca yapılmış usule ilişkin işlemlere yönelik olarak yapılmalıdır. Bu bağlamda, yargılaması devam eden bir dava içinde ıslah ile ikinci bir davanın açılması olanağı bulunmamaktadır. Davacı isterse dava dilekçesini tamamen ıslah ederek dava konusunu değiştirebilirse de, yeni dava konusu önceki dava konusunun yerine geçer ve yine tek bir dava söz konusu olur. Öte yandan harca tabi davalarda her dava açılırken davalıdan başvurma harcı ile nispi harca tabi davalarda nispi karar ve ilam harcının dörtte biri peşin olarak alınır. Gerekli harçlar alındıktan sonra dava dilekçesi esas defterin kaydedilir ve dava, dava dilekçesinin esas defterine kayıt edildiği tarihte açılmış sayılır. İnceleme konusu olan bu olayda manevi tazminata ilişkin dilekçenin nispi harç yatırılmak suretiyle mahkemeye verildiği ve ancak başvuru harcının yatırılmadığı anlaşılmaktadır. Dilekçenin bu haliyle bir ek dava dilekçesi olarak kabulü dahi mümkün değildir. Islahta dava konusu olmayan bir istemin dava kapsamına alınması mümkün değildir. Bu nedenle "davacının ayrıca dava açma hakkı saklı kalmak üzere manevi tazminata ilişkin ıslah isteminin reddine" şeklinde karar verilmesi gerekirken "davacının manevi tazminat talebinin kısmen kabulü ile 25.000 YTL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine" şeklinde hüküm kurularak söz konusu ıslaha değer verilmesi doğru bulunmamıştır". 21. HD, 26.2.2007, 13566/2765 (www.corpus.com.tr, E. T: 14.7.2023).

[13] "Uyuşmazlık; elatmanın önlenmesi ve kâl talebine ilişkin eldeki davada, yıkımına karar verilen taşkın kısmın 2340 ada 1 parsel sayılı taşınmazda bulunan ana yapıya ait olduğu, anılan taşınmazın dava dışı İ.H. A. ve A.C.'in mülkiyetinde olduğu anlaşılmakla, tapu kayıt maliklerinin davada taraf olarak yer almasının sağlanması açısından dava açılarak eldeki dava ile birleştirilmesinin gerekip gerekmeği noktasında toplanmaktadır. Elatmanın önlenmesi ve kal talebine dayalı eldeki davada, dava konusu edilmeyen taşınmazın hukuken; dava konusu edilen taşınmaza nazaran ayrı bir müddeabih olduğu, bu nedenle de ıslahın konusu olamayacağı, başka bir anlatımla eldeki davada başlangıçta dava edilmeyip, ıslahla davaya katılmak istenen parselin ayrı bir müddeabih olmakla ayrı bir davanın konusunu teşkil edeceği kanaatine varılmıştır. Oluşan bu durum karşısında mahkemece ilkeler göz ardı edilerek, davacı vekilinin 14.11.2012 havale tarihli dilekçesindeki istemin hukuken "ıslah" olarak kabulüne olanak bulunmadığı ve ayrı bir dava olarak da nitelendirilemeyeceği hâlde, dava konusu olmayan 1119 ada 84 parsel sayılı taşınmaz hakkında hüküm kurulması doğru değildir". HKG, 1.7.2021, 14-2815/888 (www.corpus.com.tr, E. T: 14.7.2023).

artırılabilir ise de mevcut talebin de muhafaza edilmesi suretiyle dava konusunun çeşitlendirilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle ıslahla dava yığılması yaratılamaz[14].

III. DEĞERLENDİRME

Gerek doktrinde ileri sürülen görüşlerin gerekse Yargıtay uygulamasının, aşağıda belirtilen noktalardan hareket edilerek değerlendirilmesi mümkündür.

A. Islah Kurumunun Niteliği Bakımından Değerlendirme

Bilindiği üzere ıslah, taraflardan her birinin davada yapmış olduğu usul işlemlerinin düzeltilmesine olanak sağlayan bir kurumdur. Doktrinde ıslah "karşı tarafın iznine veya yargıcın onamına bağlı olmaksızın, bir tarafın (iddianın ve savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi yasağı kapsamındaki) usule ilişkin olarak yaptığı işlemleri, gerekli giderleri vermek koşuluyla, yasada belirtilen süre içerisinde yöntemine uygun olarak tamamen veya kısmen düzeltilmesini sağlayan hukuksal bir çaredir" şeklinde tanımlanmaktadır[15]. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, ıslah, tarafların yapmış olduğu usul işlemlerini düzeltmesine olanak sağlayan bir kurumdur. Esasen HMK 176/1 hükmüne göre "*Taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir".* O halde ıslahın konusunu[16], tek taraflı usul işlemleri teşkil etmekte ve taraf ıslah yoluna başvurmakla söz konusu usul işlemi hakkında bir düzeltme ya da değişiklik yapmaktadır.

Islah kurumu, HMK m. 176 vd. da düzenlenmekle ve konusunun da taraf usul işlemleri olduğu belirtilmekle birlikte, HMK, ıslaha ilişkin hükümler (düzenlemeler) dışında bu kuruma sadece m. 141'de, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı bağlamında yer vermiştir. Esasen ıslah hukukumuzda da geçerli olan teksif ilkesini ve bu bağlamda iddia ve savunmayı değiştirme yasağını yumuşatmanın ve aşmanın bir yolu konumundadır. Dolayısıyla ıslahın konusunun, yanlış ya da hatalı yapılmış bütün usul işlemlerinin teşkil edebileceğini kabul etmek isabetli olmayacaktır. Esasen ıslah, iddia ve savunmayı değiştirmenin yasak olduğu hallerde bu yasağı aşmanın bir yolu olarak kabul edilmeli, deyiş yerindeyse, "her derde deva bir kurum" olarak kabul edilmemelidir[17]. Dolayısıyla ıslah iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının bir istisnası olarak kabul edildiğinde, her türlü taraf usul işleminin değil, ancak yasağın kapsamına giren usul işlemlerinin ıslaha konu olabileceği ifade edilebilir[18].

Davacının, dava sebebi ile talep sonucunu değiştirmesi ya da genişletmesi, iddiayı değiştirmek anlamına gelmekte olup, yasakla karşılaşacaktır. Davalının açıkça rıza göstermediği hallerde davacı bu yasağı ıslah yoluna başvurmak suretiyle aşabilecektir. Kanaatimizce, ıslah yoluyla talebin değiştirilmesi ya da genişletilmesinde, ilk talebe yönelik bir işlem yapılmaktadır. Zira hu hallerde ya mevcut talebin yerine başka bir talep yargılamaya sokulmakta ya da mevcut talebin miktarı artırılmaktadır. İşte tam da bu noktada irdelenmesi gereken mesele, mevcut talebin muhafaza edilerek onun yanına ilave bir talep

---

[14] "… Davacı kadın, dava dilekçesi ile boşanma ve fer'ileri yanında, 14 adet bilezik ve 1 adet set olmak üzere ziynet eşyalarının aynen iadesini, aynen iade mümkün olmazsa bedeli olan 10.000.-TL'nin tahsiline karar verilmesini talep etmiş; bu konudaki talebini altınların sayı ve niteliği itibariyle sınırlandırmıştır. Davacı, ziynet eşyalarına yönelik talebini 05.04.2011 tarihinde ıslah etmiştir. Islah yoluyla talep genişletilebilir ise de, davaya yeni bir talep eklenemez. Davacının, dava dilekçesinde saydıkları dışında, yeni ziynet eşyaları talep etmesi, davaya yeni talep eklenmesi niteliğindedir. Toplanan delillerden davacının 6 adet bileziğin davalıda kaldığı anlaşılmıştır. Kanıtlanan 6 adet bilezikle ilgili olarak davanın kabulü gerekir…". 2. HD, 19.10.2012, 18663/25392 (www.corpus.com.tr, E. T: 14.7.2023).

[15] Yılmaz, Islah, s. 54.

[16] Islahın konusu hakkında ayrıntı için bkz. Yılmaz, Islah, s. 129 vd.; Tutumlu, Islah, s.43 vd.; Eroğlu, Islah, s. 91 vd.

[17] Bu anlamda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ıslah kurumuna olması gerekenden fazla bir anlam yüklenmemesi ve ıslahla ilgili olmayan bazı sorunların ıslah yoluyla çözümlenmesine çalışılmamalıdır. Diğer bir ifadeyle ıslah kurumu, kendisini ilgilendirmeyen tartışmaların içine de çekilmemelidir. Bkz. Atalı, Murat, "Islah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımının Kesildiği Tarih", DEÜHFD, C.11 Özel Sayı, 2009, s. 115-127, s. 120 vd.

[18] Özekes, Pekcanıtez Usul, C. II, s. 1489.

getirilmek istendiğinde, bunun ıslahla yapılmasının mümkün olup olamayacağıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, doktrinde çoğunluk bunun mümkün olduğunu kabul etmektedir[19]. Zira doktrine göre bu halde de ıslahla davada ilk kez ileri sürülen talebe yönelik bir düzeltme yapılmaktadır. Dolayısıyla sanılanın aksine bu halde de ortada ıslah edilecek bir usul işlemi vardır ve ıslah edilen usul işlemi netice-i taleptir[20]. Kaldı ki en azından ıslahın amacı ve usul ekonomisi ilkesi nedeniyle bunun mümkün olması gerekir.

Kanaatimizce de, ıslahla mevcut talebin yanına yeni bir talep ilave edilmesi halinde, ortada ıslah edilen bir usul işlemi bulunmamaktadır. Zira bu halde ilk talebe yönelik herhangi bir düzeltme yapılması söz konusu değildir[21]. Çünkü, bu halde ilk talep, ileri sürüldüğü şekliyle baki kalmaktadır. Davacı, dava konusu yapılmamış bir talebi ıslahla davaya sokmak istediğinde, ilk talebine yönelik bir düzeltme yapmamakta, önceki usul işlemini düzletmemektedir[22]. Burada ilk talebin yerine yeni bir talep konulmadığı, ilk talep değiştirilmediği gibi ilk talebin miktarı da rakamsal olarak artırılmamakta, sadece ilk talebin yanına yeni bir talep eklenmekte, böylece dava konusu genişletilmektedir. Ancak Yargıtay bu şekilde bir genişletmenin ıslah yoluyla yapılamayacağına karar vermektedir. Yargıtay'a göre ancak açılan dava kısmi dava ise bu davada ilk talebin artırılması halinde talep sonucunun kısmi ıslahla genişletilmesinden söz edilebilir. Buna karşılık, ilk talebe dokunulmadan yeni bir talep eklenmesi halinde, ortada bir kısmi dava söz konusu olmadığı için, bunun ıslahla yapılması mümkün değildir. Zira bu halde daha önce dava konusu olan talepte bir değişiklik yapılmamakta, başka bir talep ilk kez dava konusu haline getirilmektedir[23].

Islahın tanımı ve niteliğinden hareket edildiğinde, Yargıtay'ın bu konudaki görüşüne katılmak mümkündür. Çünkü gerçekten de bu halde daha önce dava konusu yapılan talebe yönelik herhangi bir işlem yapılmamakta, o talebe hiç dokunulmamakta, davaya tamamen yeni bir talep sokulmaktadır. Islahla davaya yeni bir talep getiren davacının bu işlemi tam ıslah[24] olarak nitelendirilemez; çünkü, tam ıslahta davacı, talep sonucunu değiştirmekte, onun yerine yeni bir talep getirmekte, böylece ilk talebini değiştirmektedir. Islahla talebin değiştirilmesi halinde, kanaatimizce böylece ilk ileri sürülen talep bakımından dava geri alınmış olmaktadır[25]. Ortada sadece değiştirilen talep derdest olarak kalmaktadır. Öte yandan, davacı tam ıslah yoluna, dava dilekçesinden itibaren bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması amacıyla başvurmaktadır[26]. Oysa, ıslahla mevcut talebin yanına yeni bir talep eklendiğinde, dava dilekçesinden itibaren bütün işlemlerin yapılmamış sayılması söz konusu olmamaktadır. Aksine, ilk talep aynen muhafaza edildiği için, ıslahla ilk talebe yönelik bir değişiklik yapılmamakta, ilk talep de dava konusu olmaya devam etmektedir.

Islahla davaya yeni bir talep eklenebileceğini kabul eden doktrine göre, bu halde yapılan ıslah kısmi bir ıslahtır. Çünkü, bu halde ıslahla talep sonucu genişletilmektedir. Esasen yargılama sırasında yapılmış belli bir veya birkaç usul işleminin ıslahı (yani, yalnızca o işlem veya bazı işlemlerin yapılmamış sayılması) isteniyorsa, bu durumda davanın kısmen ıslahı söz konusu olur[27]. Doktrinde, davacının, dava dilekçesinde

[19] Özellikle, Yılmaz, Yeni Talep, s. 2936 vd.; Bulut, s. 85 vd.
[20] Yılmaz, Yeni Talep, s. 2936 vd.; Bulut, s. 86.
[21] Deynekli, s. 56; Tutumlu, Islah, s. 254; Türkmen, s. 447.
[22] Aksi yönde, Bulut, s. 85 v.
[23] Bkz. 29.6.2011 tarih ve 354/453 sayılı HGK kararı. Yargıtay'ın bu görüşünün eleştirisi için bkz. Yılmaz, Yeni Talep, s. 2935 vd.
[24] Tam ıslah hakkında ayrıntı için bkz. Yılmaz, Islah, s. 74.
[25] Tam ıslahla talep sonucunun değiştirilmesi halinde, ilk talebin hukuki akıbeti hakkında ayrıntı için bkz. Yılmaz, Islah, 630 vd.; Aslan, Kudret, Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 496 vd.
[26] Kuru, Aydın, s. 1201; Yılmaz, Islah, s. 74; Özekes, Pekcanıtez Usul, C.II, s. 1540; Karslı, s. 661; Tutumlu, Islah, s. 21 vd.; Eroğlu, Islah, s. 132 vd.
[27] Yılmaz, Islah, s. 76; Kuru, Aydın, s.1205; Karslı, s. 665.

ileri sürdüğü talep sonucunu aynı dava içinde ıslahla artırması, kısmi ıslah olarak kabul edilmektedir[28]. Bu gerek ilk talebin miktar itibariyle artırılması şeklinde olabileceği gibi ilk talebe yeni bir talep eklenmesi şeklinde de olabilir. Yani her iki halde de kısmi ıslah söz konusudur. Bu halde yapılan ıslah kısmi ıslah olarak nitelendirilse bile buradaki sorun kısmi ıslah yoluyla, davaya yeni bir talep eklenip eklenemeyeceği sorunudur. Öncelikle ıslahla böyle bir ekleme yapılabileceği kabul edildikten sonra ıslahın türünü belirlemek anlamlı olabilir. Böyle bir ekleme yapılabileceği kabul edilmediği takdirde, ıslahın türünü tartışmanın bir anlamı olmayacaktır.

Kanaatimizce, dava dilekçesinde dava konusu yapılmamış olan bir talebin daha sonra ıslah yoluyla yargılamaya dâhil edilmesine ilke olarak cevaz vermemek gerekir. Çünkü bu durum ıslah kurumunun niteliği ile bağdaşmamaktadır. Zira HMK m. 176 hükmüne göre ancak daha önce yapılmış olan bir usul işlemi ıslah edilebilir. Dava dilekçesinde ileri sürülen ilk talebe hiç dokunmadan onun yanına ıslahla yeni bir talep eklenmesi halinde, herhangi bir düzeltmeden söz etmek pek mümkün değildir. Burada aslında ıslahla ilk talep bakımından bir düzeltme yerine adeta yeni bir dava açmış gibi mevcut talebin yanına yeni bir talep eklenmesi söz konusu olmaktadır. Dava konusu olan talep, dava dilekçesinde ileri sürülen ilk taleptir. Hâlbuki ıslahla mevcut talebin yanına eklenen talep daha önce dava konusu yapılmamıştır. Şimdi aslında ıslahla ilk defa dava konusu haline getirilmektedir. Oysa ıslah, tarafların daha önce yapmış olduğu bir usul işleminin düzeltilmesi amacıyla yapılmaktadır. Daha önce yapılan usul işlemi, yani dava dilekçesiyle belirlenen talep sonucu hakkında bu halde bir düzeltme yapılması ise söz konusu olmamaktadır. Hem ilk talep hem de ıslahla getirilen yeni talep bakımından bir düzeltme söz konusu olmadığına, aslında ıslahla yeni bir talep ileri sürüldüğüne göre, burada ıslah edilen bir usul işleminden söz etmek de mümkün olamayacaktır[29].

Kaldı ki, mevcut talebin yanına ıslahla yeni bir talep eklenmesini, ıslahın sonuçları ile bağdaştırmak da mümkün değildir. Islahın etkisini düzenleyen HMK m. 179/1 hükmüne göre "Islah, bunu yapan tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren, bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması sonucunu doğurur". Esasen bütün işlemlerin yapılmamış sayılması, tam ıslah halinde ortaya çıkar. Kısmi ıslahta ise yapılmamış sayılacak işlemler ıslah yapan tarafın iradesine göre belirlenir ve genellikle ıslah nedeniyle konusuz hale gelen işlemler yapılmamış sayılır[30]. Ancak, ıslahla mevcut talebin yanına başka bir talep eklenmesi hâlinde, ıslahın sonuçlarına ilişkin m. 179 hükmünü uygulamak pek mümkün olamayacaktır. Zira bu durumda yapılmamış sayılan bir usul işlemi söz konusu değildir. Çünkü, mevcut talebin yanına yeni bir talep eklendiğinde, ilk talebe hiç dokunulmamakta, onu etkisiz ya da geçersiz kılan ya da değiştiren bir işlem yapılmamaktadır. Mevcut talep rakamsal olarak ya da miktar itibariyle artırılmadığı için, burada kısmi ıslahın sonuçlarını uygulamak da mümkün değildir. Dolayısıyla, ıslahla davaya yeni bir talep eklenmesini ıslahın sonuçlarıyla bağdaştırmak da mümkün olamamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, ıslahın kısaca açıklamaya çalıştığımız niteliği ve konusu dikkate alındığında, Yargıtay'ın, dava konusu yapılmamış sayılan bir talebin ıslahla yargılamaya eklenemeyeceğine dair görüşü, pozitif hukuk açısından isabetli sayılabilir. Çünkü, burada daha önce yapılmış bir usul işlemine yönelik bir düzeltme, değiştirme ya da onu tamamlama söz konusu değildir. Mevcut talebin rakamsal olarak artırılması, onun tamamlanması olarak görülebilir ise de, mevcut talebe yeni bir talep eklenmesi onun tamamlanması olarak nitelendirilemez; zira bu yeni bir taleptir[31]. Yapılan bütün bu açıklamalar çerçevesinde kanaatimizce, mevcut talebin yanına yeni bir talep

[28] Yılmaz, Islah, s. 76; Kuru, Aydın, s. 1206 vd.; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 311; Özekes, Pekcanıtez Usul, C.II, s. 1538; Karslı, s. 665; Bulut, s. 87 vd.

[29] Aksi yönde, Bulut, s. 85 vd.

[30] Ayrıntı için bkz. Yılmaz, Islah, s. 627 vd.

[31] Nitekim Yargıtay'a göre "…Hemen belirtilmelidir ki kısmi bir dava açılmışsa, bu davanın kalan kısmı bir takım ilkeler çerçevesinde ıslaha konu olabilecektir. Ancak bir dava konusu, bizatihi kendisi davayı oluşturuyor ise, burada kısmi dava bulunmadığından ıslah edilebilecek bir dava da bulunmamaktadır (Örn. Bir taşınmazın tamamı hakkında iptal ve tescil istemiyle açılan davada, davanın konusunu bu taşınmazın bizatihi kendisi teşkil etmekle, bu taşınmazdan başka bir taşınmaz davaya dâhil edilmek istenirse bu halde ıslah söz konusu olamayacaktır) . Eğer bir davanın

eklenmesini ıslah kurumunun niteliği ile bağdaştırmak pek mümkün değildir. Bu nedenle yeni bir talebin ıslahla ileri sürülmesinin ilke olarak mümkün olmaması gerekir.

B. Islahın Usul Ekonomisi İlkesini Gerçekleştirme İşlevi Bakımından Değerlendirme

Doktrinde, ıslahla mevcut talebin yanına yeni bir talep eklenmesinin mümkün olduğunu savunan görüşün gerekçelerinden biri de usul ekonomisi ilkesidir. Doktrinde ileri sürülen bu görüşe göre, ıslah, usul ekonomisi ilkesinin işlerlik kazanmasına yönelik bir işleve sahiptir. Çünkü, ıslahla davaya yeni bir talep eklenmesine izin verilmesi halinde, bu talepler hakkında yeni bir dava açılmış olmayacağı için, emek, zaman ve masraftan tasarruf edilmiş olacaktır. Davacının, yeni bir talebi ıslahla davaya getirmesine izin verilmez ve yeni bir dava açmaya zorlanırsa, bu durum usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Oysa bu nokta da Anayasa'da yer verilmiş olan (Anys. m. 141) usul ekonomisi ilkesinin göz ardı edilmemesi gerekir.

Islah hukuk yargılamasının adaletli karar verme amacı bakımından önemli bir işleve sahiptir. Ayrıca, davaların mümkün olan en az giderle sonuçlanmasına hizmet etmesi bakımından adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından da önemlidir. Davacının ıslah yoluyla davaya yeni bir talep ekleyemeyeceği kabul edilirse, bu gereksiz yere yeni davalar açılmasına sebebiyet vereceği için dava sayısı artacak, yargının iş yükü çoğalacak, bu da davaların sağlıklı bir şekilde karara bağlanmasını zorlaştıracaktır. Bu nedenlerle davacı ıslah yoluna başvurarak mevcut talebinin yanına yeni bir talep eklemek suretiyle talebini genişletebilmelidir[32]. Usul ekonomisi ilkesine uygun olarak yapılacak yorum bizi bu sonuca götürecektir. Kaldı ki bunu açıkça yasaklayan bir kanun hükmü de yoktur[33]. Özetle, ıslahla davaya yeni bir talep eklenmesi usul ekonomisinin bir gereğidir ve bu durum ilgililer ve mahkemeler bakımından birçok fayda sağlayacaktır[34].

Kanaatimizce, bu görüşte haklılık payı vardır. Gerçekten de davaya sokulmak istenen yeni talep ıslahla ileri sürülebildiği takdirde, davacı, ayrı bir dava açmak zorunda kalmayacaktır. Bu da emek, zaman ve masraftan tasarruf sağlayacağı için elbette ki usul ekonomisi ilkesine uygun olacaktır. Medeni usul hukukuna hâkim ilkeler arasında yer alan usul ekonomisi ilkesinin yargılamaya sağlayacağı katkı ve faydalar elbette ki göz ardı edilemez. Kuşkusuz ki yeni bir talebin, yeni bir davaya konu yapılması yerine, açılmış bir davaya ıslah yoluyla eklenmesi, daha az emek, zaman ve masrafa neden olacaktır. Örneğin tahkikat aşamasında yeni talep ıslahla davaya getirilirse, bir dava açılmış olmayacağı için, dilekçeler teatisi, ön inceleme aşaması gibi aşamalar da söz konusu olmayacaktır. Bu da emek, zaman ve masraftan tasarruf sağlayacaktır. Ancak bu noktada üzerinde düşünülmesi gereken husus, ıslahın biraz önce belirtilen niteliğinin (özellikle ancak açılmış bir davada yapılabilecek bir işlem olması niteliğinin), salt usul ekonomisi gerekçesiyle göz ardı edilip edilemeyeceğidir. Diğer bir ifadeyle, acaba, ıslahın ancak bir davada daha önce yapılmış olan usul işlemlerinin düzeltilmesine olanak sağlayan bir kurum olma niteliği (hatta bu kadar geniş yorumlanmayıp sadece iddia ve savunmayı değiştirme ve genişletme yasağının bir istisnası olma özelliği), usul ekonomisi ilkesi gerekçesiyle göz ardı edilebilir mi? Ya da bir usuli kurumun niteliği, bir yargılama hukuku ilkesi gerekçe gösterilerek görmezden gelinebilir ve salt ilkeyi esas alan bir yorum yapılabilir mi? Biz, usul ekonomisi ilkesinin önemini ve sağladığı yararları elbette ki göz ardı etmiyoruz. Ancak usul ekonomisi ilkesinin sağlayacağı faydalar önemli olmakla birlikte, her koşulda salt usul ekonomisini esas alan bir bakış açısının, yeni bir talebin ıslahla davaya dâhil edilmesine olanak sağlayamayacağı

konusunu teşkil eden taleplerden sadece bir bölümü istenmiş ve kısmi davaya konu edilmişse daha sonra kalan bölümü için ıslah söz konusu olabilecektir (Örn. Bir taşınmaza el atma nedeniyle istenen tazminat miktarının kısmen talep edilip, daha sonra ıslaha konu edilmesi, bir taşınmazın bir bölümü dava edilmişken diğer bölümünün de ıslahen dava edilmesi gibi)…". Yukarıda belirtilen 1.7.2021 tarihli HGK kararının gerekçesinden.

[32] Yılmaz, Yeni Talep, s. 2938 vd.; Bulut, s. 96.

[33] Bu görüş için bkz. Yılmaz, Islah, s. 296 vd.; Yılmaz, Yeni Talep, s. 2920 vd.

[34] Bu anlamda bkz. Yılmaz, Yeni Talep, s. 2927 vd.

kanaatineyiz[35]. Bu noktada usul ekonomisinin, yargılamaya hâkim bir ilke olarak, usuli sorunların çözümünde bir yorum aracı olarak kullanılması mümkün[36] ise de, her ne pahasına olursa olsun, diğer bazı temel ilkelerin feda edilerek bu şekilde bir yorum yapılamayacağı da ileri sürülebilir. Dolayısıyla, salt usul ekonomisi ilkesinin, kural olarak dava konusu yapılmamış bir talebi ıslahla davaya dâhil etmeye her zaman olanak sağlayamayacağı söylenebilir. Aşağıda da değinileceği üzere, dava konusu taleple yeni talep arasında bir bağlantı varsa, en azından her iki talep de aynı vakıadan kaynaklanmış ise ancak o zaman usul ekonomisine üstünlük tanıyan bir yorum yapılması uygun olabilir. Davaya tamamen yabancı bir talebin ıslahla yargılamaya dâhil edilmesi usul ekonomisine aykırı sonuçlar da meydana getirebilir.

C. Islahın Amacı ve Usuli Hakkaniyetle Olan İlişkisi Bakımından Değerlendirme

Islahın amacının ve usuli hakkaniyet ilkesinin[37], ıslahla davaya yeni bir talep eklenmesine gerekçe teşkil edip edemeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekir. Zira doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ıslah, usuli hakkaniyet ilkesini gerçekleştirmenin bir aracıdır ve ıslahla davaya yeni bir talep eklenmesi, usuli hakkaniyetin de bir gereğidir[38]. Usul hukuku şekli bir hukuk dalıdır ve bu hukuk dalında önemli ölçüde biçimsellik hâkimdir. Ancak çok katı bir biçimselliğin hakkın elde edilmesini zorlaştıracağı da açıktır. Katı bir biçimselliğe uyularak yapılan yargılama nedeniyle hakkın yitirilmesi, hukuk anlayışı, hakkaniyet ve adalet anlayışı ile bağdaşmayacaktır. Bir taraftan usul hukukunun şekli bir hukuk dalı olması gerçeği, diğer tarafta da usul hukukunun gerçeğe ulaşma amacı bulunmaktadır. Katı bir biçimselliğin usul hukukunun amacını gerçekleştirmeye hizmet etmeyeceği de açıktır. Bilindiği üzere, iddia ve savunmayı değiştirme ve genişletme yasağının geçerli olduğu hukukumuzda (HMK m. 141), diğer tarafın değişikliğe açıkça rıza göstermemesi halinde ıslah, bu yasağı aşmanın yegâne aracı konumundadır. Böylece ıslah kurumu, bu anlamda katı biçimselliği yumuşatmanın da bir aracıdır. Diğer bir ifadeyle katı biçimselliğin yumuşatıcısı olarak karşımıza çıkan ıslah kurumu, dava sonunda verilecek olan kararın, usuli hakkaniyet ilkesine ve usulün amacı olan maddi gerçeklik ilkesine uygunluğunu sağlamaktadır. Dolayısıyla ıslaha ilişkin hükümlerin usuli hakkaniyete uygun olarak yorumlanıp uygulanması gerekir[39].

Islahın, usul hukukunun amacını ve usuli hakkaniyeti gerçekleştirmeye yönelik olan bu amaçları/işlevleri elbette yadsınamaz. Bu görüşe genel olarak katılmakla birlikte, inceleme konusu olan sorun bakımından tam anlamıyla katılamıyoruz. Diğer bir ifadeyle, davaya yabancı olan yeni bir talebin ıslaha başvurmak suretiyle davaya dâhil edilmesinin biz ilke olarak mümkün olamayacağını düşünüyoruz. Biraz önce belirtilen ıslahın amacı ve işlevlerinin de bunu sağlayamayacağı kanaatindeyiz. Zira, ıslah bu amaç ve işlevlerini iddia ve savunmayı değiştirme ve genişletme yasağının işlerlik kazandığı hallerde zaten yerine getirmektedir. Doktrinde ileri sürülen görüşün geçerlilik taşıyabilmesi için öncelikle, ıslahla yapılması mümkün bir işlem olması gerekir. Kısmi dava açılan hallerde, talebin artırılmasına diğer taraf açıkça rıza göstermezse davacı ıslah yoluna başvurarak talebini artırabilmektedir. Zira bunun ıslahla yapılması mümkündür; çünkü bu halde ıslahla daha önce yapılmış bir usul işlemi düzeltilmektedir. Kanun koyucu, ıslah kurumunu kabul etmekle zaten biraz önce ileri sürülen görüşün gerekçelerini karşılamış bulunmaktadır. Islahın varlığı ve kanunda açıkça düzenlenmesi zaten bu görüşte ileri sürülen düşünceler nedeniyledir. Ancak burada incelenen meselenin farklı olduğu, buradaki meselenin aslında ıslahla dava yığılması yaratılıp yaratılamayacağı olduğu kanaatindeyiz. Çünkü biz, ıslahla davaya yeni bir talep eklenmesi halinde, bunun mevcut talebin miktarının artırılması ya da genişletilmesi olduğunu düşünmüyoruz. Çünkü bize göre burada yapılan mevcut talebe yönelik bir düzletme değildir. Aksine

[35] Aksi yönde değerlendirmeler için bkz. Yılmaz, Yeni Talep, s. 2920 vd.; Yılmaz, Islah, s. 296 vd.

[36] Bu konuda bkz. Rüzgaresen, Cumhur, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 72.

[37] Bu konuda bkz. Hanağası, Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 281 vd.

[38] Yılmaz, Yeni Talep, s. 2924 vd.

[39] Yılmaz, Yeni Talep, s. 2927.

davaya tıpkı dava açılmış gibi yeni bir talep eklenmesidir. Aşağıda da belirtileceği gibi biz, ıslahın amaçları ve usuli hakkaniyet ilkesi ile olan ilişkisinin kural olarak bunu sağlayamayacağı, ıslahla davaya yeni bir talep eklenmesine her zaman bir gerekçe teşkil edemeyeceği kanaatindeyiz.

D. Islahla Dava Yığılması Yaratılıp Yaratılamayacağı Bakımından Değerlendirme

Burada irdelenmesi gereken önemli bir husus da ıslahla dava yığılmasının yaratılıp yaratılamayacağı hususudur. Çünkü, ıslahla davaya yeni bir talep sokulmak istendiğinde yapılmak istenen esasında dava yığılması yaratılmasından başka bir şey değildir[40]. Zira ıslahla davaya sokulmak istenen talep, dava dilekçesinde ileri sürülen talep sonucunun bir kısmı ya da bölümü olmayıp, başka bir taleptir. Islah olanağı olmasaydı, davacının bunu yapmasının yegâne yolu dava açması olacaktı. Şimdi ıslahla davaya yeni bir talep eklendiğinde aslında ayrı bir dava açılması suretiyle ileri sürülebilecek talep davaya ıslahla eklenmiş olacaktır.

Doktrinde hâkim görüş, davanın başında talep edilmeyen yeni bir talebin daha sonra ıslahla istenebileceği şeklindedir[41]. Bu görüşe göre, dava dilekçesinde yer alan mevcut talebin yanına yeni bir talep eklenmesinin, daha önce ileri sürülen talebin miktarının artırılmasından bir farkı yoktur. Her iki halde de talep sonucunun kısmen ıslahı söz konusudur[42]. Dolayısıyla dava açılmasından sonra da dava yığılmasının yaratılabileceği kabul edilmelidir[43]. Davacı nasıl ki dava dilekçesinde aralarında bağlantı bulunmasa bile birden fazla talebini aynı kişiye karşı ileri sürebiliyorsa, ıslah yoluna başvurarak da bunu yapabilmelidir. Esasen bu durum dava konusunun artırılmasından başka bir anlam ifade etmemektedir ki bu da zaten ıslahla mümkündür[44]. Sonuç olarak, ıslah yoluyla yeni bir talep ileri sürülmesi mümkün olup, bunun için sadece davaların yığılması şartlarının gerçekleşmiş olması yeterlidir. Islahla sadece talebin artırılması olanağının mevcut olduğunu kabul etmek doğru değildir. Bu nedenlerle, ıslahla dava yığılması yaratılamayacağı şeklindeki Yargıtay uygulaması da terkedilmelidir. Aksine bir düşünce, usul ekonomisi ilkesine de aykırı olacaktır. [45].

Yargıtay ise kararlarının gerekçe kısmında, esas olarak, dava konusu yapılmamış olan bir talebin, ancak ayrı bir davaya konu olabileceğine, ayrı bir davaya konu olabilecek bir talebin ıslahla derdest davaya dâhil edilemeyeceğine, böylece aslında ıslahın normal bir davanın yerine ikame edilemeyeceğine karar vermiştir. Böylece Yargıtay, aslında ıslahla dava yığılması yaratılamayacağını ifade etmiştir[46].

Usul ekonomisi bakış açısıyla hareket eden bu görüşte haklılık payı bulunsa bile, biz, ıslahla kural olarak sonradan dava yığılması yaratılamayacağı kanaatindeyiz[47]. Biz derdest bir davaya ilişkin bir usul işlemi olan ıslahın, bir davanın yerine ikame edilmeyeceği kanaatindeyiz. Yani ancak dava açılması suretiyle yapılabilecek işlemlerin ıslahla yapılamayacağı görüşündeyiz. Islah bir davada yapılmış olan bir usul işlemini düzeltmenin yoludur. Yoksa ıslah bir davanın adeta "sürrogatı" değildir. Davada yapılan bir işlemi düzeltmenin yolu olan ıslah, mevcut davanın yanına adeta yeni bir dava açılmasının aracı olarak görülmemelidir. Salt dava dilekçesiyle yaratılabilecek olan dava yığılmasının, ıslahla da sonradan

[40] Bu konuda bkz. Yılmaz, Yeni Talep, s. 2941 vd.; Bulut, s. 83 vd.
[41] Yılmaz, Yeni Talep, s. 2941 vd.; Yılmaz, Islah, s. 297 vd.; Kuru, Usul IV, s. 4015; Kuru/Aydın, C. 2, s. 1208; Umar, s. 514; Üstündağ, s. 557; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 312; Özekes, Pekcanıtez Usul, C. 2, s. 1507; Tanrıver, s. 748; Özekes, Bulut, s. 698; Akkaya, s. 434-435; Bulut, s. 85 vd.; Küçük, s. 230; Aksoy, s. 218.
[42] Bulut, s. 89.
[43] Yılmaz, Yeni Talep, s. 2943; Bulut, s. 86-87, 96.
[44] Yılmaz, Yeni Talep, s. 2943-2944; Bulut, s. 96.
[45] Bulut, s. 95, 96.
[46] "… Ne var ki ıslaha ilişkin yasal düzenlemeler göstermektedir ki, ıslahla kastedilen dava konusu edilen hususların genişletilmesi veya değiştirilmesidir. Dava konusu edilmeyen bir şeyin ıslah yoluyla davaya ithaline ve dava konusu hâline getirilmesine yasal açıdan olanak bulunmamaktadır…". Bkz. 1.7.2021 Tarih ve 2815/888 sayılı HGK kararının gerekçesinden.
[47] Aynı yönde, Deynekli, s. 56; Tutumlu, Islah, s. 254.

yaratılabileceğini kabul etmek kural olarak mümkün gözükmemektedir. Aksi halde ıslahın dava içinde bir usul işleminin düzeltilmesine olanak sağlayan bir kurum olarak tanımlanması mümkün olmayacaktır. Kaldı ki ıslahın kendisinin de bir usul işlemi olduğunu ve ancak derdest bir dava esnasında yapılabileceğini belirtmek gerekir. Islahla dava yığılması yaratılan hallerde, mevcut davadaki bir usul işlemi düzeltilmiş olmayacak, aksine, onun yanına (adeta yeni bir dava açılmış gibi) yeni bir talep ilave edilmiş olacaktır. Kanaatimizce, salt usul ekonomisi ilkesi, ıslahı, bir davanın yerine ikame etmeye yeterli bir gerekçe teşkil etmemektedir. Nitekim, tam ıslaha ilişkin HMK m. 180/1 hükmüne göre "Davasını tamamen ıslah ettiğini bildiren taraf, bu bildirimden itibaren bir hafta içinde yeni bir dava dilekçesi vermek zorundadır". Kanunun bu ifadesine rağmen burada dahi yeni bir dava açılmasının söz konusu olmadığı, ıslah edilen davanın ilk davanın bir devamı olduğu doktrinde kabul edilmektedir[48]. Bu halde bile, ıslahın bir davanın yerine ikame edilmesi söz konusu değildir. Bu nedenlerle, ıslahın ancak derdest bir davadaki talep sonucuna yönelik olabileceği, dava konusu yapılmamış olan bir talebin ıslaha konu olamayacağı söylenebilir.

E. Dava Konusu Yapılan Taleple, Islahla Getirilen Yeni Talep Arasında Bağlantı Bulunması Bakımından Değerlendirme

Yukarıdan beri yapılan açıklamalardan vardığımız sonuç, kural olarak ıslahla davaya yeni bir talep eklenmesinin mümkün olmaması yönündedir. Çünkü, davaya yeni bir talep eklenmesi, ıslahın niteliği ile bağdaşmamaktadır. Usul ekonomisi ve usuli hakkaniyet gibi ilkeler de kanımızca tek başına yeni talebin davaya ıslahla sokulabilmesi için yeterli gerekçe teşkil etmemektedir. Çünkü ne olursa olsun biz, ıslahın sadece derdest bir dava içinde yapılabilen bir usul işlemi olduğu ve bir davanın yerine ikame edilemeyeceği kanaatindeyiz. Şimdi bu noktada düşünülmesi gereken husus, ıslahla yeni bir talebin davaya eklenmesinin bir istisnası olup olamayacağıdır. Gerçekten de acaba bunu kabul etmenin bir istisnası olabilir mi yoksa bu görüşü katı bir şekilde mi savunmak gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu konuda doktrinde yukarıda incelenen hâkim görüş ve azınlık görüşü haricinde farklı bir görüş ileri sürülmüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, davaya getirilmemiş bir konunun, başka bir konuda yapılacak değişiklik talepleri ile dâhil edilmesi gerek teknik açıdan gerekse kanunun lafzı açısından mümkün gözükmemektedir. Ancak yapılacak değişiklik tarafların menfaatleri ve usul ekonomisine hizmet edecekse, yeni talep ıslah yoluyla yargılamaya getirilebilmelidir. Fakat bu halde dahi yeni talebin ıslahla yargılamaya getirilmesi, ancak taleplerin aynı hayat olayından (aynı vakıadan) kaynaklanmış olması şartıyla mümkündür. Zira aynı hayat olayından kaynaklanmayan yani aralarında bir bağlantı olmayan taleplerin ıslahla yargılamaya getirilmesi usul ekonomisi açısından bir fayda sağlamayacaktır[49].

Kanaatimizce bu son görüşün vardığı sonuç daha isabetlidir. Çünkü, aralarında bağlantı bulunmayan taleplerin ıslah yoluyla yargılamaya getirilmesi, usul ekonomisine hizmet etmeyecek, aksine derdest davanın görülmesini yavaşlatacak, bağlantı bulunmayan hallerde davaların ayrılmasına karar verilecektir. Buna karşılık ilk taleple arasında bağlantı bulunan bir talebin ıslahla yargılamaya getirilmesi usul ekonomisine uygun olacaktır. Çünkü, bu halde ıslahın mümkün olmayıp ayrı bir dava açılması gerektiği kabul edildiğinde, sonradan açılan davanın arasında bağlantı bulunduğu ilk dava ile zaten birleştirilmesi talep edilecektir[50]. Bu açıdan Yargıtay'ın ıslahla yeni bir talebin hiçbir şekilde yani aralarında bağlantı olsa bile, yargılamaya getirilemeyeceği şeklindeki uygulamasının, oldukça katı bir uygulama olduğu söylenebilir. Çok katı bir şekilciliğin bazı hakları felce uğratacağı açıktır. Gerçekten de aralarında bağlantı bulunmayan taleplerin sonradan ıslahla yargılamaya dâhil edilmemesinin haklı gerekçeleri vardır. Hatta yukarıda incelendiği üzere ıslahın niteliği ve bir dava yerine ikame edilemeyeceği şeklindeki görüşten hareket edildiğinde, belki arada bağlantı olsun ya da olmasın ayrı bir dava konusu olması gereken talebin ıslahla hiçbir şekilde yargılamaya sokulamayacağı da söylenebilir. Ancak bu da çok katı bir şekilcilik anlamına gelecektir. Yapılacak olan yorum birçok bakımdan tarafların ve kamunun yararına olacaksa, bu

[48] Kuru, Aydın, s. 1202; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s. 598.
[49] Meriç, s. 138-139.
[50] Aynı yönde Meriç, s. 139.

takdirde yargılama hukukuna ilişkin kavramların amaca uygun olarak yorumlanması gerektiği savunulabilir. Arada bağlantı olan hallerde, ıslahın bir dava olmadığı ve bir dava yerine ikame edilemeyeceği şeklindeki haklı nitelendirme, yeni talebin yargılamaya getirilmesi halinde elde edilecek olumlu sonuçlara feda edilebilir.

SONUÇ

Islah yoluyla yeni bir talebin yargılamaya getirilip getirilemeyeceği hususundaki tartışma doktrinde halen varlığını muhafaza etmektedir. Hâkim görüş, talepler arasında bağlantı olsun ya da olmasın, ıslahla yeni bir talebin yargılamaya sokulabileceğini, zira bunun da talebin artırılması/genişletilmesi anlamına gelen bir kısmi ıslah nitelediğini taşıdığını kabul etmektedir. Buna karşılık Yargıtay güncel kararlarında, arada bağlantı olsun ya da olmasın, yeni bir talebin ıslahla yargılamaya sokulamayacağını, yeni talebin ayrı bir davaya konu olması gerektiğini kabul etmektedir. Zira ıslah derdest bir davada, dava konusu yapılmış olan talebe yönelik olarak onu düzletmeyi amaç edinen bir usul işlemidir. Bu nedenle önceden dava konusu yapılmamış olan bir talebin ıslahından söz edilemez. Kanaatimizce, ne hâkim görüş kadar geniş bir yorum ne de Yargıtay gibi kadar katı bir yorum yapmak gerekir. Bize göre, kural olarak yeni bir talebin ıslahla yargılamaya dâhil edilmesi mümkün olmamalıdır. Çünkü ıslah bir dava olmadığı gibi dava yerine ikame edilecek bir işlem de değildir. Ancak, usul ekonomisi ve usuli hakkaniyet ilkeleri gereğince, ilk talep ile sonradan ıslah yoluyla yargılamaya dâhil edilen talep arasında bir bağlantı varsa, yani bunlar aynı vakıadan kaynaklanmışsa, bu halde yeni talebin ıslahla ileri sürülebileceğini istisnai olarak kabul etmek yerinde olacaktır.

Kaynakça

Akkaya, Tolga, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Aksoy, Elif, “Objektif Dava Birleşmesi”, TBBD, 2015/117, s. 201-232.

Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema, Hanağası, Emel, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, B. 8, Ankara, 2022.

Aslan, Kudret, Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Atalı, Murat, “Islah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımının Kesildiği Tarih”, DEÜHFD, C.11 Özel Sayı, 2009, s. 115-127.

Budak, Ali Cem, Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Filiz Kitabevi, Ankara, 2017.

Bulut, Uğur, Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması, Adalet Yayınları, Ankara, 2017.

Deynekli, Adnan, Medeni Usul Hukukunda Islah, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.

Ercan Özler, Meltem, Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Eroğlu, Orhan, Islah, Seçkin Yayınları, B.3, Ankara, 2020.

Karslı, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınları, B. 4, İstanbul, 2014.

Kuru, Baki, Aydın, Burak, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Yetkin Yayınları, C.2, B. 2, İstanbul, 2021.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir-Demir Yayınları, C. IV, İstanbul, 2001.

Küçük, Alper Tunga, “Medenî Usûl Hukukunda Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi veya Değiştirmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2021/18, s. 213-252, s. 230.

Meriç, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Özekes, Muhammet, Bulut, Uğur, "Kısmî ve Belirsiz Alacak Taleplerinde Islah Sorunu (Bir HGK Kararı Işığında İnceleme)", MİHDER, 2017/3, s. 635-718.

Özekes, Muhammet, Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, B. 15, C. 2, İstanbul, 2017.

Pekcanıtez, Hakan, Atalay, Oğuz, Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, B. 8, İstanbul, 2020.

Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

Rüzgaresen, Cumhur, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Hanağası, Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, C. 1, B. 2, Ankara, 2018.

Tutumlu, Mehmet Akif, "Dava Dilekçesinde Yer Almayan Bir Talep Islahla Dava Konusu Yapılabilir mi?", Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 68, 2012, s. 79-83.

Tutumlu, Mehmet Akif, "Islahla Manevi Tazminat Talep Edilebilir mi?", THD, 2013/87, s. 86-89.

Tutumlu, Mehmet Akif, Medeni Usul Hukukunda Islah, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Türkmen Ali, Özel Hukuk Muhakeme Usulü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, B. 2, Ankara, 2014.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, C. 1-2, İstanbul, 2000.

Yılmaz, Ejder, "Islahla Davaya Yeni Talep Eklenebilmesi Olanağı", Prof. Dr. Selçuk Öztek'e Armağan, C. IV, Ankara, 2022, s. 2909-2947.

Yılmaz, Ejder, Islah, Yetkin Yayınları, B. 5, Ankara, 2021.

AD VE SOYAD DEĞİŞİKLİKLERİNDE GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KODAKOĞLU*

ÖZET

Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir (HMK m. 383). Ancak Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun "Nüfus Davaları" başlıklı 36. maddesinde, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının, asliye hukuk mahkemesinde görüleceği düzenlenmiştir. Nitekim yargı kararları da Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinden hareketle, ad ve soyad değişikliklerinde görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğuna işaret etmektedir.

Ad ve soyadın değiştirilmesi işleri maddi hukuk bakımından farklı amaca hizmet ettiğinden, ad ve soyadın değiştirilmesi taleplerinde görevli mahkeme; Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesine göre değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesine göre belirlenmelidir. Bu sebeple de mevcut yargı kararlarının aksine ad ve soyadın değiştirilmesinde; asliye hukuk mahkemesinin değil, sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmelidir (bkz. ve karş. HMK m. 383).

Anahtar Kelimeler: Ad ve soyad değişikliği, Çekişmesiz yargı, Kişisel durum sicili, Nüfus davaları, Nüfus kaydının düzeltilmesi.

DETERMINATION OF THE COMPETENT COURT FOR NAME AND SURNAME CHANGES

ABSTRACT

The court in charge of non-contentious judicial proceedings is the civil court of peace unless otherwise stipulated (Art. 383 CCP). However, Article 36 of the Law on Civil Registration Services titled "Civil Registration Cases" stipulates that correction cases regarding civil registration records shall be heard by the civil court of first instance. Judicial decisions also indicate that the court in charge of name and surname changes is the civil court of first instance, based on Article 36 of the Population Services Law.

Since the change of name and surname serve different purposes in terms of substantive law, the competent court for the change of name and surname requests should be determined by Article 383 of the Code of Civil Procedure, not Article 36 of the Population Services Law. For this reason, contrary to the existing judicial decisions, it should be accepted that the court of peace, not the civil court of first instance, has jurisdiction in the change of name and surname (see and contra Art. 383 CCP).

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mehmetkodakoglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8700-7453.

Keywords: Change of name and surname, Non-contentious jurisdiction, Personal status registry, Civil lawsuits, Correction of civil registration

GİRİŞ

Talepte bulunanlar esas alınarak nüfus kaydının düzeltilmesi talebi, öğretide kişisel ve kamusal nüfus kaydının düzeltilmesi talebi olarak ikili bir ayrıma tâbi tutulmuştur[1].

Kişisel nüfus kaydının düzeltilmesi, kişisel nüfus kayıtlarındaki yanlışlıkların düzeltilmesini, kaldırılmasını veya değiştirilmesini amaçlamaktadır.

Nüfus kaydının düzeltilmesi talepleri ad, soyad, cinsiyet, doğum kaydı gibi değişiklikleri kapsamaktadır. Ezcümle değişiklik, bir kişinin ad veya soyadındaki harfin değiştirilmesi, kaldırılması, eklenmesi ya da adının veya soyadının yazım şeklinin değiştirilmesidir.

Yargı kararlarında ad ve soyad düzeltme taleplerinin kapsamına, haklı sebeple ad değiştirme talebi (TMK m. 27), yanlış tescilden dolayı yapılan düzeltme talebi (NHK m. 36) ve kaydın silinmesi talebi dâhil edilmektedir. Başka bir deyişle yargı uygulamasında, düzeltme kavramının değiştirme kavramını kapsadığına ilişkin kararlara rastlanılmaktadır. Ancak değiştirme ve düzeltme talepleri hukuken birbirinden farklı iki kavramdır. Nitekim değiştirme, ad için haklı sebeplerin varlığı hâlinde talep edilirken, düzeltme ise nüfusa kayıt sırasında bir yanlışlık meydana geldiği hâllerde talep edilir.

Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da ad ve soyad değişikliği (HMK m. 382/2-a, 2) ile kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi (HMK m. 382/2-a, 5) kavramları, iki ayrı çekişmesiz yargı işi olarak düzenlenmiştir.

Nihayetinde usul hukuku bakımından, ad ve soyadın değiştirilmesi ile düzeltilmesi işlerinin birbirinden farklı olduğunun ortaya konulması, görevli mahkemenin belirlenmesi noktasında önem kazanmaktadır.

Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir (HMK m. 383). Dolayısıyla, bir çekişmesiz yargı işiyle ilgili olarak kanunda sadece mahkeme veya hâkim kavramları kullanılmaktaysa, bu işlerde sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağı sonucuna varılmaktadır. Ancak Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun "Nüfus Davaları" başlıklı 36. maddesinde, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının, asliye hukuk mahkemesinde görüleceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Nitekim yargı kararları da bu hükümden hareketle, ad ve soyad değişikliklerinde görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğuna işaret etmektedir.

Son tahlilde, ad ve soyadın değiştirilmesi işlerinde görevli mahkemenin belirlenmesi açısından, NHK'nın 36. maddesinin mi yoksa HMK'nın 383. maddesinin mi uygulanacağının tespit edilmesi gerekir.

[1] ÖZDAMAR, Demet: "5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Türk Medeni Kanunu'ndaki İlkeler Işığında Değerlendirilmesi," *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. III*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 1651; ÖZKAN, Hasan/ İŞTİP ATAÇ, Kifayet: Yeni 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasına Göre Düzenlenen Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 46-47.

Zira bu taleplerde görevli mahkemenin belirlenmesinde, NHK'nın 36. maddesi uygulanırsa asliye hukuk mahkemesi, HMK'nın 383. maddesi uygulanırsa sulh hukuk mahkemesi görevli olacaktır.

I. AD VE SOYADI KAVRAMI

Ad, kelime anlamı olarak "bir kimseyi, bir şeyi anlatmaya, tanımlamaya, açıklamaya, bildirmeye yarayan söz, isim, nam" anlamlarına gelir[2]. Hukuki anlamda ise ad[3]; kişileri toplumdaki diğer kişilerden ayıran, kişilerin anımsanmasını ve bireyselleştirilmesini sağlamaya yarayan, kullanılması zorunlu bir tanıtım ve kimlik aracı, işarettir[4]. Bu sebeple kişinin adı, toplumsal yaşamda kimliğinin tespit edilmesinde başvurulacak ilk unsurdur[5].

Esasen ad, öz ad ve soyadı olmak üzere ikiye ayrılır; yani ad, öz ad ve soyadın birleşiminden oluşan bir üst kavramdır.

Öz ad[6], kişileri ve özellikle aynı soyadı taşıyanları birbirinden ayırmaya yarayan[7], anne ve baba tarafından doğan çocuğa verilen ve kullanılması zorunlu (Soyadı K. m. 1) addır[8]. Ancak öz ad sadece gerçek kişileri değil aynı zamanda tüzel kişileri de birbirlerinden ayırmak için kullanılır. Bu bakımdan dernek, vakıf ve ticaret şirketleri gibi tüzel kişilerin de özel kanun hükümleri uyarınca bir ada sahip olmaları zorunludur

[2] www.sozluk.gov.tr

[3] Mülga 743 sayılı Medeni Kanunu'nda "ad" terimi yerine "isim" terimi kullanılırken, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu ile 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda "isim" terimi yerine "ad" terimi tercih edilmiştir.

[4] VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Medeni Hukuk Dersleri-Şahsın Hukuku, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1948, s. 110; ATAAY, Aytekin: Şahıslar Hukuku-Hakiki Şahıslar/Hükmi Şahıslar, Uycan Matbaası, İstanbul 1966, s. 118; ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 3. B., Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977, s. 193; KÖPRÜLÜ, Bülent: Medeni Hukuk-Genel Prensipler/Kişinin Hukuku, 2. B., Acar Matbaacılık, İstanbul 1984, s. 311; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 281; ÖZTAN, Bilge: Şahsın Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1994, s. 163; ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 165; ABİK, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 31; CENGİZ, Bilal: Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 3-4; PÜRSELİM ARNİNG, Hatice Selin: Türk, Alman, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 6; OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 110; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, M. Tufan: Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, C. II, 23. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 169; HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 7. B., Legal Kitabevi, İstanbul 2016, s. 171; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *AÜHFD*, Cilt LVII, Sayı 3, 2008, s. 563.

[5] DURAL / ÖĞÜZ, s. 169-170; HELVACI, s. 167; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 116.

[6] Öğretide öz ad yerine ön ad terimi de tercih edilmektedir (bkz. ÖZDEMİR, s. 564). Öte yandan öz ad terimini tercih edip küçük isim; has isim, öz isim gibi terimlerin buna eşdeğer olduğu da kabul edilmektedir (bkz. ATAAY, s. 118).

[7] ATAAY, s. 118; HELVACI, s. 173; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 111.

[8] VELİDEDEOĞLU, s. 112.

(5253 Sayılı Dernekler K. m. 4/1-a; TMK m. 106)[9]. Bu bağlamda ticaret unvanı, tacir olan tüzel kişilerin kullanmak zorunda oldukları ve onları diğer tacirlerden ayırmaya yarayan addır[10].

Öte yandan kişilerin birtakım sebeplerle edindikleri, çeşitli çevrelerde kullandıkları ya da o şekilde adlandırıldıkları ve sicile kaydı yapılmayan adların kullanımı zorunlu değildir[11]. Bunlar, kişinin belli faaliyet alanlarında kendi kimliğini gizlemek amacıyla kullandığı müstear ad[12] ve kişiye başkaları tarafından takılan, adıyla beraber ya da adı yerine kullanılan ve o kişinin bir özelliğini gösteren lakaptır[13].

Toplumdaki nüfus sayılarının artması ve toplumun gelişmesine bağlı olarak, kişilerin daha belirgin bir ayırt edilme gereksinimi ortaya çıkmış ve kişiler, adlarından sonra bir soyadına ihtiyaç duymuşlardır[14]. Soyadı, kelime anlamı olarak "herkesin ailece anılmasına yarayan öz adından sonraki adı, aile adı, aile ismi, soy ismi" anlamlarına gelir. Soyadı kavramı hukuken ise, aynı ailenin bireylerini diğer ailelerin bireylerinden ayırmaya yarayan, onları ortak bir paydada buluşturan, nesilden nesle aktarılan ve doğumla kazanılan kullanılması zorunlu aile adıdır (Soyadı K. m. 1).

Nihayetinde ad (öz ad), aile fertlerini birbirinden ayırmaya yararken, soyadı ise kişinin bir aileye olan bağlılığını ifade eder[15].

II. AD VE SOYADI DEĞİŞİKLİĞİ

Her ne kadar Türk hukukunda kural olarak "adın değişmezliği ilkesi" söz konusu olsa da bazı durumlarda kişinin ad ve soyadının değiştirilmesi mümkündür (TMK m. 27)[16]. Ad ve soyadın değiştirilmesi, için kural olarak mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaktadır (NHK m. 35/1).

Türk Medeni Kanunu'nda adın değiştirilmesinin ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebileceği düzenlenmiş (TMK m. 27/1) olmasına rağmen, maddede geçen "haklı sebep" kavramından ne anlaşılması gerektiğinden bahsedilmediği gibi esasen bu konuda bir kıstas belirlenmesi de söz konusu değildir. Ad değiştirilmesi talebinin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığının ve hangi sebeplerin haklı olduğunun takdiri, hâkime ait olup hâkim haklı sebebin varlığını her somut olaya göre ayrıca değerlendirir. Ezcümle adın sıklıkla başka bir adla karıştırılması, kötü, komik, rencide edici, küçük düşürücü anlamının bulunması, kişinin toplum içerisinde bilinip tanındığı adı veya soyadı ile anılmayı ve onu resmî olarak

[9] Ayrıntılı bilgi için bkz. ARPACI, s. 168 vd. İnternet alan adlarının da adın korunması hükümlerinden yararlanacağına dair bkz. ÖZDEMİR, s. 569-570.
[10] ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 8. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 229-230; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 315; ATAAY, s. 119; ARPACI, s. 169.
[11] Ayrıca bu adların, "ad benzerleri" şeklinde nitelendirildiği yönünde bkz. ÖZSUNAY, s. 194 vd.
[12] DURAL / ÖĞÜZ, s. 170; ATAAY, Aytekin: "Ad ile İlgili Temel Bilgiler", *İÜHFM,* Cilt XXVI, Sayı 1-4, 1960, 188 vd.; HELVACI, s. 174; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 111. Müstear adın takma ad, mahlas veya namı müstear biçiminde de adlandırılabileceğine ilişkin bkz. ÖZSUNAY, s. 195.
[13] ATAAY, s. 123; VELİDEDEOĞLU, s. 119; ÖZSUNAY, s. 195; HELVACI, s. 174; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 112; ÖZDEMİR, s. 567.
[14] TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt 23, Sıra no. 203, Ankara 1934, s. 196, www.tbmm.gov.tr
[15] Kullanılması zorunlu olmayan müstear ad, lakap, ticaret unvanı, mesleki unvanlar vb. hakkında bkz. DURAL / ÖĞÜZ, s. 170- 171; HELVACI, s. 169- 170; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 118-119.
[16] DURAL / ÖĞÜZ, s. 182; HELVACI, s. 167, 176; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 129- 130.

taşımayı istemesi, kişinin aynı adı taşıyan kardeşinin veya babasının ya da annesinin bulunması, adın cinsiyet karışıklığına neden olması, resmî makamlarca aranan kişilerle aynı ad ve soyada sahip olması, ad ve soyadının genel ahlaka aykırı veya kişinin iş hayatında ilerlemesine engel olacak veya iş hayatını olumsuz anlamda etkileyecek nitelikte olması gibi sebepler adın veya soyadın değiştirilmesi için haklı sebep kabul edilir[17]. Öte yandan yabancı uyruklu olup da Türk vatandaşlığına giren kişilerin, din değiştiren kişilerin de ad veya soyadı değişikliği talepleri haklı sebep olarak kabul edilmelidir[18].

Ad veya soyadındaki bir harfin değiştirilmesi, kaldırılması, eklenmesi ya da ad ve soyadının yazılış şeklinin değiştirilmesi de değişiklik kapsamında değerlendirilir (TMK m. 27)[19]. Ayrıca ad ve soyadının, yazım ve imlâ hatasından kaynaklanan anlam değişikliğine uğraması durumunda da değişiklik taleplerinin haklı sebebe dayandığı ifade edilebilir. Bununla birlikte, kişinin mevcut adına ikinci bir adın eklenmesi veya kişinin birden fazla adı varsa bunlardan birinin veya birkaçının silinmesine yönelik talepleri de yine adın değiştirilmesi olarak kabul edilir (TMK m. 27)[20].

Ad ve soyadın değiştirilmesi işi, uyuşmazlık yokluğu ve inşai etki ölçütleri[21] bakımından çekişmesiz yargı işidir (bkz. HMK m. 382/2-a, 2)[22]. Uygulamada ise ad ve soyadı değişiklikleri taleplerinde NHK m. 36'dan hareketle, nüfus müdürünün veya görevlendireceği nüfus memurunun bu taleplere dâhil edilerek suni bir taraf oluşturulduğu görülmekte, davalı olarak nüfus idaresi gösterilmekte ve nihayetinde çekişmesiz yargı işi olan bu talepler davaya dönüştürülmeye çalışılmaktadır[23]. Ne var ki adın ve soyadın değiştirilmesinde, ilgililere sunî anlamda taraf sıfatının verilmesi, nüfus idaresinin davalı olarak gösterilmesi, bu taleplerin dava olması için yeterli bir ölçüt değildir.

---

[17] DURAL / ÖĞÜZ, s. 183; HELVACI, s. 178; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 131-132; GENÇCAN, Ömer Uğur: Nüfus Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 241 vd. Ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD'nin 07.04.1987 tarih ve E: 1987/1768 K: 1987/3765 sayılı kararı; Yargıtay 18. HD'nin 13.03.1992 tarih ve E: 1992/411 K: 1992/1351 sayılı kararı; Yargıtay 18. HD'nin 03.11.2016 tarih ve E: 2015/13345 K: 2016/1188 sayılı kararı; Yargıtay 8. HD'nin 02.10.2019 tarih ve E: 2019/4689 K: 2019/8434 sayılı kararı; Yargıtay 8. HD'nin 14.12.2017 tarih ve E: 2017/6311 K: 2017/16881 sayılı kararı; Yargıtay HGK'nin 01.03.2000 tarih ve E: 2000/18-127 K: 2000/154 sayılı kararı, Yargıtay HGK'nin 01.12.1999 tarih ve E: 1999/18-966 K: 1999/1010 sayılı kararı; Yargıtay 18. HD'nin 08.02.2011 tarih ve E: 2010/12575 K: 2011/1387 sayılı kararı; Yargıtay 18. HD'nin 11.05.2010 tarih ve E: 2010/3856 K: 2010/7362 sayılı kararı (www.e-uyar.com).

[18] DURAL / ÖĞÜZ, s. 183; HELVACI, s. 178; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 131- 132.

[19] DURAL / ÖĞÜZ, s. 182.

[20] Yargıtay 18. HD'nin 20.03.2014 tarih ve E: 2014/1026 K: 2014/5132 sayılı kararı (www.e-uyar.com).

[21] KURU, Baki: Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 66. [Nizasız Kaza]

[22] ARAS, Aslı: Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 31 [Çekişmesiz Yargı]; KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. B., Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 27; GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, 11. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 15; BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, 4. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 352; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 8. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 79-80.

[23] ATALI, Murat: "Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı", *MİHDER,* Sayı 4, 2006, s. 65-66; ALANGOYA, Yavuz: "İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya İlişkin Düşünceler", *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, (Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı), TBB Yayınları,* Ankara 2005, s. 115-117. Ayrıca bkz. Yargıtay 18. HD'nin 21.12.2009 tarih ve E: 2009/8811 K: 2009/12227 sayılı kararı (www.e-uyar.com).

Genel anlamda "Nüfus Davaları" (NHK m. 36) olarak adlandırılan kişisel durum sicilindeki değişikliklerden biri olan ad ve soyadı değişikliğinin bir çekişmesiz yargı işi olduğu noktasında, Nüfus Hizmetleri Kanunu'na açık hüküm konularak söz konusu hükmün çekişmesiz yargı işi ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay, adın haklı sebeple değiştirilmesi talebinin, kişisel durum sicilindeki mevcut kaydın değiştirilmesini ve düzeltilmesini gerektirmesinden dolayı esas itibariyle nüfus kaydının düzeltilmesi niteliğinde olduğuna karar vermiştir[24]. Yargıtay'ın bu kararına göre, kayıt değiştirme taleplerinin kayıt düzeltme taleplerinin bir türü olduğu ortaya çıkmaktadır. Esasen, değiştirme ve düzeltme talepleri birbirinden farklıdır. Zira ad ve soyadı için haklı sebeplerin varlığı hâlinde "değiştirme", nüfusa kayıt sırasında bir yanlışlık meydana geldiği hâllerde ise "düzeltme" talep edilmelidir.

III. KİŞİSEL DURUM SİCİLİ KAVRAMI

Kişisel durum sicili (Ahvali Şahsiye Sicil Kayıtları), bir gerçek kişiyi diğer gerçek kişilerden ayıran, kişinin belli başlı hâllerinin kaydedildiği ve hukuk düzeni tarafından kendilerine birtakım sonuçlar bağlanan, hem kişilerin kendi arasında hem de kişiler ile devlet arasında düzeni ve güveni sağlayan resmî sicildir[25].

Kişisel durum, her gerçek kişiye göre değişkenlik gösterdiğinden ve gerçek kişilerin hukuki durumlarının ve kimlik özelliklerinin saptanmasına yaradığından resmî sicille belirlenir (TMK m. 36/1).

Bir kişinin cinsiyeti, dini, medeni hâli, kısıtlı olup olmaması, evlatlık olup olmaması ile adı ve soyadı da kişiliğin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğundan, ad ve soyad da kişisel durum sicilinde bulunan kayıtlardandır[26].

Kişisel durum sicilinin tutulmasına ve zorunlu bildirimlerin yapılmasına ilişkin esaslar, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda gösterilir (bkz. TMK m. 36/2). Nüfus Hizmetleri Kanunu; kişinin doğumundan ölümüne kadar kişisel ve medeni durumuna, uyrukluğuna ve bunlarda meydana gelebilecek değişikliklere ait doğal ve hukuki olayların belirlenip saptanması, bu amaçla düzenlenmiş kütüklere yazılması, elektronik ortamda ulusal adres veri tabanının oluşturulması, nüfus kayıtları ile adres bilgilerinin ilişkilendirilmesini sağlamak amacıyla çıkarılmıştır (NHK m. 1).

Türk Medeni Kanunu'nun "kişisel durum sicili" olarak adlandırdığı sicil, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda "nüfus kütüğü" adıyla yer alır (NHK m. 5/1; 3/1-ş). Nüfus kütükleri; kişilerin kimliklerinin, yerleşim yeri adreslerinin, aile bağlarının, vatandaşlık durumlarının ve şahsî hallerinin belirlenmesi amacıyla ilçe ve aile esasına göre nüfus olaylarının tescil edildiği, daimî olarak saklanması gerekli resmî belgelerdir (NHK m. 3/1-ş). Kanun'un yaptığı bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, "kişisel durum sicili" ile "nüfus kütüğü" kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda kişisel durum sicili olarak düzenlenen "doğum kütüğü" (TMK m. 41-42), "ölüm kütüğü" (TMK m. 43-46) ve "evlenme kütüğü"

[24] Yargıtay 8. HD'nin 11.01.2018 tarih ve E: 2017/6795 K: 2018/248 sayılı kararı (www.e-uyar.com).
[25] EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. B., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1993, s. 377; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 157; DURAL / ÖĞÜZ, s. 205.
[26] DURAL / ÖĞÜZ, s. 206; HELVACI, s. 167; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 116.

(TMK m. 144) dışında ayrıca, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda da "nüfus kütüğü" (NHK m. 3/1-u), "aile kütüğü" (NHK m. 3/1-e), "özel kütük" (NHK m. 3/1-z) ve "yabancılar kütüğü"nden (NHK m. 3/1-z, çç) bahsedilmektedir.

Nüfus kütüğü; aile kütüğü, özel kütük ve yedeklerinden oluşan kayıtların tümünden oluşur (NHK m. 3/1-u). Aile kütüğü, nüfus olaylarına ilişkin kayıtların kâğıt veya elektronik ortamda tutulduğu kütüktür (NHK m. 3/1-e). Aile kütüklerinde Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası; kayıtlı bulunduğu il, ilçe, köy veya mahalle adı ile cilt, aile ve birey sıra numarası; kişinin adı ve soyadı, cinsiyeti, baba ve ana adı ile soyadları, evli kadınların önceki soyadları; doğum yeri ile gün, ay ve yıl olarak doğum tarihi ve kütüğe kayıt tarihi; evlenme, boşanma, soybağının kurulması veya reddi, ölüm, vatandaşlığın kazanılması veya kaybedilmesi gibi kişisel durumda meydana gelen değişiklik veya yetkili makamlarca yapılan düzeltmeler; dini; medenî hali; yerleşim yeri adresi; fotoğrafı; biyometrik verisi ile velayete ve vesayete ilişkin bilgileri yer alır (NHK m. 7/1).

IV. KİŞİSEL DURUM SİCİLİNDEKİ KAYDIN DÜZELTİLMESİ

Nüfus kayıtları, hem Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda hem de Türk Medeni Kanunu'nda kişisel durum sicili olarak düzenlenmiş ve resmî kayıt olarak kabul edilmiştir. Nüfus kaydının düzeltilmesinin kapsamında; ad, soyadı, cinsiyet, doğum kaydı değişikliği gibi nüfus kayıtlarının düzeltilmesi talepleri bulunur[27]. Kişisel nüfus kaydının düzeltilmesi talepleri kişinin kendisi, velisi, vasisi, vekili tarafından talep edilen ve kişisel nüfus kayıtlarındaki yanlışlıkların düzeltilmesini, kaldırılmasını veya değiştirilmesini amaçlayan taleplerdir[28].

Nüfus kaydı yapılırken nüfus kütüğündeki bilgiler, kaydı yapan memurun dikkatsizliğinden, beyanda bulunan kişinin hatasından veya sunulan belgenin gerçeği yansıtmamasından dolayı yanlış yazılmış olabilir. Böyle bir durumda, resmî sicildeki kaydın doğru olmaması, kaydın baştan yanlış olarak kütüğe geçirilmesi sebebiyle nüfus kaydının mahkeme kararı ile bir kısmının veya tamamının düzeltilmesi talep edilebilir[29]. Nitekim kesinleşmiş mahkeme kararı olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek bir şerh konulamaz (TMK m. 39; NHK m. 35/1) . Nüfus kayıtlarındaki yanlışlığın ispatlanması hâlinde kayıt zaten düzeltileceğinden, düzeltme taleplerinde haklı sebebin varlığı (bkz. TMK m. 27/1) aranmaz.

Nüfus kaydının düzeltilmesi, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun "Nüfus Davaları" başlıklı 36. maddesinde düzenlenmiştir. Öte yandan Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik[30]

[27] AYM'nin 30.03.2012 tarih ve E: 2011/34 K: 2012/48 sayılı kararı (www.kazanci.com).
[28] ÖZDAMAR, s. 1652; ÖZKAN / İŞTİP ATAÇ, s. 47.
[29] BELGESAY, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medeni Şerhi I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1945, s. 164; Yargıtay HGK'nin 24.01.2018 tarih ve E: 2017/1-1553 K: 2018/83 sayılı kararı; Yargıtay HGK'nin 13.11.2013 tarih ve E: 2013/18-354 K: 2013/1554 sayılı kararı; Yargıtay HGK'nin 30.01.2008 tarih ve E: 2008/2-36 K: 2008/47 sayılı kararı; Yargıtay 18. HD'nin 26.05.2016 tarih ve E: 2016/9293 K: 2016/8531 sayılı kararı, Yargıtay 18. HD'nin 21.04.2016 tarih ve E: 2015/9092, K: 2016/6310 sayılı kararı (www.e-uyar.com).
[30] RG. 23.11.2006, S. 26355.

ile Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nde[31] de kayıt düzeltmeye ilişkin benzer düzenlemeler bulunmaktadır.

Nüfus kaydının düzeltilmesi talepleri ile nüfus sicilinde yer alan maddi bir hatanın düzeltilmesi veya nüfus kayıtlarına ilişkin her türlü değişiklik (NHK m. 36/1-a) amacı güdülmektedir[32]. Korunmaya değer kişisel bir menfaatini inandırıcı bir şekilde ortaya koyabilen herkes, medeni duruma ilişkin ihtilaflı bilgilerin kaydedilmesi, bir kaydın düzeltilmesi veya silinmesi için mahkemede dava açabilir (ZGB Art. 42).

Her ne kadar gerek Nüfus Hizmetleri Kanunu gerek bu Kanun'a ilişkin yönetmeliklerde "dava" terimi kullanılmış olsa da nüfus kayıtlarının düzeltilmesi, niteliği itibariyle bir çekişmesiz yargı işidir (bkz. HMK m. 382/2-a, 5). Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi, açıkça bir çekişmesiz yargı işi olarak düzenlenmiştir (HMK m. 382/2-a, 5)[33].

Elbette, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu şekilde bir düzenlenme yapılmasının sebebi, yukarıda bahsedilen çekişmesiz yargı işi olma ölçütlerini sağlamasıdır. Kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi işi, uyuşmazlık yokluğu ölçütü bakımından bir çekişmesiz yargı işidir[34]. Zira kişisel durum sicilindeki bir kaydın düzeltilmesini talep eden, nüfus müdürü veya onun görevlendireceği nüfus memuru ile herhangi bir çekişmeye girmemektedir. Öte yandan karara bağlı olarak kişisel durum sicilindeki kayıtta bir düzeltme yapılmasının inşai nitelikte olması da bu talebi, çekişmesiz yargı işi haline getiren bir diğer unsurdur[35].

V. GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesine göre, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir. Bu düzenlemeye göre, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin açıkça tayin edilmemiş olması halinde görevli mahkeme

[31] RG. 09.05.2020, S. 31122.

[32] ÖKTEM ÇEVİK, Seda: "Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s. 2112.

[33] Yargıtay da nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin davaların, bir çekişmesiz yargı işi olduğuna karar vermiştir (Yargıtay 18. HD'nin 21.04.2016 tarih ve E: 2016/2154 K: 2016/6316 sayılı kararı; www.e-uyar.com).

[34] BİLGE, Necip: Medeni Yargılama Hukuku, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1965, s. 38; KURU, *Nizasız Kaza*, s. 20-21.

[35] ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul, Filiz Yayınevi, 2000, s. 32; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 30.

sulh hukuk mahkemesi olacaktır[36]. Bu durumda, sulh hukuk mahkemesinin çekişmesiz yargı işleri açısından "genel görevli mahkeme" olduğu ifade edilebilir[37].

Bazı çekişmesiz yargı işlerinde ise sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu açıkça belirtilmiştir. Örneğin HUAK m. 18/2'ye göre, "Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi"nde görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesidir. Öte yandan Türk Medeni Kanunu'nun 598. maddesinin birinci fıkrasına göre; "Başvurusu üzerine kanuni mirasçı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir."

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile çekişmesiz yargı işlerinde artık sulh hukuk mahkemesinin görevi asıl, asliye hukuk mahkemesinin görevi istisna olduğundan, bir çekişmesiz yargı işiyle ilgili olarak kanunda sadece mahkemeden veya hâkimden söz ediliyorsa, bundan anlaşılması gereken sulh hukuk mahkemesidir (bkz. TMK m. 32; TBK m. 44/1; TBK m. 187/1; TTK m. 82/7)[38]. Başka bir deyişle bu hükümle, kanunlarda özel bir düzenleme bulunmadığı sürece, çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemelerinin genel görevli yargı yeri olduğu hususuna açıklık getirilmiştir. Dolayısıyla, özel bir kanun hükmü ile bazı çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemesi dışında bir mahkeme görevlendirilebilir. Bu durumda görevli mahkeme, özel kanunda belirtilen mahkemedir[39].

Çekişmesiz yargı işi olan ad ve soyadı değişikliğine ilişkin talepler, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen nüfus davaları içerisinde yer alır. Neticede ad ve soyadı değişikliği talepleri, kişisel durum sicilindeki değişikliklerden biridir. Ancak Yargıtay, ad ve soyadı değişikliklerinde Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiş olsa da Yargıtay'ın bu belirlemesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz[40]. Zira ad ve soyadın haklı sebeple

---

[36] "*382. maddede sayılmamakla beraber çekişmesiz yargının ölçütlerinden birini veya birkaçını taşıyan bir iş de çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilmelidir. Gaipliğe karar verilmesi davası 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde belirtilen çekişmesiz yargı işlerinden sayılmalıdır. Kaldı ki, 382. maddenin 2-a.4. maddesinde "gaiplik kararı" çekişmesiz yargı işi sayılmış olup aynı kanunun 383. maddesinde de çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi olacağı hükmüne yer verilmiştir. Gaiplik kararı isteğine ilişkin uyuşmazlık, çekişmesiz yargı işi niteliğinde olup sulh hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir*" Yargıtay 17. HD'nin 11.04.2013 tarih ve E: 2013/4162 K: 2013/5361 sayılı kararı (www.e-uyar.com).

[37] ATALI, Murat: Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2127. [Pekcanıtez Usul].

[38] "*HMK'nın 383. maddesine göre çekişmesiz yargıda sulh hukuk mahkemesinin görevi asıl olup asliye hukuk mahkemesinin görevi istisna olduğundan yalnız 'mahkeme' veya 'hâkim' terimlerinin kullanıldığı bütün çekişmesiz yargı işleri için sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmaktadır*" Yargıtay 17. HD'nin 23.12.2014 tarih ve E: 2014/23794, K: 2014/19391 sayılı kararı (www.e-uyar.com). ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 108- 109; ARAS, Aslı: "Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki", *İÜHFD*, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2016, s. 68- 69. Ayrıca bkz. ATALI, *Pekcanıtez Usul*, s. 2130; KURU, *Nizasız Kaza*, s. 130- 131.

[39] HMK m. 383 gerekçesi.

[40] Yargıtay 2. HD'nin 15.12.2014 tarih ve E: 2014/17966 K: 2014/25724 sayılı kararı; Yargıtay 8. HD'nin 23.06.2021 tarih ve E: 2021/2480 K: 2021//5415 sayılı kararı; Yargıtay HGK'nin 25.12.2013 tarih ve E: 2013/18-464 K: 2013/1698 sayılı kararı; Yargıtay HGK'nin 30.09.2015 tarih ve E: 2014/18-210 K: 2015/2028 sayılı kararı; Yargıtay HGK'nin 03.11.2010 tarih ve E: 2010/18-563 K: 2010/554 sayılı kararı (www.e-uyar.com). Öğretide aynı yönde görüş için bkz. YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 3512; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 111.

değiştirilmesine ilişkin talepler kişisel durum sicilindeki mevcut kaydın değiştirilmesini ve düzeltilmesini gerektirdiğinden esas itibarıyla "nüfus kaydının düzeltilmesi" niteliğinde olsa ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesi kapsamında sayılsa da görevli mahkemenin belirlenmesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Nitekim çekişmesiz yargı işlerini düzenleyen 382. maddede "ad ve soyadın değiştirilmesi" ile "kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi" ayrıca belirtilmiştir. Bu sebeple kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi talepleri açısından Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesi görevli kabul edilmesi hususunda bir sorun bulunmamaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesi kapsamında olan ad ve soyad değişikliğinde görevli mahkeme gösterilmediğinden ve buna ilişkin açık bir düzenleme de bulunmadığından, HMK'nın 383. maddesi uyarınca ad ve soyadı değişikliğine ilişkin taleplerde sulh hukuk mahkemesi görevli olmalıdır[41]. Ancak ergin kişinin haklı sebeple soyadının değiştirilmesi niteliğinde olmayan "evlilik içinde doğan çocuğun, doğumla kazandığı aile soyadının velayet hakkı kapsamında değiştirilmesi taleplerinde ise aile mahkemesi görevlidir[42].

Son tahlilde, kanun koyucunun HMK'da sayılan çekişmesiz yargı işlerinde kişisel durum çilindeki bir değişiklik olan "ad ve soyadı değişikliği"ni ayrıca belirtmiş olması, görevli mahkemenin tespitinde NHK'nın 36. maddesinin değil HMK'nın 383. maddesinin uygulanması gerektiğine işaret etmektedir. Öte yandan "değişiklik" ve "düzeltme" kavramlarının farklı olduğu bu iki kavramın birbirini kapsamadığı göz önünde bulundurulduğunda, ad ve soyadı değişikliklerinde asliye hukuk mahkemesinin değil sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu sonucuna ulaşmaktayız.

Kaynakça

ABİK, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

ALANGOYA, Yavuz: "İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya İlişkin Düşünceler", *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV,* (*Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı), TBB Yayınları,* Ankara 2005, s. 110-121.

ARAS, Aslı: "Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki", *İÜHFD*, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2016, s. 65- 86.

[41] "*6100 Sayılı HMK'nın 382/2-a-2 maddesinde ad ve soyadının değiştirilmesi çekişmesiz yargı işlerinden sayılmış, 383. maddede ise, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesine ait olduğu belirtilmiştir. TMK'nın 27. maddesinde; "Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir." hükmü yer almaktadır. Davacıların talebine konu ad değişikliği de, hukuki niteliği itibariyle TMK'nın 27. maddesinde bahsi geçen haklı nedenle ad değişikliği davasıdır ve bu dava türü HMK'nın 383/2-a-2 maddesine göre çekişmesiz yargı işlerinden sayılır. Buna göre çekişmesiz yargı niteliğinde olan haklı nedenle adın değiştirilmesi davasının sulh hukuk mahkemesinde görülerek sonuçlandırılması gerekir*" Yargıtay 17. HD'nin 17.10.2012 tarih ve E: 2012/11283 K: 2012/11293 sayılı kararı (www.e-uyar.com).

[42] Yargıtay 8. HD'nin 02.10.2019 tarih ve E: 2019/4689 K: 2019/8434 sayılı kararı; Yargıtay 8. HD'nin 12.04.2021 tarih ve E: 2019/5440 K: 2021/3370 sayılı kararı; Yargıtay 8. HD'nin 12.04.2018 tarih ve E: 2017/7424 K: 2018/11218 sayılı kararı; Yargıtay 8. HD'nin 03.04.2018 tarih ve E: 2018/7355 K: 2018/10547 sayılı kararı; Yargıtay 8. HD'nin 22.03.2018 tarih ve E: 2018/7241 K: 2018/9832 sayılı kararı; Yargıtay 8. HD'nin 08.02.2018 tarih ve E: 2018/6863 K: 2018/1862 sayılı kararı; Yargıtay 8. HD'nin 16.03.2017 tarih ve E: 2017/1135 K: 2017/3789 sayılı kararı; Yargıtay 8. HD'nin 12.04.2018 tarih ve E: 2018/7432 K: 2018/11221 sayılı kararı (www.e-uyar.com).

ARAS, Aslı: Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017. [Çekişmesiz Yargı].

ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 8. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.

ATAAY, Aytekin: "Ad ile İlgili Temel Bilgiler", *İÜHFM,* Cilt XXVI, Sayı 1-4, 1960, s. 188-191.

ATAAY, Aytekin: Şahıslar Hukuku-Hakiki Şahıslar/Hükmi Şahıslar, Uycan Matbaası, İstanbul 1966.

ATALI, Murat: "Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı", *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV,* (*Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı), TBB Yayınları,* Ankara 2005, s. 50-105.

ATALI, Murat: Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017. [Pekcanıtez Usul].

AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.

BELGESAY, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medeni Şerhi I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1945.

BİLGE, Necip: Medeni Yargılama Hukuku, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1965.

BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, 4. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

CENGİZ, Bilal: Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, M. Tufan: Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, C. II, 23. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. B., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1993.

GENÇCAN, Ömer Uğur: Nüfus Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.

GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, 11. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 7. B., Legal Kitabevi, İstanbul 2016.

KÖPRÜLÜ, Bülent: Medeni Hukuk-Genel Prensipler/Kişinin Hukuku, 2. B., Acar Matbaacılık, İstanbul 1984.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. B., Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

KURU, Baki: Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961. [Nizasız Kaza].

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

ÖKTEM ÇEVİK, Seda: "Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s. 2105-2130.

ÖZDAMAR, Demet: "5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Türk Medeni Kanunu'ndaki İlkeler Işığında Değerlendirilmesi," *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. III*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 1599-1677.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *AÜHFD*, Cilt LVII, Sayı 3, 2008, s. 561-598.

ÖZKAN, Hasan/ İŞTİP ATAÇ, Kifayet: Yeni 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasına Göre Düzenlenen Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 3. B., Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977.

ÖZTAN, Bilge: Şahsın Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1994.

PÜRSELİM ARNİNG, Hatice Selin: Türk, Alman, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 8. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul, Filiz Yayınevi, 2000.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Medeni Hukuk Dersleri-Şahsın Hukuku, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1948.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Yargıtay 2. HD'nin 15.12.2014 tarih ve E: 2014/17966 K: 2014/25724 sayılı kararı.

Yargıtay 3. HD'nin 07.04.1987 tarih ve E: 1987/1768 K: 1987/3765 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 02.10.2019 tarih ve E: 2019/4689 K: 2019/8434 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 02.10.2019 tarih ve E: 2019/4689 K: 2019/8434 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 03.04.2018 tarih ve E: 2018/7355 K: 2018/10547 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 08.02.2018 tarih ve E: 2018/6863 K: 2018/1862 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 11.01.2018 tarih ve E: 2017/6795 K: 2018/248 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 12.04.2018 tarih ve E: 2017/7424 K: 2018/11218 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 12.04.2018 tarih ve E: 2018/7432 K: 2018/11221 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 12.04.2021 tarih ve E: 2019/5440 K: 2021/3370 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 14.12.2017 tarih ve E: 2017/6311 K: 2017/16881 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 16.03.2017 tarih ve E: 2017/1135 K: 2017/3789 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 22.03.2018 tarih ve E: 2018/7241 K: 2018/9832 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 23.06.2021 tarih ve E: 2021/2480 K: 2021//5415 sayılı kararı.

Yargıtay 17. HD'nin 11.04.2013 tarih ve E: 2013/4162 K: 2013/5361 sayılı kararı.

Yargıtay 17. HD'nin 17.10.2012 tarih ve E: 2012/11283 K: 2012/11293 sayılı kararı.

Yargıtay 17. HD'nin 23.12.2014 tarih ve E: 2014/23794, K: 2014/19391 sayılı kararı.

Yargıtay 18. HD'nin 21.12.2009 tarih ve E: 2009/8811 K: 2009/12227 sayılı kararı.

Yargıtay 18. HD'nin 03.11.2016 tarih ve E: 2015/13345 K: 2016/1188 sayılı kararı.

Yargıtay 18. HD'nin 08.02.2011 tarih ve E: 2010/12575 K: 2011/1387 sayılı kararı.

Yargıtay 18. HD'nin 11.05.2010 tarih ve E: 2010/3856 K: 2010/7362 sayılı kararı.

Yargıtay 18. HD'nin 13.03.1992 tarih ve E: 1992/411 K: 1992/1351 sayılı kararı.

Yargıtay 18. HD'nin 20.03.2014 tarih ve E: 2014/1026 K: 2014/5132 sayılı kararı.

Yargıtay 18. HD'nin 21.04.2016 tarih ve E: 2015/9092, K: 2016/6310 sayılı kararı.

Yargıtay 18. HD'nin 21.04.2016 tarih ve E: 2016/2154 K: 2016/6316 sayılı kararı.

Yargıtay 18. HD'nin 26.05.2016 tarih ve E: 2016/9293 K: 2016/8531 sayılı kararı.

Yargıtay HGK'nin 01.03.2000 tarih ve E: 2000/18-127 K: 2000/154 sayılı kararı.

Yargıtay HGK'nin 01.12.1999 tarih ve E: 1999/18-966 K: 1999/1010 sayılı kararı.

Yargıtay HGK'nin 03.11.2010 tarih ve E: 2010/18-563 K: 2010/554 sayılı kararı.

Yargıtay HGK'nin 13.11.2013 tarih ve E: 2013/18-354 K: 2013/1554 sayılı kararı.

Yargıtay HGK'nin 24.01.2018 tarih ve E: 2017/1-1553 K: 2018/83 sayılı kararı.

Yargıtay HGK'nin 25.12.2013 tarih ve E: 2013/18-464 K: 2013/1698 sayılı kararı.

Yargıtay HGK'nin 30.01.2008 tarih ve E: 2008/2-36 K: 2008/47 sayılı kararı.

Yargıtay HGK'nin 30.09.2015 tarih ve E: 2014/18-210 K: 2015/2028 sayılı kararı.

AYM'nin 30.03.2012 tarih ve E: 2011/34 K: 2012/48 sayılı kararı.

TAŞINMAZIN DEVRİNE VEYA TAŞINMAZ ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK KURULMASINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK

Dr. Öğr. Üy. Meltem ERCAN ÖZLER*

ÖZET

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na eklenen 17/B maddesi ile taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların ihtiyari arabuluculuğa elverişli olduğu düzenlenmiştir. Kanun çerçevesinde, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa tabidir (HUAK m. 1, 2). Bu kapsamda taşınmazın devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin taleplerin "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği "bir uyuşmazlık olup olmadığı, özellikle tahkime elverişliliği düzenleyen HMK m. 408 hükmünde yer alan "iki tarafın iradelerine tabi olmayan" işler ve bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması bakımından önemli olan kamu düzeni kavramları üzerinde düşünülerek değerlendirilmelidir. Nitekim tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler, sulh olarak sona erdirebilecekleri uyuşmazlıklar iken; iki tarafın iradesine tabi olmayan işler, bir işlemin geçerliliği için kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği hallerdir. Diğer yandan yargı kararlarında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler çoğunlukla kamu düzenine dahil olmayan işler olarak kabul edilmekle birlikte, taşınmazın aynı ile ilgili işler bu kapsamda sayılmamaktadır.

Öte yandan taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların kararlaştırması ve arabulucunun bu kararı tutanak altına alarak başvurusu üzerine, arabuluculuk süreciyle sınırlı olarak tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilir (HUAK m. 17/B, 2). Böylece tasarruf yasağı şeklinde teminaten tedbir kararı ile taşınmaz malikinin malın korunması için malın devri, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemleri belli bir süre yapmamasına karar verilir. Usul hukuku bakımından arabulucunun geçici hukuki himayeye karar verip veremeyeceği de değerlendirilmelidir.

Son olarak, arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, taşınmazlar ile ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar gözetilmek suretiyle düzenlenir (HUAK m. 17/B, 3). Diğer özel hukuk uyuşmazlıklarından farklı olarak bu uyuşmazlıklarda anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur. (HUAK m. 17/B, 4). İcra edilebilirlik şerhi verilen arabuluculuk anlaşma belgesine istinaden taraflardan biri tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir ve gerekli işlemleri yapabilir (HUAK m. 17/B, 5).

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku ABD. Öğretim Üyesi meltem.ercan@selcuk.edu.tr ORCID: 0000-0002-2713-9761.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz devri, Taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulması, İhtiyari arabuluculuk, Tedbir kararı, İcra edilebilirlik.

GİRİŞ

Bilim ve teknolojide meydana gelen gelişmeler, insanlar arasındaki iletişim ve etkileşimin artmasına bağlı olarak sorunların da çoğalmasına ve bu sorunların çözümü için etkili, hızlı ve kalıcı birtakım yolların aranmasına sebep olmuştur[1]. Bu arayış, uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında daha barışçıl ve uzlaştırmacı alternatif yollarla çözümlenmesi ihtiyacını artırmıştır[2]. Özellikle mahkemelerin iş yükünün ve buna bağlı yargılama giderlerinin artması, yargının yavaş işlemesi ve tüm bunların getirdiği olumsuzluklar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin pek çok ülke hukuk sistemine entegre sürecini başlatmıştır[3].

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet halinde olmadığı gibi, amacı yargısal yollara başvuru imkanını ortadan kaldırmak da değildir[4]. Bu yöntemlerle, Devlete ait mutlak yargı yetkisine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır[5]. Böylece uyuşmazlığın taraflarınca kararlaştırılan yöntemlerle çözümü, daha ilişkileri koruyan barışçıl bir nitelik

---

[1] ÖZEKES, Muhammet: Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 15. B., İstanbul 2017, s. 2805 [Pekcanıtez Usul]; ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, C. 1, 4. B., Ankara 2016, s. 132 vd. [Alternatif]; BÖRÜ, Levent/ PARLAK BÖRÜ, Şafak: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 17; ÖZMUMCU, Seda: Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, On İki Levha Yayıncılık, 3. B., İstanbul 2013, s. 7 vd. [Uzakdoğu Arabuluculuk]; MOORE, Christopher W.: Arabuluculuk Süreci, Nobel Yayıncılık, Ankara 2016, s. 61 vd.; EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet/ ATALI, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, 1. B., İstanbul 2018, s. 6-7; GÖRGÜN, Şanal/ BÖRÜ, Levent/ KODAKOĞLU, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 28. 07. 2020 Tarih ve 7251 sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 10. B., Ankara 2021, s. 731.

[2] ROSENBERG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz/ GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, C.H. Beck, 18. neu bearbeitete Auflage, München 2018, § 1, Rn. 20 vd.; ÖZEKES, *Pekcanıtez Usul*, s. 2806; BÖRÜ, Levent, "Tahkim Sözleşmesinin Varlığı Durumunda Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanamayacağı Üzerine Değerlendirmeler (HUAK m. 18/A,18)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 31, Sayı 1, Yıl 2023, (s. 65-89), s. 69 vd. [Tahkim Sözleşmesi].

[3] ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 6. B., Ankara 2020, s. 792; GÖRGÜN/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU, s. 731; ÖZBAY, İbrahim: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Yıl 2006, Cilt X, Sayı 3-4, (s. 459-475), s. 459; IŞIK, Serpil: "Mediation as an Alternative Dispute Resulation Method and Mdiation Process in Turkish Law System an Overwiev", *Annales XLVII,* N.65, 2016, (s. 55-87), s. 59-60; ERSEN PERÇİN, Gizem: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Yıl 2011, Cilt 31, Sayı 2, (s. 177-201), s. 178.

[4] EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ ATALI, s. 7; ÖZEKES, *Pekcanıtez Usul*, s. 2806; ÖZBEK, *Alternatif,* s. 201; BÖRÜ, *Tahkim Sözleşmesi*, s. 69; TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, 2. B., Ankara 2022, s. 27-28; ERKAN, Mustafa: Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, 1. B., İstanbul 2020, s. 19; KEKEÇ, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, 6325 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. B., Ankara 2014, s. 59.

[5] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Genel Gerekçesinden.

taşır[6]. Arabuluculuk yöntemi de mahkeme yargısına alternatif bir yöntem olmayıp, adalete erişimde mahkemelere yardımcı bir usuldür[7].

Ülkemizde tüm bu ihtiyaçlar göz önüne alınarak ilk defa 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile ihtiyari arabuluculuk müessesi kabul edilmiştir[8]. Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde yer alan esas bir model olup, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tüm özelliklerini taşır. Arabuluculuk, uyuşmazlıkların tarafsız bir üçüncü kişi yardımıyla çözümlenmesi usulüdür[9]. Arabulucu, kural olarak taraflara bir çözüm önermez, tarafların kendilerinin çözüme ulaşmasına yardım eder[10]. Kanun tarafların iradesi ile gönüllü olarak başvurdukları ihtiyari arabuluculuğu esas almıştır. Ancak daha sonraki dönemlerde kanun koyucu iş, ticari ve tüketici gibi bazı hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulmasını zorunlu bir hale getirmiştir. Bunlara ek olarak, 28. 03. 2023 tarihinde kabul edilerek yayımlanan 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[11] ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda yapılan değişiklikle kira ilişkisinden, taşınır ve taşınmazın paylaştırılması ve ortaklığın giderilmesinden, Kat Mülkiyeti Kanunundan ve komşu hakkından doğan uyuşmazlıklarda da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunlu bir hale getirilmiştir (6325 s. K. m. 18/B).

---

[6] ROSENBERG/ SCHWAB/ GOTTWALD, § 1, Rn. 21, 25; WALL, James A./ STARK, John B./ STANDIFER, RHETA L.: "Mediation a Current Review and Theory Development", *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 45, No.3, June 2001, (s. 370-391), s. 371-372.

[7] AYM, 10.07.2013, 94/89 (RG. 25.01.2014, S. 28893). Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemindeki alternatif kavramı ile mahkemelerde uygulanacak olan yargılama kurallarının alternatifi ifade edilmektedir. Bkz. ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Modeller, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 21. ÖZBAY, s. 460; ERKAN, s. 16. Yargılama dışı uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu hakkında bkz. ÖZBEK, *Alternatif,* s. 192 vd.; MANAV ÖZDEMİR, Eda: "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", *Çalışma ve Toplum,* Yıl 2015, Sayı 4, (s. 185-222), s. 202; KEKEÇ, s. 13; YAZICI TIKTIK, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 1. B., İstanbul 2013, s. 5. Dostane çözüm yöntemi olduğu hakkında bkz. TANRIVER, s. 28; KIYAK, Emre: Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 25-26.

[8] RG. 22.06.2012, S. 28331.

[9] ÖZBEK, *Alternatif,* s. 592; ÖZBAY, s. 465; TANRIVER, s. 40-41; IŞIK, s. 63; WALL/ STARK/ STANDIFER, s. 370; NAUSS EXON, Susan: "The Effects That Mediator Style Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation", *University Of San Francisco Law Review,* Vol. 42, Winter 2008, (s. 577-620), s. 587; MOORE, s. 8; ÖZMUMCU, *Uzakdoğu Arabuluculuk,* s. 276 vd.; GÖRGÜN/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU, s. 733; BÖRÜ/ PARLAK BÖRÜ, s. 31; EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ ATALI, s. 16; ERSEN PERÇİN, s. 185; MANAV ÖZDEMİR, s. 205; KEKEÇ, s. 25; YAZICI TIKTIK, s. 8-9; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 27.

[10] WALL/ STARK/ STANDIFER, s. 375; KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 565-566; ÖZBAY, s. 465; PEKCANITEZ, Hakan: "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 5, Aralık 2005, (s.12-16), s. 16; IŞIK, s. 64; ÖZMUMCU, *Uzakdoğu Arabuluculuk*, s. 281 vd.; ÖZEKES, *Pekcanıtez Usul*, s. 2814; PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, Ders Kitabı, 10. B., İstanbul 2022, s. 634; EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ ATALI, s. 16; KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. B., İstanbul 2020, s. 878; ÖZMUMCU, Seda: "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXXIV, Sayı 2, (s. 807-842), s. 837.

[11] 05. 04.2023 tarih ve 32154 sayılı R.G.

7445 sayılı Kanun ile getirilen diğer önemli bir düzenleme, taşınmazın devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların da arabuluculuğa elverişli bir hale getirilmiş olmasıdır. Bu kapsamda taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk düzenlemesi 01. 09. 2023 tarihinde yürürlüğe girecek (7445 s. K. m. 43/I, a) ve bu tarihten itibaren ilgili konulardaki uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuk kapsamında değerlendirilecektir.

Çalışmamızda, arabuluculuğa elverişlilik açısından taşınmazın devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesisine ilişkin uyuşmazlıkların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlık olup olmadığı; arabulucunun taşınmazın devrine ve sınırlı ayni hak tesisine ilişkin uyuşmazlıklarda şerh yetkisi ve bunun geçici hukuki himaye tedbirleri açısından sınırı, taşınmazın devrine ve sınırlı ayni hak tesisine ilişkin uyuşmazlıklarda icra edilebilirlik şerhinin alınması zorunluluğu ve bunun yol açabileceği sorunlar değerlendirilecektir.

I. İHTİYARİ ARABULUCULUĞUN UYGULAMA ALANI

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu arabuluculuğu, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlamaktadır (HUAK m. 2/I, b). Tüm uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi arabuluculukta da amaç, uyuşmazlığı çözmektir[12]. Uyuşmazlık, kişiler arasındaki anlaşmazlığın ortaya çıkarılarak anlatılması ve açıklanmasıdır[13]. Uyuşmazlık kavramı, çatışma ve dava konusu kavramlarından farklıdır[14]. Çatışma çıkarların, hedeflerin, inançların, değerlerin, beklentilerin ve görüşlerin dinamik bir zeminde uyumsuzluğu olarak tanımlanan bir anlaşmazlık türüdür[15]. Uyuşmazlık ise bir anlaşmazlığın daha erken, daha az karmaşık, daha yüzeysel, daha kısa zamanda ve daha kolay çözümlenebilecek özelliklerine sahip olan şeklidir. Dava konusu ise doktrinde pek çok farklı tanımı olmakla birlikte en basit anlamıyla, dava ile elde edilmek istenilen sonuçtur[16]. Dava konusu ve uyuşmazlık (çekişme) konusu kavramlarının kanuni tanımları bulunmamaktadır. Ancak maddi hukuk ilişkisinin taraflarının (maddi hukuka ilişkin) uyuşmazlık konusu üzerinde dava açmaları halinde, bu talepleri usulî bir talep olan dava konusunu belirler. Örneğin, taşınmazın devrine ilişkin talepte, uyuşmazlık konusu olan taşınmaz hakkında dava açılması halinde söz konusu olacak devir talebi (istihkak, tapu iptal ve tescil, müdahalenin önlenmesi, zilyetlik vb.) usulî bir talep olarak davanın konusunu, diğer bir deyişle mahkemeden istenilen hukuki korumayı belirleyecektir. Uyuşmazlık konusu kavramı, dava konusu

[12] EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ ATALI, s. 18.
[13] BÖRÜ/ PARLAK BÖRÜ, s. 26.
[14] ERCAN ÖZLER, Meltem: Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu, On İki Levha Yayıncılık, 1. B., İstanbul 2019, s. 118 vd.; BÖRÜ, Levent: "Dava Konusu Kavramı ve Teorileri", *Batider* 2012, Cilt XXVII, (s. 257-293), s. 257 vd. [Dava Konusu].
[15] Uzman Arabuluculuğa Giriş Kitabı, Ankara 2023.
[16] ERCAN ÖZLER, s. 57; BÖRÜ, *Dava Konusu,* s. 283.

kavramına göre daha geniş bir anlama sahiptir[17]. Dava konusu kavramı ise davanın açılması halinde ortaya çıkan usulî bir taleptir ve daha dar anlamlıdır. Ancak hem uyuşmazlık hem çatışma hem de dava konusu kavramları kimi zaman birbirlerinden ayrı ve kimi zaman da birbirlerine sirayet eden kavramlardır. Dava açılmadan önce uyuşmazlık hakkında arabuluculuğa başvuru yapılabilirken, dava açıldıktan sonra dava konusu edilen uyuşmazlık hakkında da arabuluculuk sürecinin işletilebilmesi mümkün olabilmektedir (HMK m. 140, 2). Bununla birlikte, taraflarca birden fazla kez arabuluculuğa başvurulmuş bir anlaşma sağlanamamış ve uyuşmazlık, derinleşen bir çatışma konusu haline dönüşmüş de olabilir.

Arabuluculuğun amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tarafların karşılıklı menfaatleri gözetilerek çözüme kavuşturulmasıdır; yoksa hak temelli olarak uyuşmazlık çözümünde hukuk kurallarının uygulanması ve yargılama yapılarak bir sonuca varılması amaçlanmamaktadır[18]. Arabuluculuk, bir uyuşmazlık veya anlaşmazlık çözümüne yardımcı olma yöntemi, diğer bir deyişle aralarında önemli farklılıklar bulunan konular hakkında somut çözümlere ve sonuçlara ulaşmaları yolunda taraflara yardım etmeye çalışan, hedefe yönelik bir süreçtir[19].

İhtiyari arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulama alanı bulur (HUAK m. 1/II, c. 2). Genel itibarıyla taraflar bir uyuşmazlık ile ilgili kendi özgür iradeleriyle, mahkemenin kararına gerek olmadan hareket edip hukuken bir sonuç elde edebiliyorlarsa, o uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olduğu kabul edilir[20]. Kamu düzenine ilişkin olup tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği uyuşmazlıklar ise arabuluculuğa elverişli değildir[21].

Taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuk usulünü de kendileri belirleme yetkisine sahiptirler. Arabuluculuk esnek bir süreçtir. Yargılamadaki gibi katı kuralları yoktur. Bu nedenle, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla taraflar, arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırır (HUAK m. 15, II). Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini kendisi yürütmelidir (HUAK m. 15, III).

II. TAŞINMAZIN DEVRİ VE TAŞINMAZ ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK KURULMASINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR VE BU KONUDA ARABULUCULUK İLE İLGİLİ DÜZENLEME

28. 03. 2023 tarihinde kabul edilerek yayımlanan "*7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun",* 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na, 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girecek olan 17/B maddesi ile taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk düzenlemesini getirmektedir. Bu kapsamda;

[17] ERCAN ÖZLER, s. 119.
[18] BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. B., Ankara 2020, s. 466; BÖRÜ/ PARLAK BÖRÜ, s. 30.
[19] MOORE, s. 24.
[20] BÖRÜ/ PARLAK BÖRÜ, s. 34.
[21] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. III B.

MADDE 17/B- (1) Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir.

(2) Birinci fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklarda, tarafların yazılı olarak kararlaştırması ve arabulucunun bu kararı tutanak altına alması halinde arabulucunun talebiyle, arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilir. Bu şerh, tarafların anlaşamaması veya tarafların şerhin kaldırılması konusunda anlaşması halinde arabulucunun talebiyle, üç aylık sürenin sonunda ise kendiliğinden kalkar.

(3) Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenir.

(4) Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu olup bu şerh taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden alınır. Mahkeme yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetler; bu kapsamda kurum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilir ve gerektiğinde duruşma açabilir.

(5) Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin verilmesiyle ilgili diğer hususlar hakkında 18 inci madde hükmü uygulanır.

III. TAŞINMAZIN DEVRİ VE TAŞINMAZ ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK KURULMASINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK İLE İLGİLİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. Genel Olarak

Taşınmazın devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olup olmadığı uzun süredir üzerinde tartışılan bir hususdu. Bu kapsamda tartışmalar genellikle şu iki noktada toplanmaktaydı;

Öncelikle hem doktrinde hem de yargı kararlarında taşınmazın devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar, kamu düzeni niteliklerinden dolayı tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği uyuşmazlıklardan sayılıyordu. Bu nedenle HUAK. m. 1, II hükmünün açıkça tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurunun mümkün olduğu düzenlemesi karşısında, taşınmazın devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlilik yönünden eleştiriliyordu.

Diğer yandan, taşınmazlarda mülkiyet hakkının devri ve sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin bir uyuşmazlık varsa, bu uyuşmazlıkta aslında anlaşma belgesi “yazılı” bir anlaşma belgesi olduğu için ve TMK m. 706, I; m. 731, II çerçevesinde “resmi şekil” koşuluna uymadığı için tapuda işlem yapabilmemizi

sağlayan bir taahhüt işlemi niteliği taşımamaktaydı. Yani bu yazılı belgeye dayanarak tescil talebinde bulunmamız mümkün değildi[22].

Sonuç olarak, 7445 sayılı Kanun ile HUAK'da yapılan değişiklikle, taşınmazın devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa tabi olduğu açıkça düzenlendi. Böylece, bu konular üzerinde serbestçe tasarruf edebilmemiz ve hazırlanan anlaşma belgesi ile tapuda işlem yapabilmemiz mümkün bir hale getirildi.

B. Taşınmazın Devri ve Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Kurulmasına İlişkin Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişli Olup Olmadığı Sorunu

Her türlü uyuşmazlık bakımından mahkemeye başvuru imkânı bulunmakla birlikte, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve arabuluculuğun uygulanması için uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği ve kamu düzenini ilgilendirmeyen bir konuda olması gerekir[23]. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır (HUAK m.1, II). Kanun koyucu, bu düzenlemeyle arabuluculuğa elverişli alanları tek tek saymak yerine, gelişmelere uyum sağlayacak bir kural oluşturabilecek nitelikte genel bir ifade tercih etmiştir[24]. Maddenin gerekçesinde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar, "sulh[25] olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları" olarak ifade edilmiştir. Çünkü arabuluculuk, tarafların sulh olmak amacıyla uyuşmazlıklarını çözebildiği üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleşen nitelikli bir müzakere yöntemidir. Bu kapsamda, HMK m. 313, II hükmü, arabuluculuğun uygulanma alanının tespitinde göz önünde bulundurulacaktır. Ayrıca tasarruf ilkesini düzenleyen HMK m. 24 hükmü de bir özel hukuk uyuşmazlığının arabuluculuğa uygunluğunun tespitinde önem arz eden diğer temel bir hükümdür[26]. Dava açmak, davayı sürdürmek ve davayı sona erdirmek bakımından taraf iradeleri önemlidir. Yargılamayı başlatmakta serbest

---

[22] Taşınmaz satışının noterler tarafından yapılabilmesi hakkındaki eleştirileri için bkz. TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: "Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72(1), Yıl 2020, (s. 143-182).

[23] EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ ATALI, s. 43; BÖRÜ/ PARLAK BÖRÜ, s. 33-34; ÖZEKES, *Pekcanıtez Usul*, s. 2827; BÖRÜ, *Tahkim Sözleşmesi*, s. 69; EKREM DOĞANCI, Doğa: "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik İncelemesi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2013, (s. 93-118), s. 105. Kamusal nitelikteki uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemiyle çözümü hakkında önerileri için bkz. ARAT, Nilay: "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri İle Halli Önündeki Engeller", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* Cilt LXIX, Yıl 2011, Sayı 1-2, (s. 891-906), s. 894 vd.

[24] ÖZEKES, *Pekcanıtez Usul*, s. 2828.

[25] Sulh, taraflar arasındaki hukuki bir ilişki hakkındaki anlaşmazlığın karşılıklı olarak sona erdirilmesidir (ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1960, s. 184; ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, s. 278; BİLGE, Necip/ ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, 1711 Sayılı Kanun'a Göre Yeniden Yazılmış, 3. B., Ankara 1978, s. 356; ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Filiz Kitabevi, 7. B., İstanbul 2000, s. 578 [Medeni]; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 575).

[26] KOÇ, Evren: "Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Tespitler", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Editör: İrem Burcu Özkan, Osman Vahdet İşsevenler, Sümer Kitabevi, 1. B., İstanbul 2014, (s. 43-51), s. 45.

olan taraflar, isterlerse feragat, kabul ve sulh gibi taraf usul işlemleri ile yargılamayı sona erdirebilirler. Özel hukuktaki bu irade serbestisinden ötürü, taraflar dava açmadan veya açtıktan sonra doğrudan müzakere ederek veyahut arabulucunun yardımıyla uyuşmazlığı çözebilirler. Hâkim de yargılama sırasında tarafları sulh ve arabuluculuğa teşvik eder (HMK m. 137; m.140, II; m. 320, II).

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların üzerinde "serbestçe tasarruf edebilecekleri işler (HMK m. 308, II; m. 313, II)" ile "iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler (HMK m. 408, I; m. 226, I/a ve b)" kavramlarının birbirlerinden farklı olduğudur[27]. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler, sulh olarak sona erdirebilecekleri uyuşmazlıklarken; iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler, bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği haller olarak ifade edilmektedir[28]. Örneğin, taşınırın devri ve teslimi (taşınırın mülkiyeti teslim ile geçtiği için) tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir iştir ve aynı zamanda iki tarafın iradelerine tâbi olan bir iştir. Oysa taşınmazın devri ve tescili ise (taşınmazın mülkiyeti ancak tapu siciline tescil ile geçtiği için) tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir iştir; ama iki tarafın iradelerine tâbi olmayan bir iştir. Bu bağlamda taşınmazın devri ve tescili HMK çerçevesinde tahkime elverişli değildir; ancak, HUAK çerçevesinde arabuluculuğa elverişlidir[29].

Buna karşılık, özel hukuk alanında ve bu alanla ilgili uyuşmazlık ortaya çıktığında kişilere tanınan serbest tasarruf alanı geniş olmakla birlikte, mutlak ve sınırsız değildir[30]. Tarafların da özel hukuk alanında serbestçe tasarruf edemeyeceği konular vardır. Bunların neler olduğuna ilişkin hem doktrinde hem de yargı kararlarında bilgi ve içtihat birikimi mevcuttur. Bu çerçevede, tarafların tasarruf alanında olmayan ve mutlaka mahkeme kararıyla çözümlenmesi gereken hususlar, arabuluculuğa elverişli değildir[31]. Bunlara ek olarak kamu düzeni, kamu yararı, zayıfın korunması ve hukuki güvenlik gibi sebepler de bu kapsamın belirlenmesinde önemlidir.

Konumuz açısından özellikle "kamu düzeni" kavramına dikkat çekmek gerekir. Bu konuda doktrin ve Yargıtay tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği uyuşmazlıklarda kamu düzeni kavramına işaret etmektedir. Yargıtay tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işleri, *kamu düzenine dahil*

---

[27] Doktrinde arabuluculuğun konusunun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri (tarafların iradesine bağlı olan) iş ve işlemler olduğu ifadesi ile serbestçe tasarruf edilebilecek işler ile tarafların iradesine bağlı işler aynı anlama gelecek şekilde ifade edilmiştir (YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, C. 3, Ankara 2017, s. 3621; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 793; DEREN-YILDIRIM, Nevhis: "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007, (s. 47-60), s. 54; KARSLI, s. 891; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 109).

[28] GÖRGÜN/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU, s. 735; BÖRÜ/ PARLAK BÖRÜ, s. 34.

[29] GÖRGÜN/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU, s. 735; BÖRÜ/ PARLAK BÖRÜ, s. 34; BUDAK/ KARAASLAN, s. 469; ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 3. B., Ankara 2020, s.767, EKREM DOĞANCI, s. 112. Taşınmazların devrinin resmi şekilde yapılması zorunluluğundan tahkime elverişli olmadığı hakkında bkz. POSTACIOĞLU, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, 6. B., İstanbul 1975, s. 787; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 118-119.

[30] EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ ATALI, s. 44.

[31] EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ ATALI, s. 44-45; ÖZEKES, *Pekcanıtez Usul*, s. 2829; BUDAK/ KARAASLAN, s. 469. Tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği haklarla ilgili uyuşmazlıklar arasında ancak dava yoluyla kullanılabilecek yenilik doğuran haklara ilişkin uyuşmazlıklar bu konuda önemlidir. Bu kapsamda boşanma, iflas davası gibi uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenemez. Bkz. BUDAK/ KARAASLAN, s. 469.

olmayan işler olarak kabul etmektedir[32]. Kamu düzeni kavramı, hukuki açıdan tam olarak tanımlanamayan, takdire açık, zamana göre değişen, içeriğinin tespiti zor ve her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. "Toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü olarak tanım yapılabilir. İç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir[33]."

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kamu düzeninin, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiğini; bu gerçeklerin, kuralın vazgeçilmezliği ve toplumsal yararını ortaya koyduğu ölçüde kamu düzeniyle ilgisinin bulunduğunu belirtmiştir[34]. Bu açıdan kamu düzeni sosyal, ekonomik, tarihsel ve diğer şartlara bağlıdır[35]. Diğer yandan kamu düzenini sağlamaya yönelik önlemlerin sürekli ve kararlı olması gerekir; zira kamu düzeni korunduğu ölçüde hukuksal ve sosyal dirlik ve düzen de korunacaktır[36].

Taşınmazın aynı ile ilgili hususların kamu düzeniyle ilişkisine bakıldığında; doktrinde ve yargı kararlarında çoğunlukla bu konudaki uyuşmazlıkların kamu düzeni ile ilgili ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği iş ve işlemlere örnek olduğu ileri sürülmekteydi[37]. Yargıtay özellikle taşınmazın devrinin resmi şekilde yapılması zorunluluğunu kıstas alarak taşınmaz satımına ilişkin şekil hükümlerinin uygulanmasında sadece tarafların değil, kamunun da yararının olduğu sonucuna varmaktadır[38]. Her ne

---

[32] "Nesebin reddi kamu düzenine ilişkin olup, bu tür davalarda davalının ve küçüğün kayyımının davayı kabulü hukuki sonuç doğuramaz." Yargıtay 2.HD'nin 23.11.1995 tarih ve E: 1995/11805 K: 1995/12700 sayılı kararı (e-uyar). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.03.2015 tarih ve E: 2013/18-1628 K:2015/894 sayılı kararı (e-uyar).

[33] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 10.02.2012 tarih ve E: 2012/1 K: 2012/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı. Benzer yönde bkz. Yargıtay 2.HD'nin 20.02.2017 tarih ve E: 2016/15771 K: 2017/1737 sayılı kararı (e-uyar).

[34] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.12.1990 tarih ve E. 1990/3-527 K: 1990/627 sayılı kararı (EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ ATALI, s. 46); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.1973 tarih ve E: 1973/609 K: 1973/959 sayılı kararı (BİLGE, Turgay: "Hukuk Uyuşmazlıklarına Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Editör: İrem Burcu Özkan, Osman Vahdet İşsevenler, Sümer Kitabevi, 1. B., İstanbul 2014, (s. 93-114), s.97).

[35] Öte yandan uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeni kavramının, dava konusu yapılan bir uyuşmazlık bakımından söz konusu olan kamu düzeni kavramına göre daha dar ve sınırlı bir içeriğe sahip olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. BİLGE, s. 101.

[36] BİLGE, s. 99.

[37] TANRIVER, s. 53; EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ ATALI, s. 46; ÖZBEK, *Alternatif,* s. 1185. Diğer yandan taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu hakkında bkz. BUDAK/ KARAASLAN, s. 469; ATALI/ ERMENEK/ ERDOĞAN, s. 767; GÖRGÜN/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU, s. 735; BÖRÜ/ PARLAK BÖRÜ, s. 34; BİLGE, s. 104.

[38] "...Taşınmaz mülkiyetinin geçirimi borcunu yükleyen sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasının tarafları koruyucu amacı şöyle ifade edilmektedir: "- Tarafları dikkate davet etmek, acele ile yanlış kararlara varmamak ve altından kalkılmayacak yüklere girmemek-". Resmi şekildeki sözleşme belirli bir kamu görevlisi tarafından düzenleneceği için, sözleşmede tarafların irade beyanları açık ve kesin olarak belirlenir. Özellikle taşınmazlarda şekil kuralı sayesinde

kadar taşınmaz mülkiyetinin devrini konu edinen sözleşmelerin (TMK m. 706, I) ve taşınmaz mülkiyetine ilişkin kısıtlamaları konu edinen sözleşmelerin (TMK m. 731, II) resmi şekilde yapılması işlemin geçerliliği için şart olsa da sadece şekil kurallarına riayet edilmemesi Yargıtay'ın görüşünün aksine kamunun yararını zedelemeyecektir. Her ne kadar şekil kuralları, emredici nitelikte hukuk kuralları olsa ve tarafların serbest iradeleri dışında kalan emredici hükümler, kamu düzenini korumak amacıyla konulsa da her emredici hükmün kamu düzenine ilişkin olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Kanun koyucu emredici hukuk kurallarına aykırılığı zaten bir takım koruyucu hükümlere bağlamıştır. Bu kapsamda TMK m. 706, I ve m. 730, II'e aykırılık halinde, sözleşme emredici hukuk kurallarına aykırılığından ötürü kesin hükümsüz sayılmaktadır (TBK m. 12, II; m. 237, II). Ayrıca taşınmazların devrinde ya da sınırlı ayni hak tesislerinde taşınmaz üzerindeki ayni hakların güvenle el değiştirmesi için tapu siciline güven ilkesi benimsenmiştir[39]. Bu kapsamda tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu iyiniyetli kazanımı korunur (TMK m. 1023).

Her ne kadar Yargıtay'ın taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda sadece şekil hükümlerini kamu düzenine ilişkin bulması görüşüne katılmasak da kimi kanunlarda da taşınmaz ile ilgili düzenlemeler, toplumda alışılageldiği üzere taşınmazın bulunduğu yerden uyuşmazlığa ilişkin incelemenin daha kolay ve çabuk yapılabilmesi gerekçesiyle[40] kamu düzenine ilişkin sayılmış ve bu yönde düzenlemeler yapılmıştır (HMK m. 12).

Netice olarak, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin olup olmadığı yönündeki tüm bu tartışmalar HUAK m. 17/B maddesinin açık düzenlemesi ile sona ermiş ve taşınmazın

---

tapu siciline yapılacak olan tescil işlemi için sağlam ve güvenilir dayanak elde edilmiş olur. Tarafların taşınmazın devrine ilişkin iradelerini resmi memur önünde açıklamaları ve bunun resmi senede geçirilmesiyle; genellikle onların ehliyetsizlik, irade bozukluğu, sözleşme şartlarının resmi senettekinden farklı bulunduğu şeklinde değişik ve gelişi güzel itirazda bulunmaları güçleşir. *Bu nedenlerle, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin resmi şekil şartına bağlı tutulmasında sadece tarafların değil kamunun da yararı bulunduğu kabul edilmektedir..."* Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 26.11.1980 tarih ve E: 1980/5 K: 1980/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (e-uyar). "...şeklin amacı taraflara düşünme imkânı, ispat kolaylığı sağlamak, taraflar arasında güveni geliştirmek olarak ifade edilebilir. Fakat taşınmaz satımındaki şeklin fonksiyonu (işlevi), bunlara ek olarak taşınmazların mülkiyetinin geçişinin (tescilin) sebebe bağlılığında (illilikte) ve taşınmaz satımına ilişkin şekil hükümlerinin, "kamu düzeni" ile ilgili bulunmasında görülür..." Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 30.09.1988 tarih ve E:1987/2 K: 1988/ 2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (e-uyar).

[39] REİSOĞLU, Safa: Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1. B., Ankara 1977, s. 165; AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 313; AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 314; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları-Fakülteler Kitabevi, 16. B., İzmir 2021, s. 93; ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınevi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. B., Ankara 2015, s. 249-250; SİRMEN, A., Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. B., Ankara 2015, s. 115; ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 6. B., Ankara 2015, s. 124; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Mimoza Yayınları, 8. Tıpkı Baskı, Konya 2013, s. 343; AKÇAAL, Mehmet, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. B., Ankara 2022, s. 194.

[40] KARADEMİR AYDEMİR, Dilek: Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, Adalet Yayınevi, 2. B., Ankara 2019, s. 300 vd.; ERKAN, Mustafa: "Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, Yıl 2012, (s. 11-51), s. 20. Benzer yönde bkz. ÖZEL, Sibel/ÇINAR, Kazım: "Taşınmazlara İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK m. 25'in Kapsamı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Cilt 23, Sayı 1, (s. 325-344), s. 328-329.

aynı ile ilgili uyuşmazlıklar tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceği uyuşmazlıklar haline getirilmiştir.

C. Taşınmazın Devri ve Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Kurulmasına İlişkin Uyuşmazlıklarda Şerh Talebi ve Arabulucunun Geçici Hukuki Himaye Kararı Verebilmesi Sorunu

Taşınmazın devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, tarafların yazılı olarak kararlaştırması ve arabulucunun bu kararı tutanak altına alması halinde arabulucunun talebiyle, arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilir (HUAK m. 17/B, 2).

Şerh, kanunda sınırlı olarak belirtilen ve ayni hakkın dışında kalan bazı hak ve durumların tapu kütüğünün bu ad ile anılan sütununa kaydını ifade etmektedir[41]. Şerhin amacı, şerh edilen alacak haklarının taşınmaz üzerinde daha sonra hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülmesini sağlayarak başka konularda üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmalarına engel olmaktır[42]. Türk Medeni Kanunu'nda şahsi haklar, tasarruf yetkisi kısıtlamaları ve geçici tescil şerhi olmak üzere üç şerh düzenlenmektedir (TMK m. 1009, m. 1010, m. 1011). HUAK m. 17/B, 2'de arabulucuya verilen şerh yetkisi, tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhine ilişkindir (TMK m. 1010/I, 1). Bu şerh yetkisi kapsamında, kural olarak malikin taşınmaz üzerinde tasarruf etme yetkisi kısıtlanmaz. Malik malı üzerinde her türlü tasarruf işlemini yapabilir. Ancak malikin şerhten sonra yapacağı tasarruf işlemleri, şerh alacaklısının hakkıyla çatıştığı oranda ona karşı hüküm ifade etmez[43]. Bununla beraber hâkim davanın sonuna kadar malikin o taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmasını tamamen yasaklayan bir karar da verebilir[44].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 391, I kapsamında tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi, (teminat amaçlı) ihtiyati tedbir niteliğinde[45] bir geçici hukuki himaye kararıdır. Bu hükme göre; "Mahkeme, tedbire

---

[41] GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 3; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 302; AKINTÜRK, s. 313; NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. B., İstanbul 2022, s. 156, Kn. 467; AKÇAAL, s. 285.

[42] SİRMEN, s. 205; AYAN, s. 343; NOMER/ ERGÜNE, s. 159, Kn. 473, 475; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 326.

[43] GÜRSOY, Kemal Tahir: Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 395; GÜMÜŞ, s. 11; AYAN, s. 358; SİRMEN, s. 206; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 307; ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Ocak 2017, Cilt 3, Sayı 1, (s. 65-91), s. 80 [Şerh]. Hak sahipleri, malikin tasarruflarına karşı mahkemelerce korunur (OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 21. B., İstanbul 2018, s. 216-217).

[44] SİRMEN, s. 206; GÜRSOY, s. 397; ÜSTÜNDAĞ, *Medeni,* s. 584; GÜMÜŞ, s. 9; ÖZBEK, *Şerh* s. 71, 73; AKÇAAL, s. 293; ERİŞİR, Evrim: Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2013, s. 364. Diğer yandan tapu kütüğünün tasarruflara kapatılması yönünde verilen kararlar şerhin niteliği ile bağdaşmaz (REİSOĞLU, s. 182; AYAN, s. 358; SEROZAN, Rona: Filiz Kitabevi, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 36; ÖZBEK, *Şerh,* s. 79). Uygulamada ferağdan men olarak adlandırılan bu yetki, arabuluculuk bakımından mümkün olmamalıdır. Zira HUAK m. 17/B, II ile getirilen şerh yetkisi zaten sınırları belirsiz bir durumken, daha ağır sonuçları olabilecek bir yetkinin arabulucuya tanınmasının arabuluculuğun amacına da uymayacağı kanaatindeyiz.

[45] ÜSTÜNDAĞ, Saim: İhtiyati Tedbirler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, s. 13 vd.; ÖZBEK, *Şerh,* s. 68; ERİŞİR, s. 351-353. Tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi, çekişmeli hakların korunması için verilen bir nev'i tedbir kararıdır (HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 1. B., İstanbul 2020, s. 55). Hâkim bir ihtiyati tedbir kararı olarak bu şerhe, HMK'da düzenlenen süreç içinde hükmeder (GÜMÜŞ, s. 6).

konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdii ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir". Her durumu kapsamına alan genel bir düzenleme olması gereği HMK m. 391 hükmüne, tapuda işlem yapılmasını engelleyecek her türlü tedbir kararı için başvurulabilir[46]. Geçici hukuki bir himaye olarak ihtiyati tedbire, ancak mahkeme karar verebilmektedir (HMK m. 390, I). Ancak HUAK m. 17/ B, 2'deki şerh yetkisi, tarafların yazılı olarak kararlaştırması üzerine arabulucu tarafından verilmektedir. Gerçekte taraflardan birinin menfaatine hilafen birlikte böyle bir karar verebilmeleri uygulanması zor bir durumdur. Çünkü geçici hukuki himaye kararları, yargı organınca, yaklaşık ispat ölçüsünde basit bir inceleme neticesinde, kimi zaman karşı taraf dinlenilmeden, bağlayıcı ve zorlayıcı nitelikte verilir[47]. Türk Medeni Kanunu kapsamında çekişmeli hakların korunmasına ilişkin tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi de mahkeme kararı sonucu verilir (TMK m. 1010/I, 1). Buradaki mahkeme kararıyla, HMK m. 389 hükmüne göre verilen ihtiyati tedbir kararı kastedilmektedir[48]. Mahkeme, talep üzerine çekişmeli hakların korunmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararını ilgili tapu müdürlüğüne gönderir ve tapuya şerh verilir[49]. Tedbir talep edenin haksız çıkması halinde karşı tarafın ve üçüncü kişinin muhtemel zararı için teminat göstermesi de kural olarak zorunludur (HMK m. 392). Oysa arabuluculuk bakımından sınırları belirsiz tasarruf yasağı yetkisine rağmen taraflara böyle koruyucu bir hüküm getirilmemiştir. Tedbir kararının verilmesinden sonra uygulanmasının ve uygulanmasından itibaren tedbiri tamamlayan işlemlerin yapılması zorunludur (HMK m. 393, I; m. 397, I). Aksi halde tedbir kararı kendiliğinden kalkar (HMK m. 393, I, c. 1; m. 397, I, c. 1). Arabuluculukta da benzer bir hükümle bu şerh, tarafların anlaşamaması veya tarafların şerhin kaldırılması konusunda anlaşması halinde arabulucunun talebiyle, üç aylık sürenin sonunda ise kendiliğinden kalkar (HUAK m. 17/B, II).

Arabuluculukta tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin tedbire uyulmaması veyahut haksız tedbirden dolayı doğan zararın ne şekilde karşılanacağı da belirsizdir (HMK m. 398; m. 399). Özellikle tarafların şerh yetkisini birlikte kararlaştırması ve mahkeme tarafından verilen bir kararın olmaması kararın bağlayıcılığı ve yaptırımı konusunda da sorunlara yol açacak niteliktedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında arabulucunun bu şerh yetkisini nasıl kullanacağına ilişkin bir düzenleme ve sistem bulunmamaktadır. Mahkeme kararı olmaksızın, arabuluculuğun niteliği ile bağdaşmayan bağlayıcı ve zorlayıcı nitelikte bir geçici hukuki himaye kararı verilebilmesi tarafların birbirlerine güvenini ve müzakere ortamını zedeler. Uygulama açısından Tapu Kadastro Müdürlüğü'nün süreci ne şekilde takip edeceği de belirsizdir. Bu konuda Tapu Müdürlüğünce genelge çıkarılarak durum daha açık bir hale getirilmelidir. Kanaatimizce bu düzenlemeyle arabulucunun rolünün, resmi bir memur vasfına yaklaştırılmasının tartışmaya açık olduğu da ortadadır.

---

[46] ERİŞİR, s. 364. Ferağdan men kararlarının kanuni dayanağının HMK m. 391 olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERİŞİR, s. 364 vd.

[47] YILMAZ, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, Yetkin Yayınları, C. 1, 2, Ankara 2001, s. 35 vd.; ÖZEKES, Muhammet: "Zorunlu Arabuluculukta Geçici Hukuki Korumaların Durumu", İ*zmir Barosu Dergisi,* Ocak 2020, (s. 253-284), s. 261; ÖZEKES, *Pekcanıtez Usul*, s. 2437.

[48] NOMER/ ERGÜNE, s. 166, Kn. 498.

[49] NOMER/ ERGÜNE, s. 166, Kn. 500.

D. Taşınmazın Devri ve Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Kurulmasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İcra Edilebilirlik Şerhinin Alınması Zorunluluğu Sorunu

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 18. maddesi, tarafların anlaşması halinde icra edilebilirlik şerhinin nasıl alınacağını genel bir hükümle düzenlemektedir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır (HUAK m. 18, I). Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18, II).

7445 sayılı Kanunu, HUAK'a genel kuralın yanında taşınmazın devri ve sınırlı ayni hak kurulması ile ilgili uyuşmazlıklarda icra edilebilirlik şerhi ile ilgili ayrı özel bir düzenleme getirme yoluna gitmektedir. Bu düzenlemeyle, genel düzenlemenin aksine taşınmazın devri ve sınırlı ayni hak kurulması ile ilgili uyuşmazlıklarda icra edilebilirlik şerhi alınması zorunlu hale getirilmektedir. Bu kapsamda; taşınmazın devri ve sınırlı ayni hak kurulması ile ilgili uyuşmazlıklarda anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu olup, bu şerh taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden alınır. Mahkeme yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetler; bu kapsamda kurum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilir ve gerektiğinde duruşma açabilir (HUAK m. 18, IV). Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin verilmesiyle ilgili diğer hususlar hakkında 18 inci madde hükmü uygulanır (HUAK m. 18, V).

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır (HUAK m. 18, III, c. 1).

Öncelikle icra edilebilirlik ile ilgili söz konusu olabilecek ilk sorun, bu şerhin alınmasının zorunlu bir hale getirilmesidir. Zira taraflar taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulması ile ilgili uyuşmazlıkta ihtiyari olarak arabulucuya başvurup anlaştığında, bu anlaşma belgesinin tapuda tescil işlemini sağlama görevi bulunmayacaktır. Ancak icra edilebilirlik şerhinin alınması halinde bu belge, tapuda işlem yapılabilmesini sağlayan bir belge haline gelecektir.

Diğer yandan icra edilebilirlik şerhinin alınması zorunluluğu, işi yine mahkeme önünde bir yargılamaya tabi kılmakta böylece hem yargının iş yükü artmakta ve usul ekonomisi ihlal edilmekte hem de yürütülen sürecin esasında iradi değil, kanuni ve zorlayıcı olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. Madem yargılamaya gidilecekti; arabuluculuk yoluna hiç başvurulmamalıydı.

Kaldı ki, taşınmazın devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak ile ilgili bir uyuşmazlıkta sınırları belirsiz bir şerh yetkisi, sürecin olası kötüye kullanımlarını artıracak ve icra edilebilirlik şerhinin

alınamaması ve lehine tedbir kararı verilen kişinin haksız olduğunun ortaya çıkması halinde ne şekilde bir yol izleneceği belirsizdir (HMK m. 399). Benzer şekilde şerh yetkisine muhalefetin cezasının ne şekilde olacağı da belirsizdir. İcra edilebilirlik şerhini inceleyen mahkemenin, bu durumu ne şekilde değerlendirmesi gerektiği kanuni bir düzenlemeye bağlanmalıdır

Kanun koyucu icra edilebilirlik şerhindeki genel hükümden farklı olarak taşınmazlarla ilgili icra edilebilirliği inceleme konusunda sadece sulh hukuk mahkemelerini görevli kılmaktadır (HUAK m. 18, II; m. 17/B, IV). Kanaatimizce burada da benzer bir düzenlemeyle dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden; davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir, şeklinde değiştirilmedir. Zira HMK m. 140, II çerçevesinde hâkim ön inceleme duruşmasında da taşınmazın devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesisi ile ilgili uyuşmazlıklarda (HUAK m. 17/B, I maddesi ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlık olduğu için) tarafları arabuluculuğa teşvik edecektir. Bu nedenle icra edilebilirlik şerhine ilişkin incelemenin davaya bakan mahkemece yapılması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Tüm eleştirilere rağmen kanun koyucu arabulucunun, tarafın gerçekten tapuda malik olup olmadığı, tapuda işlem yapabilme ehliyetinin bulunup bulunmadığı, taşınmazın üzerinde bir yükün bulunup bulunmadığı (başka bir sınırlı ayni hak var mı, ipotek var mı, şerh bulunuyor mu vb.) gibi konuları inceleyebilme yetkisinin olmamasından ötürü, bu durumların yol açacağı risklerin önüne geçmek için icra edilebilirlik şerhi alınmasını zorunlu olarak düzenlemektedir. Anlaşmanın sonucunda icra edilebilirlik şerhi alınmadan tapuda tescil işleminin gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir. Ancak icra edilebilirlik şerhi alınması halinde bu belge ile tapuda tescil işleminin gerçekleştirilebilmesi mümkün olacaktır.

Netice olarak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 17/B hükmünün 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra hem HUAK Yönetmeliğinde[50] hem de tapu sicili ile ilgili düzenlemelerde yapılacak değişikliklerle hükmün uygulanmasının daha açık ve net bir hale getirilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk" üst başlıklı m. 17/B hükmünün henüz uygulanmaya başlamaması nedeniyle çalışmamızda bu hükmün uygulanmasına bağlı bir takım muhtemel sorun ve çözüm önerilerini ortaya koymaya çalıştık. Bu kapsamda vardığımız sonuçlar şu şekildedir;

1. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar, bunların kamu düzeni ile ilgili olduğu yönündeki tüm tartışmalara rağmen, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir hale gelmiştir.

2. Arabulucunun şerh yetkisi kapsamında (mahkeme kararı olmaksızın) geçici hukuki himaye kararı alabilmesi mümkün hale gelmiştir.

[50] RG. 02.06.2018 T., S. 30439.

3. İcra edilebilirlik şerhinin alınması zorunluluğu, sürecin yeniden mahkeme yargılamasına tabi tutulmasına ve yargının iş yükününün artmasına sebep olmuştur.

4. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ile HUAK m. 17/B'nin uygulama alanı özellikle şerh yetkisinin içeriği, tapuya ne şekilde beyanda bulunulacağı, beyanda bulunulurken bulunması gereken belgeler açıklığa kavuşturulmalıdır.

5. Uygulama açısından Tapu Kadastro Müdürlüğü'nün süreci ne şekilde takip edeceği belirsizdir. Bu konuda Tapu Kadastro Müdürlüğünce genelge çıkarılarak durum daha açık bir hale getirilmeli ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ile paralel bir düzenlemeye bağlanmalıdır.

6. Arabulucunun rolünün, resmi bir memur vasfına yaklaştırılması da arabuluculuğun niteliğiyle ve arabulucunun statüsüyle bağdaşmayan ve tartışmaya açık bir sorunu ortaya çıkarmıştır.

Kaynakça

..... Uzman Arabuluculuğa Giriş Kitabı, Ankara 2023.

AKÇAAL, Mehmet, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. B., Ankara 2022.

AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.

AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1960.

ARAT, Nilay: "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* Cilt LXIX, Yıl 2011, Sayı 1-2, (s. 891-906).

ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 6. B., Ankara 2020.

ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 3. B., Ankara 2020.

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Mimoza Yayınları, 8. Tıpkı Baskı, Konya 2013.

BİLGE, Necip/ ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, 1711 Sayılı Kanun'a Göre Yeniden Yazılmış, 3. B., Ankara 1978.

BİLGE, Turgay: "Hukuk Uyuşmazlıklarına Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Editör: İrem Burcu Özkan, Osman Vahdet İşsevenler, Sümer Kitabevi, 1. B., İstanbul 2014, (s. 93-114).

BÖRÜ, Levent, "Tahkim Sözleşmesinin Varlığı Durumunda Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanamayacağı Üzerine Değerlendirmeler" (HUAK m. 18/A,18), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 31, Sayı 1, Yıl 2023, (s. 65-89).

BÖRÜ, Levent: "Dava Konusu Kavramı ve Teorileri", *Batider* 2012, Cilt XXVII, (s. 257-293).

BÖRÜ, Levent/ PARLAK BÖRÜ, Şafak: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. B., Ankara 2020.

DEREN-YILDIRIM, Nevhis: "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007, (s. 47-60).

EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet/ ATALI, Murat: Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık 1. B., İstanbul 2018.

EKREM DOĞANCI, Doğa: "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik İncelemesi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2013, (s. 93-118).

ERCAN ÖZLER, Meltem: Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu, On İki Levha Yayıncılık, 1. B., İstanbul 2019.

ERİŞİR, Evrim: Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2013.

ERKAN, Mustafa: Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, 1. B., İstanbul 2020.

ERKAN, Mustafa: "Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, Yıl 2012, (s. 11-51).

ERSEN PERÇİN, Gizem: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Yıl 2011, Cilt 31, Sayı 2, (s. 177-201).

ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları-Fakülteler Kitabevi, 16. B., İzmir 2021.

ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 6. B., Ankara 2015.

GÖRGÜN, Şanal/ BÖRÜ, Levent/ KODAKOĞLU, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 28. 07. 2020 Tarih ve 7251 sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 10. B., Ankara 2021.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

GÜRSOY, Kemal Tahir: Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 1. B., İstanbul 2020.

ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Modeller, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

IŞIK, Serpil: "Mediation as an Alternative Dispute Resulation Method and Mediation Process in Turkish Law System an Overwiev", *Annales XLVII,* N.65, 2016, (s. 55-87).

KARADEMİR AYDEMİR, Dilek: Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, Adalet Yayınevi, 2. B., Ankara 2019.

KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. B., İstanbul 2020.

KEKEÇ, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, 6325 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. B., Ankara 2014.

KIYAK, Emre: Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

KOÇ, Evren: "Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Tespitler", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I,* Editör: İrem Burcu Özkan, Osman Vahdet İşsevenler, Sümer Kitabevi, 1. B., İstanbul 2014, (s. 43-51).

KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

MANAV ÖZDEMİR, Eda: "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", *Çalışma ve Toplum,* Yıl 2015, Sayı 4, (s. 185-222).

MOORE, Christopher W.: Arabuluculuk Süreci, Nobel Yayıncılık, Ankara 2016.

NAUSS EXON, Susan: "The Effects That Mediator Style Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation", *University Of San Francisco Law Review,* Vol. 42, Winter 2008, (s. 577-620).

NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. B., İstanbul 2022.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 21. B., İstanbul 2018.

ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979.

ÖZBAY, İbrahim: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2006, Cilt X, Sayı 3-4, (s. 459-475).

ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, C. 1, 4. B., Ankara 2016.

ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Ocak 2017, Cilt 3, Sayı 1, (s. 65-91).

ÖZEKES, Muhammet: "Zorunlu Arabuluculukta Geçici Hukuki Korumaların Durumu", *İzmir Barosu Dergisi,* Ocak 2020, (s. 253-284).

ÖZEKES, Muhammet: Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 15. B., İstanbul 2017.

ÖZEL, Sibel/ÇINAR, Kazım: "Taşınmazlara İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK m. 25'in Kapsamı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Cilt 23, Sayı 1, (s. 325-344).

ÖZMUMCU, Seda: Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, On İki Levha Yayıncılık, 3. B., İstanbul 2013.

ÖZMUMCU, Seda: "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXXIV, Sayı 2, (s. 807-842).

PEKCANITEZ, Hakan: "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 5, Aralık 2005, (s.12-16).

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, Ders Kitabı, 10. B., İstanbul 2022.

POSTACIOĞLU, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, 6. B., İstanbul 1975.

REİSOĞLU, Safa: Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1. B., Ankara 1977.

ROSENBERG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz/ GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, C.H.Beck, 18. neu bearbeitete Auflage, München 2018.

SEROZAN, Rona: Filiz Kitabevi, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002.

SİRMEN, A., Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. B., Ankara 2015.

TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, 2. B., Ankara 2022.

TANRIVER, Süha/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: "Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72(1), Yıl 2020, (s. 143-182).

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınevi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. B., Ankara 2015.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: İhtiyati Tedbirler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Filiz Kitabevi, 7. B., İstanbul 2000.

YAZICI TIKTIK, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 1. B., İstanbul 2013.

YILMAZ, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, Yetkin Yayınları, C. 1, 2, Ankara 2001.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, C. 3, Ankara 2017.

WALL, James A./ STARK, John B./ STANDIFER, RHETA L.: "Mediation a Current Review and Theory Development", *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 45, No.3, June 2001, (s. 370-391).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TUTUKLAMA ŞARTI OLARAK SUÇ ŞÜPHESİNİN VARLIĞINI GÖSTEREN SOMUT DELİLLER

Mustafa ARSLANTAŞ*

ÖZET

Tutuklama nedenlerinin varlığından önce suç şüphesinin somut delillere dayanması hususu tutuklama kararı verilebilmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır. Bu ön koşul tutuklama için olmazsa olmaz bir unsuru teşkil ettiği için kişi hakkında tutuklama tedbirinin uygulanması suretiyle özgürlüğünden mahrum bırakılabilmesi bu ön koşulun varlığına bağlıdır. Aksi durumun kabulü, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin tüm güvencelerin anlamsız hâle gelmesi sonucunu doğuracaktır. Tutuklama için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) makul şüphe aranırken Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) kuvvetli şüphe aranmıştır. Söz konusu metinlerde farklı şüphe dereceleri düzenlenmiş olsa da kişi hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için gerekli olan şüphenin mutlaka inandırıcı ve somut delillere dayanması gerekmektedir. Uygulamada ise çoğu zaman ilk derece mahkemeleri tarafından basmakalıp gerekçeler belirtilmekte ve suç şüphesini oluşturan somut delillerin bulunduğuna genel olarak değinilmekte ya da hangi delillerin neler olduğu gösterilmemektedir. Çalışmada; AİHS, Anayasamız ve CMK kapsamında tutuklamanın maddi şartlarından biri olan somut delillere dayalı suç şüphesi kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları ile doktrindeki görüşler ışığında incelenmiştir. Bu kapsamda, ilk olarak suç şüphesi, somut delil ve somut olgu kavramları tanımlanmış, müteakiben AİHM ve AYM kararlarında tutuklamanın hukukiliğine getirilen kriterler bilhassa tutuklama şartı olarak suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller konusu bağlamında ele alınmıştır. Ayrıca uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilmesine yönelik görüş ve öneriler ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, Tutuklama, Suç Şüphesi, Somut Delil, Olgu.

CONCRETE EVIDENCE SHOWING THE EXISTENCE OF A CRIME SUSPICION AS A CONDITION FOR DETENTION IN LIGHT OF DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL COURT OF TURKEY

ABSTRACT

The concept of concrete evidence of suspicion of a crime based on concrete evidence is a prerequisite for the imposition of detention measures on a person. This prerequisite is an essential element for a person

* Süleyman Demirel Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, mustafaarslantas3863@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9150-9053.

to be deprived of their liberty by the application of detention measures. Acceptance of the opposite would render meaningless all guarantees regarding the right to freedom and security of the person. While reasonable suspicion is required under the European Convention on Human Rights (ECHR) for detention, strong suspicion is required under the Constitution and Criminal Procedure Code (CPC) of Turkey. Although different degrees of suspicion are regulated in these texts, the suspicion required for a person to be detained must always be based on credible and concrete evidence. In practice, however, lower courts often provide generic justifications and generally mention the existence of concrete evidence that constitutes the suspicion of a crime, without specifying what those evidences are. In the study, the concept of suspicion of a concrete crime based on concrete evidence, which is one of the material conditions for detention within the scope of the ECHR, our Constitution, and the CPC, has been examined in the light of the decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Constitutional Court (CC) and the views in the doctrine. In this context, firstly, the concepts of suspicion of a crime, concrete evidence, and concrete fact were defined, and then the criteria for the legality of detention in the decisions of the ECtHR and CC, especially the issue of concrete evidence showing the existence of suspicion of a crime as a condition for detention, were discussed. In addition, views and suggestions for resolving problems that arise in practice have been expressed.

Keywords: The Right to Liberty and Security of Person, Detention, Suspected Crime, Concrete Evidence, Fact.

GİRİŞ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, devletin bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahalede bulunmamasını garanti altına alan ve en eski metinlerde bile yer almış temel bir haktır.[1] Bu sebepledir ki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5'nci maddesinde[2] ve Anayasa'nın 19'uncu maddesinde[3] birbirine paralel şekilde detaylı olarak düzenlenmiştir.[4]

Öte yandan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı mutlak bir hak olmayıp sınırlandırılması olanaklıdır. Nitekim, gerek AİHS'nde gerekse Anayasa'da kişi hak ve özgürlüğünün hangi hallerde sınırlandırılacağı

[1] Tolga Şirin, Özürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1 Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018, s.3, ŞENTUNA Mustafa Tarık, , "Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol", 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.56.
Örneğin Magna Charta Libertatum (1215), Petition of Rights (1627), Habeas Corpus Act (1679) gibi belgelerde ,1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Haklar Bildirgesi'nde veya 1791 Anayasası'nda ve bunu takip eden anayasaların büyük bir çoğunluğunda yer almıştır.

[2] AİHS m.5 Özgürlük ve güvenlik hakkı.

[3] Anayasa m.19 Kişi hürriyeti ve güvenliği.

[4] Dilaver Nişancı, "AİHM Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS m. 5) ve Bu Hakkın İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10) ile Amaçta Saptırma Yasağı (AİHS m. 18) Açısından İrdelenmesi", DÜHFD, Cilt: 26, Sayı: 44, 38 Yıl: 2021, s.41

hüküm altına alınmıştır.[5] Buna göre; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ancak hakkın düzenlendiği maddelerde belirtilen durumlardan herhangi birinin varlığı halinde sınırlandırılması mümkün olacaktır.[6]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yalnızca AİHS'nin 5.maddesinin 1. fıkrasındaki amaçlar için söz konusu olabileceğini ifade etmiştir.[7]

Anayasa Mahkemesi (AYM) ise, kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumların sınırlı olarak düzenlendiğini ve bu sebeple kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ancak Anayasa'nın 19. maddesinde belirtilen durumlardan birinin varlığı halinde kısıtlanabileceğini söylemiştir.[8] Görüldüğü gibi her iki yüksek mahkemede kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının Sözleşme 'de ve Anayasa'da belirtilen istisnai durumlar haricinde kısıtlanamayacağını vurgulamaktadır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına getirilen kısıtlamalardan biri ve en ağırı da şüphesiz kişinin tutuklama yoluyla özgürlüğünden mahrum edilmesidir. Tutuklama koruma tedbirinin kişi özgürlüğüne doğrudan müdahalesinden dolayı bu tedbirin hukuka uygun ve keyfilikten uzak olarak uygulanması son derece önemlidir. Bu sebeple tutuklama, ilgili hukuki metinlerde açıkça düzenlenmiş maddi ve şekli koşullara uygun olarak yerine getirilmelidir. Aksi halde yapılan tutuklamanın hukukiliğinden bahsedilemez.

Buna göre bir kişinin tutuklanması için öncelikle somut veya inandırıcı delillere dayalı suç şüphesinin varlığı ve bir tutuklama nedeninin bulunması gerekmektedir. Özellikle C. Savcısını tutuklama için talepte bulunmaya, hâkim ve mahkemeleri ise tutuklama kararı vermeye sevk eden ilk husus kişinin suçluluğu konusunda somut delillere dayalı suç şüphesinin varlığıdır. Somut delillere dayalı suç şüphesinin varlığı tutuklama tedbirine başvurulması açısından ön koşul niteliğindedir. Hakkında tutuklama kararı verilecek kişi için bu ön koşul mevcut değilse tutuklama nedeninin bulunup bulunmadığını incelemeye gerek yoktur. AYM tarafından yapılan incelemelerde bir kişinin tutuklanabilmesi için bu ön koşulun mutlak surette gerçeklemesi gerektiği belirtilmektedir.[9]

Uygulamada çoğunlukla, kişi hakkında ortaya çıkan suç şüphesinin varlığı somut veya inandırıcı delillere dayanmamakta özellikle katalog suçlar gibi belirli nitelikteki suçlar için tutuklama mecburiyeti olduğu varsayılarak soyut şüphe ile tutuklama kararları verilmektedir. Ayrıca, hakkında tutuklama kararı verilen kişi açısından ortaya çıkan suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller ya hiç gösterilmemekte ya da basmakalıp gerekçeler belirtilmektedir. Kişi hakkında bu şekilde tutuklama kararı verilmesi uygulanan tedbir için getirilen ön koşula aykırılık teşkil etmektedir. Çalışma içerisinde detaylı olarak değinileceği üzere AİHM ve AYM tarafından tutuklamanın hukukiliğinin incelenmesinde suç şüphesinin inandırıcı delil oluşturacak olgu, bilgi ve belgelere dayanmaması nedeniyle birçok ihlal kararı verilmiştir.

Diğer yandan, tutuklama kararı verilebilmesi için AİHS'nde aranan suç şüphesinin derecesi ile Anayasa ve CMK' da aranan suç şüphesinin derecesi arasında fark bulunmaktadır. Başka bir fark da

[5] Baver Karakuş, Yüksek Yargı Kararları Işığında Tutukluluk ve Makul Tutukluluk Süresi, Bahçeşehir Üniversitesi, Lisansüstü Hukuk Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2021, s.33-35
[6] Şentuna,2022, s.81.
[7] AİHM, Case Of Jėčius/Lıthuanıa, B.No. 34578/97, 31.07.2000. § 50.
[8] Murat Narman, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42. Aynı yönde Zafer Özer, B. No: 2016/65239, 9/1/2020, § 38.
[9] Zafer Özer, § 39. Aynı yönde Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72.

Anayasa'da tutuklama için kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti kavramına yer verilmişken CMK' da kuvvetli belirti yerine somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi ifadesi kullanılmaktadır. Doktrinde bu iki kavram ile olgu ve delil kavramlarının aynı anlama gelip gelmediği konusunda tartışma bulunmaktadır.

Bu çalışmada, AİHM ve AYM kararları kapsamında, kişilerin keyfi ve hukuka aykırı olarak tutuklanamasın önlenmesi maksadıyla tutuklama tedbirinin uygulanmasının ön koşulu olarak somut delillere dayalı suç şüphesi konusu doktrindeki gelişmeler ışığında incelenmektedir. Bu kapsamda, yasal metinlerde açıkça tanımı yapılmayan suç şüphesi tanımı ile tutuklama için aranan şüphe derecesi, somut delil kavramı ve somut delillerin toplanma zamanı, Anayasa ile CMK da farklı şekilde yer alan belirti ve delil kavramları ve konuya ilişkin doktrindeki tartışmalar, AİHS'nde tutuklama için aranan makul şüphe ile Anayasa ve CMK' da aranan kuvvetli şüphe farkları ve tutuklama kararlarında somut delillere dayalı suç şüphesinin ortaya konulmasına yönelik uygulamada yaşanan sorunlar ve çözüm önerilerine değinilmiştir.

I. SUÇ ŞÜPHESİNİN VARLIĞINI GÖSTEREN SOMUT DELİLLER

A. Genel Olarak

Somut delillere dayalı suç şüphesinin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanığın özgürlüğünün hâkim veya mahkeme tarafından sınırlandırılması işlemine tutuklama denir.[10] Tutuklama kişi özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandıran bir tedbir olması sebebiyle bu tedbirin belirli şartlara göre uygulanması gerekir.[11] Nitekim tutuklamanın şartları AİHS'nin 5.maddesinde, Anayasa'nın 19.maddesinde ve CMK' nın 100 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.[12]

AİHM, tutuklamanın ilgili kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul sebeplerin bulunması halinde hukuki olacağını belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, kişinin suç işlediğinden şüphelenmek için ortaya konulan nedenlerin varlığı ve bu nedenlerin inandırıcı delillerle desteklenmesi gerektiğini ve bu durumun tutuklamanın hukuka uygunluğunun olmazsa olmaz (*sine qua non*) koşulu olduğunu belirtmektedir.[13]

Hukukumuz açısından bakıldığında ise, tutuklama için belirlenen kanun yolu itiraz olduğundan dolayı tutuklamaya yönelik hususlar nadiren Yargıtay'ın önüne gitmektedir. Tutuklamanın hukukiliğinin incelenmesi bireysel başvurular yoluyla AYM tarafından yapılmakta ve içtihat oluşturulmaktadır.[14]

AYM tarafından tutuklamanın hukukiliğine yönelik yapılan incelemelerde öncelikle kişinin suç işlediğine ilişkin kuvvetli belirti bulunması ve bunun mutlaka inandırıcı delillerle desteklenmesi gerektiği

[10] Veli Özer Özbek- Koray Doğan-Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2020 s.251., Z. Özen İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.23.

[11] Jung, S., Petrick, C., Schiller, E. M., & Münster, L. (2021). Developments in German Criminal Law: The Urgent Issues regarding Prolonged Pre-Trial Detention in Germany. German Law Journal, 22(2), 303-314., s.303.

[12] Şentuna,2022, s.93.

[13] Case Of Buzadjı/The Republıc Of Moldova B.No.23755/07, 05.07.2016. §.52., Akgün/Türkiye, B.No.19699/18, 20.07.2021, §.191.

[14] Nur CENTEL, Bireysel Başvuru Kararlarında Tutuklamanın Hukukiliğinin Değerlendirilmesi -Hikmet Kopar/Günay Dağ/Can Dündar ve Erdem Gül Kararları, https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Nur-Centel-Tutuklamanin-Hukukiligi.pdf (Erişim tarihi:05.03.2023).

ifade edilmektedir. Kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunması tutuklamanın ön koşulu olarak kabul edilmektedir.[15]

Diğer yandan tutuklama için CMK' da kuvvetli belirti veya makul şüphe kavramlarından farklı olarak somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi tutuklamanın düzenlendiği tüm metinlerde yer alan şüphe kavramı tutuklama kavramı ile yakın ilişki içerisindedir. Bu sebeple öncelikle şüphe kavramı müteakiben de somut delil kavramının ne olduğunun incelenmesi gerekmektedir.

B. Şüphe Kavramı

Şüphe kavramı sözlükte "kuşku", "bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık", "zihnin bir konuda kesin bir sonuca varamayıp duraksaması" şeklinde ifade edilmektedir.[16] Ceza muhakemesi açısından ise şüphe gerçekliği hususunda bazı maddi vakıalar bulunmakla birlikte bu vakıaların doğruluğunun araştırılıp delillerle ispat edilmesi gereken bir durum olarak tanımlanabilir.[17]

Ceza muhakemesinde şüphe soruşturma başlatma, kamu davası açma ve koruma tedbirlerine başvurma açısından önem arz etmektedir. Çünkü şüphe ortaya çıkmadan kişi hak ve özgürlüklerine müdahale söz konusu olmayacaktır.[18] Nitekim ceza muhakemesi süreçleri de duyulan şüphe ile başlamaktadır.[19] Ancak ceza muhakemesinin her aşamasında aynı derece şüphe söz konusu değildir. Soruşturma, kovuşturma evreleri ve koruma tedbirleri bakımdan farklı şüphe dereceleri karşımıza çıkmaktadır.[20] Ceza muhakemesinde basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olmak üzere dört farklı şüphe kavramı bulunmaktadır.[21]

Basit şüphe; en alt derecedeki şüphe halidir. Yukarıda ifade edildiği gibi burada şüphenin dayandığı deliller basit, yeterli değil ve nicelik olarak azdır. Basit şüpheden bahsedebilmek için belli ve somut bir olayda var olan delilerin en azından belirti şeklinde bulunması ve suçun işlendiğine dair bir şüphe ortaya çıkarması gerekir.[22] Belirli olaylara ve belirti şeklindeki herhangi bir delile dayanmayan, sadece bir tahmin ve varsayımdan ibaret olan şüphe, soruşturma işlemlerine başlanabilmesi için yeterli olmayacaktır. CMK' nın 160/1. maddesinde bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez ifadesi ile basit şüphe vurgulanmıştır.[23]

---

[15] Sultan Kaya, B. No: 2020/29355, 15/3/2022, § 32., Cemil Uğur, B. No: 2020/35635, 18/1/2022, § 34.
[16] https://sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 31.12.2022).
[17] Mehmet Yayla, Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2016, s.119, Mesut Bedri Eryılmaz, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 47.
[18] Maiorova, L. V., & Ploshkina, Y. M. (2018). Correlation between the Concepts of "Detention" and "Suspicion" in the Criminal Proceedings of Russia and Germany, Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences 7 (2018 11) 1105-1112, s.1107.
[19] Yayla, 2016, s.118.
[20] Yayla, 2016, s.118.
[21] Yayla, 2016, s.122-123.
[22] Öztürk vd., 2022, s.444., Yayla, 2016, s.122
[23] Yayla, 2016, s.122.

Makul şüphe ise; hayatın olağan akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.[24] Makul şüphe objektif üçüncü kişilerce bir somut olay karşısında genel deneyim kurallarına göre ortaya çıkabilecek şüphedir.[25] CMK' da arama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için kanun koyucu makul şüphenin varlığının gerektiğini belirtmiştir.[26] Kısacası makul şüphe basit şüpheden yoğun ama kuvvetli şüphe derecesine ulaşmayan şüphedir.

Yeterli şüphe; kişinin mevcut delilere göre yapılacak bir muhakemede mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha kuvvetli olması durumda söz konusu olacaktır.[27] CMK' nın 170/2. maddesinde soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler hükmü yer almaktadır. Burada kamu davası açabilmek için başlangıçta var olan şüphenin yeterli şüphe derecesine ulaşmış olmasının gerektiği anlaşılmaktadır.[28] Bu kapsamda yeterli şüphe için yeterli delil, iz, emare ve belirtinin mevut olması gerekir.

Kuvvetli şüphe, yeterli şüpheden daha yoğun bir delil mevcudiyetinin varlığının arandığı bir şüphedir.[29] Ancak, Anayasa ve CMK' da kuvvetli şüpheye yönelik yapılmış bir tanım bulunmamakla birlikte kuvvetli şüphenin tanımı doktrin tarafından yapılmıştır.

Öztürk/Kazancı/Güleç'e göre; kuvvetli şüphe eldeki delillere göre kişinin mahkûm olmasının kuvvetle muhtemel olması durumudur.[30] Yine Şahin/Göktürk'e göre, kişinin suç işlediği hususunda yüksek bir olasılığı gerektiren şüpheye kuvvetli şüphe denir.[31]

C. Tutuklamada Kuvvetli Belirti, Kuvvetli Suç Şüphesi, Olgu ve Delil Kavramları

Tutuklama için; Anayasa'nın 19.maddesinin 3. fıkrasında kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti aranırken CMK' nın 100.maddesinin 1.fıkrasında ise kuvvetli suç şüphesi aranmaktadır. Görüldüğü gibi burada Anayasa ve CMK'da farklı kavramlar kullanılmıştır. Burada sorun kuvvetli belirti kavramının kuvvetli suç şüphesi ile aynı anlama gelip gelmediği noktasında ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde ispata yaran tüm vasıtalar delil olarak kabul edilmektedir. Buna göre deliller; beyan, belge ve belirti olmak üzere üçe ayrılır.[32] Örneğin öldürülmüş bir şahsın üzerinde başka birine ait kan örneğinin

[24] AÖAY Madde 6: *"Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir."*
[25] Kret, H. R., & Kret, G. R. (2019). The concept of the standard of proof «reasonable suspicion» in the practice of the European Court of Human Rights, dspace.onua.edu.ua s.159.
[26] CMK md.116 *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."*
[27] Öztürk vd., 2022, s.444., Yayla, 2016, s.129.
[28] Nur Centel- Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s.103. Öztürk vd., 2022, s.444.
[29] Kubilay Taşdemir-Ramazan Özkepir, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi Cilt I. Bası, Turhan Kitabevi Ankara,2013, s.252., Bahri Öztürk-Behiye Eker Kazancı-Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022., s.82., developments in germany criminal law.
[30] Bahri Öztürk-Behiye Eker Kazancı-Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022., s.35.
[31] Cumhur Şahin-Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 12.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.291.
[32] Nurullah Kunter/Feridun Yenisey /Ayşe Nuhoğlu: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,16. Bası, Beta Basım, İstanbul 2008. s.658 vd.

bulunması bir belirti delili iken bu kan örneğinin suç işlediğinden şüphe edilen bir kişiye ait olduğunun tespiti bu kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti oluşturacaktır. Ancak, tutuklama için gerekli olan kişinin suçluluğu hakkındaki kuvvetli belirtiyi bir delil türü olarak değil suçluluğa ilişkin bir şüphe türü olarak değerlendirmek daha yerinde olacaktır. Ayrıca, Anayasa'da düzenlenen kuvvetli belirti kavramını iz, emare olarak değil tüm delil çeşitlerini kapsayan kuvvetli suç şüphesi olarak anlamak gerekir.[33]

Nihayetinde kuvvetli suç şüphesi ve kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti kavramları esasen aynı anlama gelmekte ve aralarında temelde bir farklılık bulunmamaktadır. AYM tarafından tutuklamanın hukukiliğine yönelik yapılan incelemelerde de, Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan suç işlendiğine dair kuvvetli belirti kavramı ile CMK' nın 100. maddesinde yer alan suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe birlikte ve aynı nitelikte değerlendirilmektedir.[34]

Diğer yandan, tutuklama için 1412 sayılı CMUK' da Anayasa'dakine benzer şekilde "...suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan..." ifadesi yer alırken CMK' da 2014 değişikliğine kadar "...kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut olguların varlığı..." aranmış 2014 yılında 6526 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile "olgu" yerine delil kavramı kullanılmıştır.[35]

Bu değişiklikten sonra doktrinde "olgu" ile "delil" kavramlarının aynı anlama gelip gelmediği konusunda bir tartışma başlamıştır.

Yurtcan'a göre; metinde deliller somut olgularla gerekçelendirilerek gösterilecektir." diye bir ibare yer almıştır. Bunun hukuki değeri yoktur çünkü delilin somut olguyla gerekçelendirilmesi olamaz. Delil zaten olgudur. Olgunun olguyla gerekçelendirilmesi anlamsız bir ifadedir.[36]

Özbek/Doğan/Bacaksız' a göre; olgu birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç, vakıa anlamına gelmektedir. CMK' da olgu kavramının daha çok sonuç, vakıa anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır. Olgu ya da vakıa ispatın konusunu oluşturur. Nihayetinde olgunun varlığı kuvvetli şüphe sebebi oluşturmaz. Delil ise bir olayın kanunda düzenlenen duruma uyup uymadığını belirlemeye yarayan araçtır. Delil ispat aracıdır. Bir vakıanın ya da sonucun iddia edildiği gibi gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği ancak delille ispat edilir.[37]

Kanaatimizce CMK' da olgu yerine delil kavramının kullanılması yerinde olmuştur. Çünkü olgu ortaya çıkan sonuçtur ve bu sonucu ispatlamak için kullanılan araçlar da delildir. Örneğin doğum olayı bir olgu doğum belgesi de bu olayı ispatlayan delildir. Vakıalar, olgular yalnızca delille ispatlanabilir.

Ç. Somut Delillere Dayalı Suç Şüphesi

Tutuklamanın hukuki olabilmesi için kişinin suçluluğu hakkında duyulan şüphenin AİHS bağlamında inandırıcı delillere desteklenmesi, Anayasa'da kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti

[33] İnci, 2017, s.79.
[34] Halas Aslan, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, § 75-76.
[35] İnci, 2017, s.79, Özbek vd., 2020, s.273, Karakuş,2021, s.68, Süheyl Donay, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.189.
[36] Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 376.
[37] Özbek vd., 2020, s. 252.

olması, CMK' da ise mutlaka somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesinin aranması gerektiği belirtmiştik. CMK' ya benzer şekilde kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunması gerektiği düzenlenmiştir.[38] Belirtilen tüm yasal metinlerde faklı şüphe dereceleri düzenlenmekle birlikte kişinin suçluluğu hakkında var olan şüphenin mutlaka somut ve inandırıcı delillerle desteklenerek gerekçelendirilmesi zaruridir. Aksi takdirde somut ve inandırıcı delillere dayanan bir suç şüphesinin varlığından bahsedilmeyecektir.

AYM[39]' ye göre ilk olarak kanunilik kriteri değerlendirilecek müteakiben meşru amacının olup olmadığı ve ölçülülüğü incelenmeden önce suç işlendiğine dair kuvvetli belirti bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir.[40] AYM burada kanunilik incelemesinin hemen ardından kişinin suçluluğu hususunda kuvvetli belirtinin mevcudiyetini şart koşarak tutuklama için bir ön koşul getirmiştir.[41] Öte yandan AYM kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının tek başına yeterli olmadığını mevcudiyeti ortaya çıkan kuvvetli belirtinin mutlaka inandırıcı delil olabilecek olgu ve bilgiler ile desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir. AYM tutuklamanın hukukiliğine yönelik yaptığı incelemelerde sadece kuvvetli belirti ve inandırıcı delil kavramını kullanmamakta aynı zamanda CMK' nın 100. maddesi kapsamında somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesini de göz önüne alarak değerlendirme yapmaktadır.[42]

Diğer yandan AİHM'ne göre ise AİHS'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının c bendinde bir kişinin tutuklanması için makul şüphenin gerektiği düzenlenmiştir. Mahkeme, bu hususun aynı zamanda keyfi tutuklamaya karşı sunulan güvencenin önemli bir parçasını oluşturduğunu belirtmektedir.[43] Mahkeme, makul şüpheyi bir suçun işlendiğine dair tarafsız bir gözlemciyi ilgili kimsenin bir suç işlediği konusunda ikna edecek unsurların ya da bilgilerin mevcut olması durumu olarak tanımlamaktadır.[44] Yine AİHM' e göre şüphenin makullüğünün belirlenmesinde, söz konusu durumun gerçekten yaşanıp yaşanmadığına dair

---

[38] Al.CMK md.112 (StPO § 112)T utuklama şartları; tutuklama sebepleri
"(1) Şüphelinin fiili gerçekleştirdiği hakkında kuvvetli şüphe ve bir tutuklama sebebi varsa, tutuklama kararı verilebilir. 2.İşin önemi ve hükmedilmesi beklenebilecek olan ceza veya emniyet tedbirine göre orantısız ise, tutuklama kararı verilemez.", Z. Özen İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama,4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.78., Recep Kahraman, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Düzenlenen "Katalog Suçlarda Tutuklama" (Md. 112/3), Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 71 (2) 2022: 745-778, s.747.

[39] Daha önce de ifade ettiğimiz gibi tutuklama için başvurulan kanun yolu itiraz olduğundan tutuklama kararlarının hukukiliğinin incelemesi nadiren Yargıtay tarafından yapılmaktadır. Bu sebeple tutuklama ile ilgili AYM içtihatları esas alınmıştır.

[40] Zafer Özer, § 50., Aynı yönde İrfan Yıldız, B. No: 2020/6653, 13/1/2022, § 38.

[41] Erdem Gül ve Can Dündar, B. No: 2015/18567, 25/2/2016, Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, Zafer Özer, B. No: 2016/65239, 9/1/2020, İrfan Yıldız, B. No: 2020/6653, 13/1/2022. Mustafa Ali Balbay, § 72. Aynı yönde Zafer Özer, § 40., Mehmet Hasan Altan (2), B. No: 2016/23672, 11/1/2018 gibi birçok kararında da bu husus vurgulanmıştır.

[42] Mustafa Ali Balbay, § 74 "*Tutukluluk, 5271 sayılı Kanun'un 100. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 100. maddeye göre kişi ancak hakkında suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde tutuklanabilir."*

[43] Ahmet Şık/Türkiye, B.No. 36493/17, 24.11.2020, § 114, Pre-Trıal Detentıon Assessment Tool https://rm.coe.int/pre-trial-detention-assessment-tool/168075ae06 (Erişim Tarihi:10.04.2023)

[44]AİHM Selahattin Demirtaş/Türkiye (no. 2), B. No 14305/17, 20.11.2018, § 314.; Ilgar Mammadov/Azerbaycan, B.No. 15172/13, 29.05.2019, § 88., Erdagöz/Türkiye, B.No. 37483/02, 21.10.2008, § 51., Fox Campbell and Hartley / Birleşik Krallık Davası, B. No:12244/86, 30.08.1990, § 32. Pre-Trıal Detentıon Assessment Tool https://rm.coe.int/pre-trial-detention-assessment-tool/168075ae06 (Erişim Tarihi:10.04.2023).

makul bir şüpheyi ortaya koyacak şey olgular ve bu olguların dayandığı nesnel durumlardır.[45] Şüphe, şüpheli ve iddia edilen suç arasında bağlantı kuracak gerçeklere ve bilgilere dayanmadığı sürece makul kabul edilemeyecektir.[46]

Görüldüğü gibi hem AİHM hem AYM şüphenin derecesi ister makul ister kuvvetli olsun her iki durumda da kişinin suç işlediğine dair oluşan şüphenin mutlaka inandırıcı delillere dayanması gerektiğini vurgulamaktadır.

CMK açısından bakıldığında tutuklamanın ön koşulu olarak somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi aranmaktadır. CMK' da düzenlenen birçok koruma tedbirine başvurabilmek için kuvvetli şüphenin varlığı aranmaktadır. CMK md.90'da yer alan herkes tarafından yapılan yakalama (CMK md.90), gözlem altına alınma (CMK md.74), tutuklama (CMK md.100) taşınmazlara hak ve alacaklara el koyma (CMK md.128), şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK md.133), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma (CMK md.134) iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK md.135), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK md.139) ve teknik araçlarla izleme (CMK md.140) koruma tedbirlerinde de ön koşul olarak kuvvetli şüphenin varlığı aranmıştır.[47]

Tutuklama için kuvvetli suç şüphesi ise, "tutuklama kararının verildiği ana kadar yapılan soruşturma sonucu elde edilen delillere göre, şüpheli veya sanığın bir suç işlediği veya işlenmesine teşebbüs ettiği konusunda yüksek bir olasılığın mevcut olmasıdır."[48] Soruşturmaya başlamak için gerekli olan basit şüphe, iddianame hazırlamak için aranan yeterli şüphe veya arama koruma tedbirinin uygulanmasını sağlayan makul şüphe yeterli değildir. Bunun sebebi de tutuklamanın özgürlüğe müdahalesinin doğrudan olmasından kaynaklanmaktadır. Öte yandan kuvvetli şüphenin salt varlığı da kişinin tutuklanması için yeterli değildir aynı zamanda bu şüphenin somut delillere dayanması gerekir.[49] Çünkü soyut bir kavram olan şüphe ölçülebilen bir husus değildir.[50] Şüphenin kuvvetini belirleyen mevcut deliller ve bu delillerin gücüdür.[51] Kısaca, şüphenin bağlı olduğu olgu, emare, belirti ve delilin kuvvetinin ve olayı yansıtma durumunun şüphenin kuvvet derecesini belirlediği söylenebilir.[52] Buna göre; eğer mevcut deliller sayıca az veya sayıca az olmamakla birlikte delil gücü az ise basit şüphe, mevcut deliller fazla, delil gücü yeterli ve kuvvetli ise yoğun şüphe söz konusu olur.[53] Ancak suçla ilgili olarak tek başına

[45] Selahattin Demirtaş/Türkiye (no. 2), § 317, Sabuncu ve Diğerleri/Türkiye, B.No. 23199/17, 10.11.2020, § 146-147.
[46] Pântea, A. (2020) A Review of the Right to Freedom and Safety Understanding the Reasonable Suspicion, Acta U. Danubius Jur., 105, s.107.
[47] Öztürk vd., 2022, s.444.
[48] Öztürk-Kazancı-Güleç, 2022, s.82, İnci, 2017, s.77.
[49] Şentuna,2022, s.93.
[50] Özbek-Doğan-Bacaksız,2020, s.316.
[51] Öztürk-Kazancı-Güleç, 2022, s.82.
[52] Bahri Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 16.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2022, s.444., Yayla, 2016, s.122-123.
[53] Öztürk vd., 2022, s.444.

bir veri yığını da suç şüphesinin dayanağı olmayacaktır. Şüphenin mutlaka belirli ve ifade edilebilir nesnel gerçeklere dayanması gerekmektedir.[54]

Delil, ceza muhakemesinde iddiayı ispata yarayan tüm araçlardır.[55] Ancak ceza muhakemesinde olayın ispatında kullanılacak aracın delil olarak kabul edilebilmesi için olayı temsil etmesi, maddi gerçeğe, akla, mantığa uygun olması ve güvenilir olması gerekmektedir. Bu sebeple; varsayımlar, akıl yürütmeler ve genel deneyimler tutuklama kararı için bir dayanak olmayacak ve delil olarak kabul edilmeyecektir.[56] Gelecekte elde edilmesi planlanan deliller de tutuklama kararı verilmesi için yeterli değildir. Tutuklama kararı verildiği andaki mevcut delillere göre kişinin suç işlediği konusunda yüksek olasılık var olmalıdır. Ayrıca, kişinin suçu fiilen işlemiş olma ihtimalinin tutuklama kararı verdiği andaki bilgi durumu ile birlikte değerlendirilmesi gerekir ve tutuklama kararı mevcut bulguların anlık görüntüsüne dayanmaktadır.[57]

Somut delil ise mevcut olan, elde edilmiş ve dosya içinde yer almış olan delil demektir. Varlığı bilinen ancak henüz elde edilememiş ve dosya içinde yer almamış bir delil somut delil niteliğine haiz değildir. Halihazırda mevut olmayan fakat ulaşılması beklenen yeni deliller de tutuklama için somut delil olarak değerlendirilemez. [58] Belirli olgulara dayanmayan tutuklama kararı verecek kişinin mesleki ve yaşam deneyimine dayalı varsayımlar gibi sübjektif değerlendirmeler de tutuklama için somut delil olarak kabul edilmez.[59] Yine kişinin geçmişte bir suç işlemiş olması da kuvvetli suç şüphesinin varlığını kanıtlamak için delil olmayacaktır. Ortaya çıkan şüphenin dayandığı deliller sadece suçluyla değil, suç faaliyeti ile ilgili olmalıdır. Kısaca, sadece soyut şüphe yeterli değildir olaylara, somut delillere dayanan, belirli bir yoğunluğa erişmiş şüphe aranacaktır.[60] Çünkü kişinin suç işlemiş olabileceğine dair güçlü şüphe ancak somut verilerin bir araya getirilmesi ile mümkün olacaktır. Kısacası kişinin suçluluğuna yönelik ortaya çıkan kuvvetli suç şüphesinin iki noktayı içermesi gerekir. Bunlardan ilki suç şüphesinin dayandığı verilerin somut olması ve ikinci olarak da yeterli olması gerekmektedir.[61] Eldeki veriler cezalandırılabilir bir eylemde bulunma olasılığını güçlü bir şekilde yansıtıyorsa yeterli kabul edilebilir.

Ancak burada şu hususun özellikle belirtilmesi gerekir tutuklama anında tüm delillerin toplanmış olması gerekmez. Çünkü tutukluluğun amacı, yürütülen soruşturma ve kovuşturma boyunca kişinin tutuklanmasının esasını oluşturan şüphelerin doğruluğunu ispatlayarak veya şüpheleri ortadan kaldırarak muhakeme sürecini daha sağlıklı bir şekilde icra etmektir. Bu sebeple tutuklama için gerekli olan kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillere dayalı olgular ile ceza muhakemesinin ileriki aşamalarında değerlendirilecek ve mahkûmiyete esas teşkil edecek olguların aynı seviyede kabul edilmemesi gerekir. [62]

---

[54] Ferguson, A. G. (2015), Big data and predictive reasonable suspicion, University of Pennsylvania law review, 327-410, s. 338.
[55] Öztürk-Kazancı-Güleç, 2022, s.82.
[56] Öztürk-Kazancı-Güleç, 2022, s.82.
[57] Maes, E., Jonckheere, A., Deblock, M., & Hovine, M. (2016). DETOUR–Towards Pre-trial Detention as Ultima Ratio, s.7.
[58] Yaşar, 2022, s. 712.
[59] Maiorova, L. V., & Ploshkina, Y. M., 2018, s.1108.
[60] Şahin-Göktürk, 2021, s. 291.
[61] Maiorova, L. V., & Ploshkina, Y. M., 2018, s. 1108.
[62] Erdem Gül ve Can Dündar, § 66. Aynı yönde Mustafa Ali Balbay, § 73, Hikmet Kopar ve diğerleri § 79.

Tutuklama için eldeki mevut delil ve olguların gücünün kuvvetli suç şüphesini oluşturacak düzeyde olması yeterlidir.

AYM Can Dündar ve Erdem Gül Kararı'nda[63] mevut delil durumunun tutuklama için yeterli olmadığını ve bunun somut olgularla desteklenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yine başka bir kararda; tutuklama kararında somut olguların genel olarak ifade edildiğini ve somut olguların varlığını gösteren herhangi bir delile atıf yapılmadığını ifade etmiştir.[64] Mahkeme her iki kararda da tutuklama için gerekli olan kuvvetli suç şüphesinin dayanağı olan somut delillerin varlığının ortaya konulamadığını belirtmiştir.

Diğer yandan AYM, somut olayın koşullarında HTS kayıtlarını[65], örgütün üst düzey yöneticileri ile telefon görüşmelerini[66], tanık beyanlarını[67] ve mağdurun beyanı ile doktor raporlarını[68] kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delil olarak kabul etmiştir.

---

[63] Erdem Gül ve Can Dündar, B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 76.
"Dolayısıyla başvuruculaların tutuklanması kararına esas alınan temel olgunun, durdurulan ve aranan tırları konu alan iki haberin Cumhuriyet gazetesinde yayımlanması olduğu anlaşılmaktadır. Tutuklama kararlarında isnat edilen suçlara ilişkin olarak mevcut delil durumunun tutuklama için yeterli olduğu belirtilmiş ise de anılan haberler dışında somut herhangi bir delilden bahsedilmemiştir. Başvurucular, başvuru konusu haberlerde yer alan fotoğrafları ve bilgileri "silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme" amacıyla yayımlamakla ve "siyasal veya askeri casusluk maksadıyla" temin etmek ve açıklamakla suçlanmışlar ve tutuklanmışlardır. Ancak tutuklama kararının gerekçesinde söz konusu haberlerin "siyasal veya askeri casusluk maksadıyla" yayımlandığına ilişkin kuvvetli suç şüphesine başvuruculara isnat edilebilecek hangi somut olgulardan hareketle ulaşıldığı açıklanmamıştır. Tutuklama gerekçesinde "silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme" suçuna ilişkin kuvvetli suç şüphesi yönünden ise başvuruculaların, yayımladıkları haberlerin "hakkında soruşturma devam eden terör örgütü ile ilgili olduğunu mesleki durumları itibarıyla bilmeleri gerektiği" kanaati dışında yardım etme suçlamasına dayanak teşkil edecek somut bir olgu gösterilmemiştir. Aynı yönde Mehmet Hasan Altan (2), B. No: 2016/23672, 11/1/2018, §145-146.

[64] Mustafa Baldır, § 64.
Nazilli Sulh Ceza Hakimliğinin tutuklama kararında başvurucu yönünden kuvvetli suç şüphesini oluşturan somut olguların bulunduğuna genel olarak değinilmiş, bu olgulara ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Tutuklamaya yönelik itirazın reddine ilişkin Aydın 2. Sulh Ceza Hakimliğinin kararında da herhangi bir delile atıf yapılmaksızın genel bir ifadeyle kuvvetli suç şüphesini oluşturan somut olguların bulunduğu ifade edilmiştir.

[65] Fatih Polat, B. No: 2018/12094, 22/9/2022, §16.
Öte yandan tutuklama kararının dayanaklarından biri olan HTS kayıtlarının da somut olayın koşullarında kuvvetli suç belirtisi olarak kabulü mümkündür. Zira sorusturma makamlarınca basvurucunun irtibatlı oldugu ileri sürülen kisilerin mahrem yapı imamı oldugu belirtilmiştir.

[66] Abdullah Kılıç B. No: 2016/25356, 8/1/2020, § 81.

[67] Abdullah Kılıç, § 67-81. Aynı yönde bkz.; Metin Evecen, B. No: 2017/744, 4/4/2018, § 58; Recep Uygun, B. No: 2016/76351, 12/6/2018, § 43; İsmail Çıtak, B. No: 2016/78629, 28/11/2019, § 52.

[68] Halas Aslan, § 87.
Başvurucunun isnat edilen "çocuğun cinsel istismarı" suçu yönünden kuvvetli suç şüphesi altında bulunduğu ilk tutuklama kararı da dahil olmak üzere tutukluluğa ilişkin tüm karalarda vurgulanmıştır. Başvurucu hakkında verilen 15/4/2014 tarihli tutukluluğun devamı kararında suç şüphesine ilişkin "mağdurun soruşturma aşamasındaki beyanı, anal livataya maruz kaldığına dair rapor, ruh halinin bozulduğuna ilişkin rapor, tanık beyanı, düzenlenen tutanaklar" gibi somut delillere atıfta bulunulmuştur. Anılan delillerin içeriği dikkate alındığında, tutukluluğun ön şartı olan kuvvetli suç şüphesi yönünden mahkeme kararlarının açıklayıcı ve yeterli olduğu görülmektedir.

Benzer şekilde AİHM'de tutuklama nedeniyle oluşan bir özgürlükten yoksun bırakmanın ancak ilgili kişinin suç işlediğine dair makul nedenlerin nesnel, doğrulanabilir olgular ve bilgilerle gerekçelendirilmesi halinde yasal olacağını belirtmektedir.[69]

AİHM Labita/İtalya Kararı'nda kimliği belirsiz bir muhbirden alınan, doğrulanmayan, duyuma dayalı bir delilin, başvuru sahibinin mafya ile ilgili faaliyete karışmış olduğuna dair 'makul şüphe' teşkil etmeye yeterli olmadığını belirtmiştir.[70]Diğer yandan Mahkeme Yaygın/Türkiye Kararı'nda ayrıca, gizli bir tanığın somut ve ayrıntılı ifadelerinin organize suç bağlamında makul bir şüphe için yeterli bir olgusal temel oluşturabileceğini kabul etmiştir.[71]

Kuvvetli suç şüphesinin (Anayasa bağlamında kuvvetli belirti, AİHS bağlamında makul şüphe) hangi aşamada aranması gerektiği konusuna değinecek olursak; tutuklama isteminde bulunulduğunda, tutuklama kararı verildiğinde ve nihayetinde tutuklama devam ettiği sürece kuvvetli suç şüphesinin tutuklama şartı olarak var olması gerekir.[72]

AİHM bireyin tutuklanması esnasında objektif bir gözlemciyi ikna etmek için yeterli nesnel unsurların mevcudiyetinin doğrulanması istendiğinde, bu o tarihte var olan ve tutuklamaya karar veren yetkili merciin değerlendirmesine sunulan olgu ve bilgiler temelinde değerlendirilebileceğini dolayısıyla tutukluya isnat edilen fiiller veya olgular gerçekleştikleri tarihte suç teşkil etmiyorsa bu durumda makul şüphenin bulunmadığının açık olduğunu belirtmektedir.[73]

CMK' nın 101. maddesinin 2. fıkrasında tutuklamaya, tutuklamamanın devamına veya bu hususta bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu, adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını, gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Mevcut düzenlemeden gerek ilk tutuklamada gerekse müteakip tutuklama kararlarında ve tutuklamaya devam kararlarında kuvvetli suç şüphesinin varlığı, somut olgularla gerekçelendirilerek tutuklama anındaki somut delillerle ortaya konulmalıdır.[74] Tutuklama kararları mutlaka yeterince gerekçeli olmalı, kalıplaşmış ifadeler kullanılmamalı ve hakkında tutuklama kararı verilecek şüpheli veya sanığın lehine ve aleyhindeki argümanlar soyut ve genel olmamalıdır.[75]

---

[69] Case Of Imakayeva V. Russıa B.No. 7615/02, 9.11.2016, § 173, Akgün/Türkiye § 151-156, Selahattin Demirtaş/Türkiye (no. 2), § 317.

[70] Labita / İtalya Davası, B. No:26772/97, 06.04.2000, § 15.

[71] Yaygın/Türkiye, B.No. 12254/20, 16/02/2021, § 37-46.

[72] Şahin-Göktürk, 2021, s.291., Vahit Bıçak, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018. s. 634., Selma Öztürk Günay, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararları Işığında Tutuklama, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.72.

[73] Akgün/Türkiye § 154-157, Pre-Trıal Detentıon Assessment Tool, https://rm.coe.int/pre-trial-detention-assessment-tool/168075ae06 (Erişim Tarihi:10.04.2023).

[74] A. Caner Yenidünya- Zafer İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 332, Şentuna, 2022, s.93.

[75] Crijns, J. H., Leeuw, B. J., & Wermink, H. T. (2016). Pre-Trial Detention In The Netherlands: Legal Principles Versus Practical Reality, Eleven International Publishing, s. 8.

Uygulamada çoğu zaman ilk derece mahkemeleri tarafından basmakalıp gerekçeler belirtilmekte ve kuvvetli suç şüphesini oluşturan somut olguların bulunduğuna genel olarak değinilmekte, söz konusu olgular somutlaştırılamamaktadır.[76] İlk derece mahkemelerin masumiyet karinesini de gözönünde bulundurarak kişi özgürlüğünün kısıtlanmasını meşru kılan tutuklama gibi koşulları araştırıp incelemeleri ve bunun gerekçesini de kararlarında açıkça göstermeleri elzemdir.[77] Nitekim AİHM, özgürlük hakkı gibi böylesine önemli bir konu söz konusu olduğunda ulusal makamların tutuklamanın gerekli olduğunu ikna edici biçimde göstermekle yükümlü olduğunu değerlendirmektedir.[78] Kanaatimizce kuvvetli suç şüphesinin dayanağı olan somut delillerin neler olduğunun gösterilmesi, her delilin gerekçelendirilmesi, özellikle basmakalıp ifadelerin ve yalnızca kanun maddelerinin yazımından vazgeçilmesi gerekmektedir.

Bir diğer üzerinde durulması gereken konu ise kuvvetli şüphenin değerlendirilmesinin kim tarafından yapılacağıdır. AYM' ye göre; her somut olayda tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin varlığı, tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığı ve tutuklama tedbirinin ölçülülüğünün öncelikle söz konusu tedbiri uygulayan yargı mercilerince yapılacağını belirtmiştir. Ancak somut olayın koşulları dikkate alınarak bilhassa tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama kararının gerekçelerine yönelik takdir yetkisinin aşılıp aşılmadığının AYM' ce inceleneceği belirtilmiştir.[79]

AİHM ise AYM' ye benzer şekilde ulusal mahkemelerin kendilerine sunulan delilleri değerlendirmek için daha iyi bir konumda olduklarını vurgulamaktadır. Öte yandan AİHM, Sözleşme'nin 5.maddesinin 1.fıkrasının c bendinde belirlenen koşullara uyulup uyulmadığının denetlenmesi hususunda yetkili olduğunu ifade etmektedir.[80] Bu sebeple iç hukukun yorumlanması ve uygulanması öncelikle ulusal makamların ve bilhassa ulusal mahkemelerin görevi olsa bile Sözleşme'nin 5.maddesinin 1.fıkrası bakımından iç hukuka riayet edilmemesinin Sözleşme'nin ihlaline neden olacaktır. Böyle bir durumda AİHM her zaman iç hukuka uyulup uyulmadığını denetleyebileceğini hatta denetlemek yükümlülüğünde olduğunu ifade etmektedir.[81]

Öte yandan, tutuklama tedbiri için gerekli olan şüphenin herhalde iddianame hazırlanması için gerekli olan şüpheyi de kapsadığı ve hakkında tutuklama kararı verilen kişiler için iddianame hazırlanma sürecinin uygulamada daha kısa olması gerektiği ile ilgili öğretide tartışma bulunmaktadır. Bir kişinin suç işlediğine dair kuvvetli şüphenin bulunması bu şüpheden daha az yoğun olan yeterli şüphenin de herhalde

---

[76] Zafer Özer, § 13.
İlk derece mahkemesinin tutuklama kararı *... üzerlerine atılı bulunan silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediklerine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren dosya kapsamında somut delillerin bulunması, şüphelilerin kaçma ve delilleri karartma ihtimallerinin bulunduğu, bu nedenlerle adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı Şüphelilere isnat edilen suçun Ağır Cezayı gerektiren suç üstü halleri gerektiren suç olması nedeni ile CMK 2/1-J ve 2802 sayılı Kanununun yasanın 94 maddesi ve CMK'nun 100. maddesi ile ilgili düzenlemeler ile AİHS 5. maddesindeki tutuklama şartları kapsamında isnat olunan suç ile orantılı olarak tedbir kapsamında şüphelilerin CMK.nun 101 maddeleri uyarınca AYRI AYRI TUTUKLANMASINA ... [karar verildi.]*

[77] Turhan, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM.) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 3-4, 2001, s. 235.

[78] Case Of Buzadjı/The Republıc Of Moldova, §.122.

[79] Furkan Omurtag, B. No: 2014/18179, 25/10/2017, § 80 81, Günay, 2021, s.74.

[80] Mamasakhlısı And Others/Georgıa And Russıa, B. No.29999/04 ve 41424/04, 07.03.2023, § 420-421.

[81] Case Of Jėčıus/Lithuania, § 56.

bulunduğu anlamına geldiği ancak uygulamada çoğunlukla öncelikle kişi hakkında tutuklama kararı verildiği ve iddianame hazırlanabilmesi için gerekli olan yeterli şüpheye ulaşabilmek amacıyla delillerin toplanmaya devam ettiği bu durumda yeterli şüpheye ulaşarak iddianame hazırlanmasının çok uzun bir zaman aldığı belirtilmektedir.[82]

Eğer eldeki mevcut deliller kişinin suç işlendiği hususunda kuvvetli şüphe oluşturmuyorsa tutuklama kararı verilmemesi gerekir. Ancak, esas olarak soruşturma evresinde deliller toplanacak ve kovuşturma evresinde daha önce toplanmış olan deliller tartışılıp değerlendirecektir.[83] Hâlihazırda kovuşturma evresine geçilinceye kadar delillerin toplanma işlemi devam etmektedir. Ayrıca şüpheli sayısının fazlalığı ve somut olayın karmaşıklığı da delillerin toplanması işlemine etki eden faktörlerdir. Belirtilen durumlar nedeniyle de iddianamenin hazırlanması sürecinin uzayabileceği göz ardı edilmemelidir. Kanaatimizce somut olayın koşullarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

Diğer yandan herhalde soruşturma evresinde tutuklama kararı verilmiş olmasına karşın toplanan deliller sonucu yeterli şüpheye ulaşılamadığı gerekçesiyle kamu davası açılamaması durumunda tutuklama anında da kuvvetli suç şüphesinin mevcut olmadığı ve verilen tutuklama kararının hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Nitekim CMK 'nın 141.maddesinin 1. fıkrasının e bendi gereği kanuna uygun olarak tutuklandıktan sonra hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilenlerin haksız tutuklama nedeniyle tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir.[84]

Tutuklama konusunda hukuki güvenlik ilkesine riayet etmek son derece önemlidir. Bu nedenle kişinin özgürlükten yoksun bırakılmasına sebep olan tutuklama gibi ağır bir tedbirin hukuka uygun ve yasal yollara göre gerçekleştirilmesi zaruridir. Tutuklamanın sadece iç hukuktaki yasal dayanağa göre yapılması bu tedbiri hukuka uygun hale getirmez Sözleşme'nin de ayrılmaz bir parçası olan hukukun üstünlüğü ilkesine de uygun olması gerekir.[85] Zaten Sözleşme'nin 5.maddesinin amacı da kişiyi keyfiliğe karşı korumaktır. Bu sebeple keyfilik kavramı ulusal hukukun ötesine geçer. Yasal dayanağı olsa bile yapılan tutuklama halen keyfi ve Sözleşme 'ye aykırı olabilmektedir.[86] Tutuklamayı gerektiren makul şüphenin kesinlikle somut, inandırıcı bir olgu veya bilgiye dayanması gerekir. Aksi halde kişi hakkında uygulanan tutuklama tedbiri neticesinde Sözleşme'nin 5.maddesinin ihlali söz konusu olacaktır.[87]

Tutuklama masumiyet karinesini reddeden, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik en ağır tedbirlerden biri olması nedeniyle son çare olarak uygulanmalıdır. Özellikle bir ceza beklentisi, ön ceza olarak kullanılmamalı ve masumiyet karinesini ihlal etmemelidir.[88] Nitekim, kuvvetli suç şüphesi ile mahkûmiyet kararı verilmesi için gerekli olan kesin ispatın aynı anlama gelmediğini söyleyebiliriz. Tutuklama için mevcut delillere göre karar verilmiştir ama mahkûmiyet için tüm deliller toplanmamış ve

[82] İnci, 2017, s.80; Günay, 2021, s.75.
[83] Şahin-Göktürk, 2021, s.97.
[84] Şahin-Göktürk, 2021, s.291.
[85] Şahin Alpay/Türkiye, § 116.
[86] Ahmet Şık/Türkiye, § 118.
[87] Öztürk-Kazancı-Güleç, 2022, s.82.
[88] Martufi, A., & Peristeridou, C. (2020). The Purposes Of Pre-Trial Detention And The Quest For Alternatives. European Journal Of Crime, Criminal Law And Criminal Justice, 28(2), 153-174, s.155.

tartışılmamıştır. Kuvvetli suç şüphesi tutuklama için yeterli olmasına karşın mahkûmiyet için yeterli değildir.[89] Kuvvetli suç şüphesinin varlığı koruma tedbirlerinin uygulanması için gereklidir ama kuvvetli suç şüphesi varlığında bile kişi halen masumiyet karinesine sahiptir. Çünkü kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller mevcut olsa da halen hüküm verilmemiştir. Yapılacak muhakeme sonucunda hâlihazırda mevcut olan kuvvetli şüpheye dayalı suçluluk ispatlanıp kişi mahkûm olabileceği gibi aksi durum da mümkündür. AİHM standartlarının da masumiyet karinesi yerine getirmek ve ifade etmek için tasarlandığı göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi mevcut olsa da kişinin masumiyet karinesine sahip olduğu unutulmamalıdır.

SONUÇ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının en önemli kısıtlamalarından biri olan tutuklama koruma tedbirinin uygulanması çok sıkı koşullara tabi tutulması gerekir. Bu sebeple de gerek Anayasa'nın 19.maddesinin 3. fıkrasında gerekse CMK' nın 100.maddesi vd. tutuklamanın maddi ve şekli şartları düzenlenmiştir.

Tutuklama için başvurulan kanun yolu itiraz olduğundan tutuklama kararlarının hukukiliğinin incelemesi nadiren Yargıtay tarafından yapılmaktadır. Bu sebeple ya AYM' ye yapılan bireysel başvurularda ya da iç hukuk yollarının tüketilmesine müteakip AİHM'ne yapılan başvurularda tutuklamanın hukukiliği konusunda inceleme yapılabilmekte ve içtihat oluşturulmaktadır. Her iki mahkemenin vermiş olduğu kararlar neticesinde tutuklamanın hukukiliğine yönelik belirli ölçütler getirilmektedir.

AYM' ye göre tutuklamanın kanuni dayanağının, meşru bir amacının ve ölçülülüğünün mevcut olması halinde bu tedbire başvurmanın hukuki olacağı belirtilmiş ancak tüm bu ölçütlerden önce ön koşul olarak kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin olması gerektiği vurgulamıştır. Nitekim mahkeme tarafından birçok kararda da bu husus tutukluğunun hukukiliğinin incelenmesinde ilk kriter, olmazsa olmaz bir unsur olarak değerlendirilmektedir.

AİHM ise tutuklamayı gerektiren makul şüphenin kesinlikle somut, inandırıcı bir olgu veya bilgiye dayanması gerektiğini aksi halde kişi hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin Sözleşme'nin 5.maddesine aykırı olacağını belirtmektedir.

Diğer yandan, AİHS'de tutuklama nedeni olarak makul şüphe aranırken hukukumuzda kuvvetli suç şüphesi aranması kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından daha fazla bir güvence sağlamaktadır. Ancak yargı kararları incelendiğinde maddi kanunlarda yer alan hükümlerin uygulamada yeterince karşılık bulduğunu söylemek zordur. Çalışma içerisinde de incelediğimiz birçok kararda yerel mahkemeler tarafından kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillere dayanılmaksızın basmakalıp gerekçelerle tutuklama kararları verilmektedir. Genelde tüm kararlarda tek düze cümleler veya sadece kanun maddesi yazılmakta tutuklamaya sebep olan şüphe delillerle somutlaştırılmamaktadır.

[89] Osman Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 709.

Ayrıca, soruşturma evresinde tutuklama kararı verilmiş olmasına karşın toplanan deliller sonucu yeterli şüpheye ulaşılamadığı gerekçesiyle kamu davası açılamamaktadır. Bu durumda tutuklama anında da kuvvetli suç şüphesinin mevcut olmadığı ve verilen tutuklama kararının hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Nitekim CMK 'nın 141.maddesinin 1.fıkrasının e bendi gereği kanuna uygun olarak tutuklandıktan sonra hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilenler haksız tutuklama nedeniyle tazminat talep edebilecektir.

Sonuç olarak; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının en önemli sınırlamalarından biri olan tutuklama koruma tedbirinin uygulanması suretiyle bireylerin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına keyfî olarak müdahale edilmemeli, mevcut deliller suç işlendiği hususunda kuvvetli şüphe oluşturmuyorsa tutuklama kararı verilmemesi gerekir. Diğer yandan, somut delillere dayalı kuvvetli şüphe ve tutuklama nedeni olsa bile eğer bu tedbire başvurmak ölçülü değilse yine tutuklama tedbiri uygulanmamalıdır. Ancak uygulamada tam tersi bir süreç işlemekte çok sık tutuklama kararı verilmektedir. Tutuklama bir ceza beklentisi olarak görülmektedir.

Demokratik toplumlarda bireylerin özgürlüğü için çok önemli olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının korunması ve keyfi olarak sınırlandırılmasının önüne geçilmesi hukuk devletinin gereğidir. Bu nedenle tutuklama kararı verilirken basmakalıp gerekçelerden kaçınılmalı, tutuklamaya neden olan kuvvetli suç şüphesinin dayanağı olan deliller tek tek gösterilerek somutlaştırılmalı ve gerekçelendirilmelidir.

Kaynakça

Bahri Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 16.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Bahri Öztürk-Behiye Eker Kazancı-Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Baver Karakuş, Yüksek Yargı Kararları Işığında Tutukluluk ve Makul Tutukluluk Süresi, Bahçeşehir Üniveristesi, Lisansüstü Hukuk Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2021.

Crijns, J. H., Leeuw, B. J., & Wermink, H. T. (2016). Pre-Trial Detention In The Netherlands: Legal Principles Versus Practical Reality. Eleven International Publishing.

Cumhur Şahin-Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 12.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Dilaver Nişancı, "AİHM Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS m. 5) ve Bu Hakkın İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10) ile Amaçta Saptırma Yasağı (AİHS m. 18) Açısından İrdelenmesi", *DÜHFD, Cilt: 26, Sayı: 44,* 38 *Yıl: 2021, s. 37-74.*

Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Turhan, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM.) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 3-4, 2001.

Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Ferguson, A. G. (2015). Big data and predictive reasonable suspicion. University of Pennsylvania law review, 327-410.

Jung, S., Petrick, C., Schiller, E. M., & Münster, L. (2021). Developments in German Criminal Law: The Urgent Issues regarding Prolonged Pre-Trial Detention in Germany. German Law Journal, 22(2), 303-314.

Kret, H. R., & Kret, G. R. (2019). The concept of the standard of proof «reasonable suspicion» in the practice of the European Court of Human Rights, dspace.onua.edu.ua.

Nurullah Kunter/Feridun Yenisey /Ayşe Nuhoğlu: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,16. Bası, Beta Basım, İstanbul 2008.

Kubilay Taşdemir-Ramazan Özkepir, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Cilt I. Bası, Turhan Kitabevi Ankara,2013.

Maes, E., Jonckheere, A., Deblock, M., & Hovine, M. (2016). DETOUR–Towards Pre-trial Detention as Ultima Ratio.

Maiorova, L. V., & Ploshkina, Y. M. (2018). Correlation between the Concepts of “Detention” and “Suspicion” in the Criminal Proceedings of Russia and Germany, Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences 7 (2018 11) 1105-1112.

Martufi, A., & Peristeridou, C. (2020). The Purposes Of Pre-Trial Detention And The Quest For Alternatives. European Journal Of Crime, Criminal Law And Criminal Justice, 28(2), 153-174.

Mehmet Yayla, Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2016.

Mesut Bedri Eryılmaz, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.

Mustafa Tarık Şentuna , “Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol”, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Nur Centel- Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

Nur CENTEL, Bireysel Başvuru Kararlarında Tutuklamanın Hukukiliğinin Değerlendirilmesi -Hikmet Kopar/Günay Dağ/Can Dündar ve Erdem Gül Kararları, https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Nur-Centel-Tutuklamanin-Hukukiligi.pdf (Erişim tarihi:05.03.2023).

Osman Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 8.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2018.

Pântea, A. (2020). A Review of the Right to Freedom and Safety. Understanding the Reasonable Suspicion. Acta U. Danubius Jur., 105.

Recep Kahraman, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen “Katalog Suçlarda Tutuklama” (Md. 112/3), Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 71 (2) 2022: 745-778.

Selçuk Akıcı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklamanın Maddi ve Şekli Şartları, Hasan Kalyoncu Üniveristesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep, 2022.

Selma Öztürk Günay, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararları Işığında Tutuklama, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

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

Tolga Şirin, Özürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1 Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018.

Vahit Bıçak, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2020.

Z.Özen İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/

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

https://hudoc.echr.coe.int/

https://rm.coe.int/pre-trial-detention-assessment-tool/168075ae06

YARARLANILAN AYM KARARLARI

Abdullah Kılıç, B. No: 2016/25356, 8/1/2020.

Cemil Uğur, B. No: 2020/35635, 18/1/2022.

Erdem Gül ve Can Dündar, B. No: 2015/18567, 25/2/2016.

Fatih Polat, B. No: 2018/12094, 22/9/2022.

Furkan Omurtag, B. No: 2014/18179, 25/10/2017.

Hikmet Kopar ve diğerleri, B. No: 2014/14061, 8/4/2015.

Halas Aslan, B. No: 2014/4994, 16/2/2017.

İrfan Yıldız, B. No: 2020/6653, 13/1/2022.

Mehmet Hasan Altan (2) , B. No: 2016/23672, 11/1/2018.

Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013.

Mustafa Baldır, B. No: 2016/29354, 4/4/2018.

Mustafa Özterzi B. No: 2016/14597, 31/10/2019.

Sultan Kaya, B. No: 2020/29355, 15/3/2022, § 32.

Zafer Özer, B. No: 2016/65239, 9/1/2020.

YARARLANILAN AİHM KARARLARI

Ahmet Şık/Türkiye, B. No.36493/17, 24.11.2020.

Akgün/Türkiye, B. No.19699/18, 20.07.2021.

Buzadjı/The Republıc Of Moldova B.No.23755/07, 05.07.2016.

Erdagöz/Türkiye, B.No. 37483/02, 21.10.2008.

Fox Campbell and Hartley / Birleşik Krallık Davası, B. No:12244/86, 30.08.1990.

Ilgar Mammadov/Azerbaycan, B.No. 15172/13, 29.05.2019.

Imakayeva/Russıa B.No. 7615/02, 9.11.2016.

Labita / İtalya Davası, B. No:26772/97, 06.04.2000.

Jėčius/Lıthuanıa, B. No. 34578/97, 31.07.2000.

Mamasakhlısı And Others/Georgıa And Russıa, B. No.29999/04 ve 41424/04, 07.03.2023.

Mehmet Hasan Altan/Türkiye, B. No.13237/17, 20.03.2018.

Sabuncu ve Diğerleri/Türkiye, B.No. 23199/17, 10.11.2020.

Selahattin Demirtaş/Türkiye (no. 2), B.No 14305/17, 20.11.2018.

Şahin Alpay/Türkiye, B. No.16538/17, 20.03.2018.

Yaygın/Türkiye, B.No. 12254/20, 16/02/2021.

2022 KAZAKİSTAN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ANAYASALCILIK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Mustafa Nasip*

ÖZET

Kazakistan, 1991 yılında bağımsızlığını kazandıktan sonra 1993 ve 1995 Anayasalarını ilan etmiştir. 1995 Anayasasında ise altı kez değişiklik yapmıştır. Bu değişikliklerden sonuncusu olan 2022 Anayasa Değişikliği, ülke çapına yayılan kanlı Ocak Olaylarının ardından halkın taleplerine cevap verme, İkinci Cumhuriyet'in kuruluşu ve Yeni Kazakistan iddialarıyla kabul edilmiştir. 2022 Anayasa Değişikliklerini önemli kılan özelliği ise anayasanın üçte birini oluşturan 33 maddede toplam 56 değişiklik yapılmasıdır. Anayasa değişikliğinin hedefleri daha fazla demokratikleşme, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, seçim sisteminin iyileştirilmesi, süper başkanlık sisteminden güçlü bir parlamentoya sahip başkanlık sistemine geçiş, insan hakları sisteminin güçlendirilmesi olarak belirtilebilir. Bu kapsamda ülkenin ilk devlet başkanı olan Nazarbayev'e devletin kurucusu sıfatıyla verilen anayasal statülerin kaldırılması, başkentin isminin değiştirilmesi, devlet başkanlığı seçimi için tek dönem kuralının ve yedi yıllık görev süresinin değiştirilemez hükümler kapsamına alınması, devlet başkanının bir siyasi parti üyesi olmaması, devlet başkanının yakın akrabalarının siyasi kamu makamlarına ya da yarı kamu kuruluşlarının başkanlığı görevlerine getirilmesi yasağı, ülkenin yeraltı ve yerüstü zenginliklerinin sahibi olarak devlet yerine halkın kabul edilmesi, ölüm cezasının kaldırılması, parlamento üyelerinin seçmenler tarafından geri çağrılabilmesi, bazı üst düzey kamu yöneticilerinin devlet başkanı tarafından atanabilmesi için senatonun onayı şartının getirilmesi, parlamentonun üye yapısına yönelik değişiklikler, anayasa yargısı–idarenin mali denetimi-ombudsmanlık kurumlarının kurumsal yapılarında ve anayasal statülerinde değişiklikler, vatandaşların düzenleyici yasal işlemlerin anayasaya aykırılığı iddiasıyla doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurabilme imkanının getirilmesi, kanun yapım usulünün değiştirilmesi, hükümete belli şartlarda geçici olarak kanun hükümde düzenleyici işlemler yapma yetkisinin verilmesi, devlet başkanının yerel yöneticilerin (*akim*) işlemlerini iptal etme yetkisinin kaldırılması gibi anayasanın çeşitli hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır. Çalışmamızın amacını ise Kazakistan Anayasasında büyük hedeflerle yapılan 2022 Anayasa Değişikliklerinin, korunan eski anayasal düzenlemeler de dikkate alınarak anayasalcılık açısından değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Değişiklikleri anayasalcılık açısından değerlendirebilmek için bu çalışmada anayasalcılığın unsurları olarak iktidarın kurumsallaşması, anayasanın üstünlüğü, insan haklarının korunması, hukuk devleti ile yatay ve dikey kuvvetler ayrılığı kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kazakistan, Kazakistan anayasal sistemi, Kazakistan Anayasası, Kazakistan 2022 Anayasa Değişiklikleri, Anayasacılık

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, mustafanassip@trabzon.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-8327-3167.

EVALUATION OF 2022 KAZAKHSTAN CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN TERMS OF CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT

After gaining independence in 1991, Kazakhstan declared its 1993 and 1995 Constitutions. She made six amendments to the 1995 Constitution. The last of these amendments, the 2022 Constitutional Amendment, was accepted with the claims of responding to the demands of the people after the bloody January Events that spread throughout the country, the establishment of the Second Republic and the New Kazakhstan. The feature that makes the 2022 Constitutional Amendments important is that a total of 56 amendments are made in 33 articles that make up one third of the constitution. The goals of the constitutional amendment can be stated as more democratization, strengthening of local governments, improvement of the electoral system, transition from a super-presidential system to a presidential system with a strong parliament, and strengthening the human rights system. In this context, the abolition of the constitutional status given to Nazarbayev, the first president of the country as the founder of the state, the change of the name of the capital, the inclusion of the one-term rule for the presidential election and the seven-year mandate within the scope of irrevocable provisions, the president not being a member of a political party, prohibition of appointing close relatives to political public offices or heads of semi-public organizations, the acceptance of the people instead of the state as the owner of the country's underground and above ground wealth, the abolition of the death penalty, the recall of members of the parliament by the voters, the requirement for the approval of the senate to appoint some senior public administrators by the head of state, changes in the member structure of the parliament,, constitutional judiciary- financial control of the administration, changes in the institutional structures and constitutional status of the ombudsman institutions, enabling the citizens to apply directly to the Constitutional Court with the claim that the regulatory legal acts are unconstitutional, changing the law-making procedure, temporarily authorizing the government to make regulatory acts under certain conditions, and revoking the authority of the head of state to abolish the provisions of the local administrators were made. The aim of our study is to evaluate the 2022 Constitutional Amendments made with great goals in the Constitution of Kazakhstan in terms of constitutionalism, taking into account the old constitutional regulations that are protected. In order to evaluate the changes in terms of constitutionalism, in this study, the institutionalization of power, the supremacy of the constitution, the protection of human rights, the rule of law and the horizontal and vertical separation of powers have been accepted as the elements of constitutionalism.

Keywords: Kazakhstan, Kazakhstan constitutional system, Kazakhstan Constitution, Kazakhstan 2022 Constitutional Amendments, Constitutionalism.

GİRİŞ

Kazakistan'da, Cumhurbaşkanı Tokayev'in 16 Mart 2022 tarihinde "Yeni Kazakistan: Yenilenme ve Modernizasyon Yolu" başlıklı halka sesleniş konuşmasında mevcut anayasanın otuzundan fazla maddesinin değişmesi gerektiğinden bahsetmiştir.[1] 5 Mayıs 2022 tarihinde üzerinde çalışılan anayasa değişiklik teklifinin 5 Haziran 2023 tarihinde halkoylamasına sunulmasına karar verildi[2] ve yapılan referandum sonucunda değişiklik teklifi %77,18'lik evet oyuyla kabul edildi.[3]

2022 Anayasa Değişikliğinin üç açıdan Kazakistan anayasalcılık tarihi açısından önemli olduğunu belirtebiliriz. İlk olarak anayasa değişiklikleri, bağımsız Kazakistan'ın en büyük kitlesel eylemleri olan Ocak Olaylarının[4] kanlı bir şekilde bastırılmasının ardından toplumun kapsamlı siyasi değişim taleplerine cevap verme amacıyla yapılmıştır. Ancak anayasa değişiklikleri toplumun taleplerine cevap verme amacını taşısa da anayasa değişikliği teklifi, tamamı Cumhurbaşkanı Tokayev tarafından atanan 19 kişilik bir çalışma grubu tarafından hazırlanmış ve bu teklif parlamento içinde ve dışında tartışılması için yeterli bir zaman öngörülmeden yayımlandıktan bir ay sonra referanduma sunulmuştur.[5] İkincisi referandum kurumu Kazakistan'da 1995 Anayasasının kabulünden sonra ilk defa bu anayasa değişikliği teklifinin onaylanması için uygulanmıştır.[6] Anayasa değişiklikleri esnasında referandum aracılığıyla halkın da sürece sınırlı bir şekilde de olsa dahil edilmesi anayasanın meşruiyeti ve demokrasi açısından olumlu bir gelişme olmuştur.

---

[1] State-of-the-Nation Address by President of the Republic of Kazakhstan Kassym-Jomart Tokayev, https://www.akorda.kz/en/state-of-the-nation-address-by-president-of-the-republic-of-kazakhstan-kassym-jomart-tokayev-17293, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

[2] President Tokayev announces a referendum on June 5 on the adoption of amendments to the Constitution, https://www.gov.kz/memleket/entities/mfa/press/news/details/367672?lang=en, Erişim TARİHİ: 04.07.2023.

[3] Kazakhstan Leaves 'Elbasy' Behind, Approves Constitutional Referendum, https://thediplomat.com/2022/06/kazakhstan-leaves-elbasy-behind-approves-constitutional-referendum/, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

[4] 2-11 Ocak 2022 tarihleri arasında Kazakistan'da meydana gelen Ocak olayları ilk olarak 2 Ocak 2022'de ülkenin batısında yer alan Janaözen şehrinde akaryakıt zammına tepki olarak başladı ve protestolar kısa zaman içinde ülke geneline yayıldı. Protestoların ülke geneline yayılması sonucunda 5 Ocak'ta hükümet istifa etti ve Cumhurbaşkanı Tokayev, protestocuların taleplerinin dikkate alınacağını belirtti. Ancak 5 Ocak'tan sonra olayların kontrolden çıkması üzerine Kolektif Güvenlik Anlaşması Örgütü Barış Gücü ülkeye davet edildi ve protestolar kanlı bir şekilde bastırılarak 11 Ocak'ta ülke genelinde kamu otoritesi tekrardan sağlandı. Resmi açıklamaya göre Ocak Olaylarında 238 kişi hayatını kaybetti ve 10.000'den fazla kişi gözaltına alındı. Kazakistan Başsavcı'sı olayları Kazakistan Meclisi'nde darbe girişimi olarak nitelendirmiştir. Kazakistan'daki Protestoların Sebep ve Olası Sonuçları, https://www.insamer.com/tr/?output=pdf&type=post&id=6877, Erişim Tarihi: 05.07.2023; KUSSAİNOVA, Meiramgul; Kazakistan'daki Ocak olaylarının darbe girişimi olduğu açıklandı, https://www.aa.com.tr/tr/dunya/kazakistan-daki-ocak-olaylarinin-darbe-girisimi-oldugu-aciklandi/2780567, Erişim Tarihi: 05,07,2023.

[5] ALZHANOV, Dimash: Kazakhstan's referendum: regime consolidation instead of genuine political reforms, https://constitutionnet.org/news/kazakhstans-referendum-regime-consolidation-instead-genuine-political-reforms, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

[6] İSSAYEVA, Meiramkul: Orta Asya Türk Devletleri Anayasalarında Hukuk Devleti Anlayışı, Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023, s. 125.

Üçüncüsü ise şekli açıdan 1995 Anayasasında geniş kapsamlı bir değişiklik yapılmıştır. Anayasasının 33 maddesinde (ki anayasanın üçte birine tekabül etmekte) toplam 56 değişiklik öngörülmüştür.[7]

"İkinci Cumhuriyet", "Halkını Dinleyen Devlet", "Yeni Kazakistan" söylemlerinin eşlik ettiği[8] 2022 Anayasa Değişikliği sürecinin amacını Cumhurbaşkanı Tokayev daha fazla demokratikleşme, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, seçim sisteminin iyileştirilmesi, süper başkanlık sisteminden güçlü bir parlamentoya sahip başkanlık sistemine geçiş, insan hakları sisteminin güçlendirilmesi olarak açıklamıştır.[9] Çalışmamızda ise Kazakistan anayasalcılık tarihinde önemli bir yere sahip olan ve iddialı söylemlerle kamuoyuna açıklanan ve kabul edilen 2022 Anayasa Değişikliklerini metin üzerinden anayasalcılık açısından değerlendirmeye çalışacağız. Böylelikle yapılan değişikliklerin devlet iktidarının -özellikle Cumhurbaşkanlığı makamının- yetkilerinin sınırlandırılması, insan haklarının güvence altına alınması, parlamentonun ve yerel yönetimlerin güçlendirilmesi amaçlarını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı incelenecektir. Bu amaçla ilk olarak anayasa değişikliğini anayasalcılık açısından değerlendirirken referans alacağımız anayasalcılığın unsurlarını tespit edeceğiz. İkinci bölümde ise tespit ettiğimiz unsurlar üzerinden 2022 Kazakistan Anayasa Değişikliğini değerlendirmeye çalışacağız.

I. ANAYASALCILIĞIN UNSURLARI

Anayasalcılığı devlet iktidarının sınırlandırılarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacını taşıyan bir akım olarak tanımlayabiliriz.[10] Öğretide anayasalcılığın tanımı üzerinde genel bir uzlaşı bulunmakla birlikte aynı tespiti anayasalcılığın unsurları/ilkeleri açısından söyleyemiyoruz. Öğretide anayasalcılığın unsurlarına değinen yazarlar arasında bu konuda tam bir fikir birliğinin olmadığını görmekteyiz.[11] Biz ise anayasalcılığın unsurları olarak iktidarın kurumsallaşması, anayasanın üstünlüğü,

---

[7] 2022 Anayasa Değişiklik teklifi için bakınız: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32834868&pos=6;-109#pos=6;-109, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

[8] State-of-the-Nation Address by President of the Republic of Kazakhstan Kassym-Jomart Tokayev; İSSAYEVA, s. 125; KARİN, Erlan: On New Kazakhstan and Second Republic, https://astanatimes.com/2022/03/on-new-kazakhstan-and-second-republic/, Erişim Tarihi: 06.07.2023.

[9] State-of-the-Nation Address by President of the Republic of Kazakhstan Kassym-Jomart Tokayev. Dönemin Kazakistan Senatosu Başkanı Serik Seydumanov ise anayasa değişikliğinin amacını iktidar yetkilerinin yeniden düzenlenmesi, süper başkanlık devletinden güçlü bir parlamenter devlete geçiş, parlamentonun sistem içindeki etkisinin arttırılması, halkın yönetime katılımını arttırılması ve vatandaşların anayasal haklarını koruma altına almak için Anayasa Mahkemesinin kurulması olarak beş başlık altında toplamıştır. SEYDUMANOV, Serik: Referandum Süreci ve "Yeni Kazakistan", https://dergipark.org.tr/tr/download/issue-file/60029, Erişim Tarihi: 06.07.2023.

[10] ÖZBUDUN, Ergun; Anayasalcılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 3; AKTAN, Coşkun Can ve EKİNCİ, Ahmet: "Anayasacılık Felsefesinin Temel Unsurları", Anayasacılık, Editör: Coşkun Can AKTAN ve Ahmet EKİNCİ, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 1-2; GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, s. 145-146.

[11] Erdoğan'a göre anayasalcılığın ilkeleri anayasanın üstünlüğü, hukuk devleti, insan hakları, kuvvetler ayrılığı ve federalizmdir. ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, s. 25-28; Eren ise liberal anayasalcılığın unsurları olarak milli egemenliği, kuvvetler ayrılığı, bireycilik, liberal demokrasi ve serbest piyasa ekonomisini kabul etmektedir. EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Seçkin, Ankara, 2021, s. 115-115-124. Özbudun ise modern anayasalcılığın temel nitelikleri olarak devlet yetkilerinin sınırlandırılması, hukuk devletine bağlılık ve temel hakların korunmasını saymaktadır. ÖZBUDUN, s. 55. Döner de anayasalcılığın ilkeleri olarak yazılı, katı ve üstün bir anayasa, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve insan haklarının korunmasını görmektedir. DÖNER, Ayhan: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Doğu Ciltevi Yayınevi, Erzincan, 2022, s. 10-11. Anayurt anayasalcılık düşüncesinin dayandığı ilkeleri güçler ayrılığı- denetim ve denge, devletin yazılı, üstün ve özel bir statüye sahip

insan haklarının korunması, hukuk devleti ile yatay ve dikey kuvvetler ayrılığı olarak beş unsuru kabul ediyoruz. Çalışmamızın temel amacı 2022 Kazakistan Anayasa Değişikliklerini anayasalcılık bağlamında değerlendirmek olduğu için ve çalışmanın hacmini genişletmemek adına burada söz konusu unsurları detaylı bir şekilde açıklamayacağız; sadece öğretiden ayrıldığımız ve farklı yorumladığımız noktaları belirtmekle yetineceğiz.[12]

Anayasalcılığın unsurlarında ilk olarak iktidarın kurumsallaşmasını kabul etmekteyiz. Çünkü diğer unsurların yani kuvvetler ayrılığının, hukuk devletinin ve insan haklarının korunduğu bir sistemin inşası için evleviyetle iktidarın kurumsallaşmış olması gerekmektedir. Yetkiler çeşitli devlet organları arasında paylaştırılmalı ve yöneticilerin şahsına değil; bulundukları makamlara verilmelidir. Söz konusu kamusal yetkiler, hukuki ve siyasi mekanizmalar ile sınırlandırılmalıdır. Hiçbir makam veya şahıs tek başına sistemi domine edememelidir. Aksi halde iktidar kişiselleşir, hak ve özgürlüklerin koruma altında olmadığı keyfi yönetimlere kapı açılır. Bu durum da anayasalcılığın amacının tam tersi bir duruma neden olacaktır. Dolayısıyla anayasalcılığın amacı ile diğer unsurlarının hayata geçirilebilmesi için şahıslardan bağımsız, sürekli kurumsal bir iktidara ihtiyacımız bulunmaktadır. Bu unsur özellikle otoriter ve totaliter rejimlere sahip veya bu tür rejimlerden çıkıp liberal devlet düzenine geçmeye çalışan ülkelerde yapılacak olan anayasalcılık incelemelerinde önemli olduğu kanaatini taşımaktayız. Nitekim Kazakistan'daki otuz yılı aşkın Nazarbayev yönetimi ve 2019'da Nazarbayev'in kendi isteğiyle görevinden ayrıldıktan sonra yapılan anayasa değişikliği ile Nazarbayev'e verilen anayasal statüler göz önüne alınınca söz konusu unsurun bu çalışmadaki önemi daha da ortaya çıkmaktadır.[13]

Anayasalcılığın diğer bir unsuru olarak kabul ettiğimiz dikey kuvvetler ayrılığını öğretide federalizm bağlamında ele alan yazarlar bulunmakla birlikte[14] geniş bir şekilde yorumlayan yazarlar da bulunmaktadır.[15] Dikey kuvvetler ayrılığı, federalizm bağlamında yani dar bir şekilde değerlendirildiği zaman merkezi otorite ile yerel yönetimler arasındaki siyasi özerkliğin varlığı halinde kabul edilmektedir. Ancak geniş anlamda değerlendirildiğinde dikey kuvvetler ayrılığını merkezi otorite ile çeşitli yerel yönetimler arasındaki yetki bölüşümü olarak adlandırabiliriz.[16] Geniş bir şekilde yorumlandığında dikey kuvvetler ayrılığını yerel yönetimlere siyasal özerkliğin tanındığı federal ve bölgeli devletler dışında üniter

---

normlarla kısıtlanması, hukukun üstünlüğü, özgürlüklerin korunması olarak belirtmektedir. ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin, Ankara, 2018, s. 39-40. Aktan ve Ekinci ise listeyi uzun tutarak hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını, devlet ile toplum arasında zımni bir sözleşmenin kabulü ve sözleşmenin yazılı kurallara tabi kılınmasını, toplumun yöneticilerin seçimi ve göreve başlamasına rıza ve onay vermesini, hukukun üstünlüğünü, yetkilerin kötüye kullanılmasının engellenmesini (kuvvetler ayrılığı, denge ve denetleme, görev süresinin sınırlandırılması vb.) ve anayasanın katılığını başlıca unsurlar olarak kabul etmektedir. AKTAN ve EKİNCİ, s. 2-3. Kaya ise anayasalcılığın vazgeçilmez ilkeleri olarak halk egemenliğini, erkler ayrılığını ve insan haklarını görmektedir. KAYA, Semih Batur: "Anayasacılık Bakımından Devlet: Bir Kuramsal Deneme", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/2, 2022, s. 557.

[12] Ayrıca değinmediğimiz unsurlar için 11. dipnotta atıf verilen eserlere bakınız.

[13] Kazakistan Kurucu Cumhurbaşkanı Nursultan Nazarbayev'in Cumhurbaşkanlığı görevinden ayrıldıktan sonra sahip olduğu anayasal yetkiler ve unvanlar için bakınız: SAĞDIÇ, Hayrettin: "Kazakistan'da 2019-Cumhurbaşkanı Erken Seçimi ve Sonrasında Yaşanan", *Uluslararası İdil- Ural ve Türkistan Araştırmaları Dergisi,* 1/2, 2019, s. 183-186.

[14] KABOĞLU, İbrahim: Anayasa Hukuku Dersleri, Legal, İstanbul, 2021, s. 169; ERDOĞAN, s. 224.

[15] ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 42; AKTAN ve EKİNCİ, s. 8-9.

[16] ÖZBUDUN, s. 42.

devletlerde de inceleme konusu yapabiliriz. Her ne kadar üniter devletlerde yerel yönetimlere siyasal özerklik tanınmamış olsa da yerel yönetimler idari ve mali özerkliğe sahiptirler. Üniter devletlerde de yerel yönetimler yerinden yönetim anlayışına göre merkezi yönetimin teşkilatına ve hiyerarşisine dahil olmadan ve genel karar organları halk tarafından seçilerek, bazı kamu hizmetlerini kendi tüzel kişiliği içinde, kendi bütçesi ve personeliyle yerine getirmektedir.[17] Genel ve yerel seçimlerin farklı zamanlarda yapıldığı göz önüne alındığında genel seçimlerde merkezi yönetimin yürütme organı ve yasama organındaki çoğunluğu kazanamayan muhalefet partilerinin yerel seçimlerde yerel yönetimleri kazanma ihtimali bulunmaktadır. Böylelikle genel seçimlerde icrai makamları kazanamayan muhalefet partilerinin gelecek genel seçimlere kadar her şeyi kaybettiği bir senaryo ortaya çıkmayacaktır. Yerel organların karar alma organlarını kazanan muhalefet partileri bu sayede genel seçimlerde vaat ettikleri politikaları yerel ölçekte uygulama imkanına kavuşacak ve buradaki çalışmalarına göre bir sonraki genel seçimleri kazanmak için bir imkana sahip olacaklardır. Bu sayede merkezi ve yerel yönetimlerin farklı siyasi partilerin yönetiminde olması ve yerel yönetimlerin de idari özerkliği sayesinde hem merkezi otoritenin belli ölçüde sınırlandırılması sağlanmış olacak hem yerel yönetimde başarı elde eden muhalefet partilerinin bir sonraki genel seçimleri kazanma ihtimalini arttırma işlevi görecektir. Bu nedenler idari, mali ve personel özerkliği sağlanmış yerel yönetimlerin bulunduğu üniter devletlerde de dikey kuvvetler ayrılığı, iktidarın sınırlandırılmasına; dolayısıyla anayasalcılığın amacının gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Kazakistan Anayasasının 2. maddesinde açıkça devlet şeklinin üniter olduğu vurgulanmıştır.[18] 2022 Anayasa Değişikliği sürecinde ise değişiklik amaçlarından birisinin de yerel yönetimlerin güçlendirilmesi olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle dikey kuvvetler ayrılığını geniş yorumlamak, Kazakistan'da yapılan anayasa değişikliğini anayasalcılık bağlamında değerlendirirken de elverişli bir ölçüt olacaktır.

II. 2022 Anayasa Değişikliklerinin Anayasalcılık Açısından Değerlendirilmesi

A. İktidarın Kurumsallaşması

Nursultan Nazarbayev, 1990'dan önceki yani Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) döneminde Kazakistan'ın başkanı olarak atanmıştır. SSCB'nin dağılmasından sonra 2019 yılına kadar yaklaşık 30 yıl da bağımsız Kazakistan'ın Cumhurbaşkanlığı görevinde bulunmuştur.[19] 2019 yılında kendi isteğiyle Cumhurbaşkanlığı görevinden istifa etmiş olsa da kendisine verilen anayasal statülerle birlikte sistem üzerindeki etkisini sürdürmeye ve devletin iç-dış politikalarını etkilemeye/belirlemeye devam etme imkanına sahip olmuştur. Yine bir anayasal kanunla kendisi ile aile üyelerine dokunulmazlık ve çeşitli ayrıcalıklar tanınmıştır. Ülkenin başkenti olan Astana'nın ismi de Nazarbayev'e atıfla Nur-Sultan olarak değiştirilmiştir.[20]

2022 Anayasa Değişiklik Teklifinin (Teklif) 6/2 hükmü ile Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı için öngörülen iki dönem sınırlamasının Nazarbayev'e uygulanmayacağına ilişkin düzenleme; 9. maddesi ile

[17] Üniter devletlerde yerel yönetimler için bakınız: ANAYURT, s. 269-274; EREN, s. 326-329.

[18] Güncel Kazakistan Anayasası için bakınız: Constitution Of The Republic Of Kazakhstan, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1017178&pos=5;-109#pos=5;-109, Erişim Tarihi: 07.07.2023.

[19] LI, Haoming, The Riots of Kazakhstan in 2022 and its Implications, https://www.atlantis-press.com/proceedings/ichess-22/125983033, Erişim Tarihi: 10.07.2023

[20] SAĞDIÇ, s. 184, 186, 192.

Nazarbayev'in statüsünün ve yetkilerinin anayasa ve anayasal kanunla -yukarıda da bahsedilen yetkilerin ve dokunulmazlığın tanınmasına imkân veren düzenlemeler- düzenleneceğini öngören anayasa maddesi ilga edilmiştir. 19 Eylül 2022 tarihinde yürürlüğe giren başka bir anayasa değişikliği (Eylül Değişikliği) ile başkentin ismi Nur-Sultan'dan tekrar Astana'ya dönüştürülmüştür.[21]

Teklifte iktidarın kurumsallaşması açısından ayrıca sonraki Cumhurbaşkanlarına ilişkin de sınırlamalar öngörülmüştür. Teklifin 7. maddesi ile artık Cumhurbaşkanı seçilen kişinin, Cumhurbaşkanlığı görevi esnasında bir siyasi partinin üyesi olamayacağı hükmü ile Cumhurbaşkanın yakın akrabalarının siyasi kamu makamlarına ve yarı kamu kuruluşlarının başkanlığı görevlerine getirilemeyeceği hükmü anayasaya eklenmiştir. Bu bağlamda Eylül Değişikliğinde de de bir kişinin birden fazla Cumhurbaşkanı seçilemeyeceği ve Cumhurbaşkanlığı döneminin yedi sene olduğu hükümlerini değiştirilemez hükümler kapsamına almıştır.

Değişikliklerle birlikte iktidarın kurumsallaşması açısından iki ayrı açıdan olumlu gelişmeler olmuştur. İlki SSCB dönemiyle birlikte otuz beş yılın üzerinde Kazakistan'ı yöneten Nazarbayev'e görevden ayrıldıktan sonra kendisine ve ailesine ayrıcalıklar öngören anayasal hükümlerin ve anayasal kanunun yürürlükten kaldırılmasıdır. Nazarbayev'in şahsında yoğunlaşan iktidarın böylelikle şahıstan bağımsız olarak kamusal makamlara geçmesinin önü açılmıştır. İkincisi, Cumhurbaşkanlığına seçilen kişinin siyasi parti üyeliğine ve yakın akrabalarına yönelik yasaklar ile tek dönem ve yedi yıl kurallarının değiştirilemez hükümler kapsamına alınmasıdır. Kazakistan'da da diğer Türki Cumhuriyetlerde olduğu gibi siyasal sistemler Cumhurbaşkanlığı makamı merkezli tasarlanmıştır.[22] Bu nedenle sistemin en önemli aktörü ve temel politika belirleyicisi Cumhurbaşkanlığı makamıdır. Teklifle yapılan değişikliklerle tek dönem ve yedil yıl şartları daha da koruma altına alınmış, siyasi parti üyeliği ve yakın akraba yasaklarıyla birlikte bir Cumhurbaşkanın tüm sistemi baskılayarak iktidarı şahsileştirebilme ihtimalinin önüne en azından hukuki olarak set çekildiğini söyleyebiliriz.

B. Anayasanın Üstünlüğü

Teklifin 22-26. maddeleriyle Anayasa Konseyi kaldırılmış; yerine Anayasa Mahkemesi (AYM) kurulmuştur. Daha önce Anayasa Konseyi'nin sahip olduğu yetkiler AYM'ye de tanınmıştır. Bu bağlamda kanunların ve uluslararası anlaşmaların anayasaya uygunluğunun önleyici denetimi (kanunlar ve diğer düzenleyici işlemlerde düzeltici denetim de bulunmakta); Cumhurbaşkanlığı seçimi, parlamento üyelerinin seçimi ve referandumların denetimi, parlamento ve kamara kararlarının anayasaya uygunluğunun denetimi, Anayasa normlarının yorumlanması yetkileri AYM'ye tanınmıştır. AYM'ye başvurabilecek kişi açısından da Kazakistan Anayasası oldukça geniş bir liste sunmaktadır. Cumhurbaşkanı, parlamento kamaralarının başkanları, parlamentonun üye tam sayısının en az beşte biri, başbakan, mahkemeler, vatandaşlar, başsavcı, insan hakları komiseri doğrudan AYM'ye başvurabilmektedir.

[21] 17 Eylül 2022 tarihli Anayasa Değişikliği metni için bakınız: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35848390&pos=3;-109#pos=3;-109, Erişim Tarihi: 17.07.2023.

[22] AĞIR, Osman ve SAYIN, Melike: "Kazakistan ve Kırgızistan Siyasal Sistemlerinin Karşılaştırılması", Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 9/1, 2019, s. 26.

Anayasanın üstünlüğü açısından Anayasa Konseyi döneminde olmayıp Teklifin 24/2 hükmüyle getirdiği yenilik ise vatandaşlara Anayasadan kaynaklanan haklarını ve özgürlüklerini doğrudan etkileyen düzenleyici hukuki işlemlerin Anayasaya uygunluğunu incelemek üzere AYM'ye doğrudan başvurabilme imkanıdır. Böylelikle vatandaşlar da anayasaya uygun bir hukuk düzenin tesis edilebilmesi ve insan haklarının alt normlarla da korunabilmesinin sağlanabilmesi için hukuki bir araca sahip olmuşlardır. Dolayısıyla AYM'ye başvurma imkanına sahip olan kamusal makamlar anayasaya aykırılık iddiasında bulunmasa dahi vatandaşların anayasaya aykırı bir normdan dolayı haklarının ihlal edilmesinin önüne geçebilmesi mümkün hale getirilmiştir. Ayrıca anayasaya uygunluk denetiminin sadece kanunlarla sınırlı tutulmayıp diğer düzenleyici hukuki işlemlerin de dahil edilmesi anayasanın üstünlüğünün hayata geçirilmesinde olumlu bir gelişme olmuştur.

C. İnsan Haklarının Korunması

Teklifte insan haklarına ilişkin ilk göze çarpan hüküm 2. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeyle birlikte Anayasada daha önce devlete ait olan yer üstü ve yeraltı, su, flora, fauna ve diğer doğal kaynakların halka ait olduğu düzenlenmiştir. Ocak Olaylarının ilk başta yeraltı kaynaklarında yöre halkının yeteri kadar yararlanamaması sebebiyle çıktığını da göz önüne alındığında bu değişikliğin nedeni ortaya çıkmaktadır. Teklifin 3. maddesiyle de ölüm cezası yasaklanmıştır. Teklifin hükümleriyle insan haklarının korunması için getirdiği kurumsal mekanizmaların ilki yukarıda bahsedilen vatandaşlarında doğrudan AYM'ye başvurabilme imkanıdır.

Teklifin insan haklarının hayata geçirilmesi ve korunması açısından getirdiği diğer bir kurumsal mekanizma ise insan hakları komiserliğinin güçlendirilmesidir. 31. maddesinde hak ve özgürlüklerin geliştirilmesine ve ihlallerin onarımına katkıda bulunmak amacıyla insan hakları komiserliğine anayasal bir statü verilmiştir. İnsan Hakları Komiserinin bağımsızlığı ve birtakım bağışıklıkları doğrudan Anayasada öngörülmüş; statüsü ve organizasyonun adi bir kanun yerine anayasal kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Teklifle birlikte insan haklarının korunması konusunda önceki anayasal düzenlemelere göre bir geriye gidiş olmamış; yeterliliği ve pratikteki sonuçlarından bağımsız olarak insan hakları komiserliğinin kurulması ve vatandaşlar ile İnsan Hakları Komiserine doğrudan AYM'ye başvurma hakkının verilmesi ileri adımlar olarak sayılabilir.

D. Yatay ve Dikey Kuvvetler Ayrılığı

1. Yatay Kuvvetler Ayrılığı

Kazakistan Anayasasının 3/4 hükmünde devlet yetkisi yasama, yürütme ve yargı organları arasında bölünerek ve denge ve denetleme mekanizmaları aracılığıyla birbirleriyle etkileşim içinde kullanılacağı düzenlenmiştir. Teklifle yapılan değişiklikleri yatay kuvvetler ayrılığı bağlamında değerlendirmek için sırasıyla yasama, yürütme ve yargı organlarının yapılarında ve yetkilerinde yapılan değişiklikleri inceleyeceğiz.

Teklifle birlikte parlamentonun iki kamarasından birisi olan yarı ve dolaylı temsile sahip olan Senato'ya Cumhurbaşkanın atadığı üye sayısı 11. madde ile on beşten ona düşürülmüştür. Şu anda

Senato'nun resmi sitesine göre kamaranın elli üyesi bulunmaktadır.[23] Yani Senato'nun üye tamsayısının beşte biri Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Teklifin 13. maddesiyle de temsili karaktere sahip Majilis Kamarasının üyeleri için geri çağırma kurumu getirilmiştir. Hükme göre dar bölge seçim sistemine gören seçilen parlamenterlerin anayasal kanunda öngörülen usule göre seçmenler tarafından geri çağrılması durumunda parlamenterlik sıfatı düşmüş sayılacaktır.

Teklifin 14. maddesi ile anayasal kanunların kabul edilme usulü, kanunların kabul edilme usulüne benzer şekilde düzenlenmiştir. Teklifin 15. maddesi de kanunların kabul edilme usulünde bazı değişiklikler yapılmıştır. Anayasal kanunların Cumhurbaşkanının vetosunu aşabilmek için gerekli olan üye tamsayısı oranın, bir tezatlık oluşturacak şekilde kanunlarda öngörülen 2/3 oranından daha düşük bir oran olan üçte dörtlüğün öngörülmesi parlamento açısından olumlu bir gelişme olmuştur. Ancak Cumhurbaşkanın bir anayasal kanun veya kanun metnini reddetmesi durumunda parlamentonun bir ay içinde karara varamaması durumunda vetoda gösterilen itirazların kabul edilmiş sayılacağına, parlamentonun Cumhurbaşkanının vetosunu aşabilmek için gerekli olan karmaşık ve zor usuller ile karar yeter sayısı oranına dokunulmamış olması parlamentoların varlık sebeplerinden birisi olan yasa yapım sürecinde oldukça kısıtlı kalmaya devam etmesine neden olmuştur. Kazakistan'da yasa yapımında Cumhurbaşkanı hala güçlü konumunu sürdürmeye devam etmekte ve hatta anayasada öngörülen belli durumların ortaya çıkması durumunda yasanın kendi istediği şekilde yürürlüğe girmesini sağlayabilmektedir. Bu durumun da yasa yapımında parlamento ile Cumhurbaşkanını denk konuma getirdiğini söylemek abartılı bir söylem olmayacaktır.

Teklifin 16/1 hükmü ile Senato'ya Cumhurbaşkanın atadığı AYM Başkanı ve Yüksek Yargı Kurulu (YYK) Başkanına onay verme yetkisi verilmiştir. 16/2 hükmünde de İnsan Hakları Komiserinin bağışıklıklarının kaldırılmasına karar verme yetkisi Senato'ya verilmiştir. Majilis'e de 17/2 hükmü ile yılda iki kere Sayıştay Başkanı'nın raporunu dinleme imkânı tanınmıştır. Teklifin 18. maddesi ile daha önce Anayasa Konseyi'ne ikişer üye atama yetkisi olan parlamento kamaralarının AYM'nin üçer üye ataması öngörülmüştür. Değişiklikle birlikte Senato'ya ve Majilis'in yetkileri bakımından bir geriye gidişin olmadığını, sınırlı da olsa yetkilerinin arttırıldığını görmekteyiz.

Kazakistan Anayasasına göre yürütme organı Cumhurbaşkanı ve hükümetten oluşmaktadır. Teklifte hükümete ilişkin bir değişiklik öngörülmemiştir. Eylül Değişikliği ile de Cumhurbaşkanlığı makamı için birden fazla seçilememe yasağı ile yedi yıl kuralı değiştirilemez hükümler arasına alınmıştır. Bu hükümlerin değiştirilmesinin yasaklanması anayasalcılık açısından olumlu bir gelişme olmakla birlikte daha önce de Nazarbayev'e verilen anayasal statülerin de değiştirilemez hükümler arasında sayılmasına rağmen Eylül Değişikliği ile bu hükümlerin değiştirildiğini unutmamak gerekmektedir. Başka bir deyişle aslında Kazakistan'da değiştirilemez hükümler de değiştirilebilmektedir.

Yargı alanında Teklifle birlikte yapılan en büyük değişiklik Anayasa Konseyi yerine AYM'nin kurulmasıdır. Teklifin 23. maddesinde 11 üyeden oluşacak olan AYM'nin dört üyesi Cumhurbaşkanı tarafından, altı üyesi de parlamento tarafından atanacaktır. AYM Başkanı Senato'nun onayı şartıyla,

[23] Deputies, https://senate.parlam.kz/en-US/about/deputies, Erişim Tarihi: 11.07.2023.

başkan yardımcısı ise doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanacaktır.[24] Yargı alanında yapılan diğer bir değişiklik ise 30. madde de Savcılığın yetkilerine, organizasyonuna ve çalışma düzenine ilişkin düzenlemelerin artık kanun yerine anayasal kanunla yapılmasının öngörülmesidir.

Teklifin getirdiği değişiklikleri yatay kuvvetler ayrılığı düzleminde değerlendirdiğimizde anayasa değişikliklerinin amaçlarından birisi olan güçlü başkanlık sisteminden güçlü bir parlamentoya sahip başkanlık sistemine geçişi sağlamaktan uzakta olduğunu belirtebiliriz. Özellikle değişikliğe uğramayan Cumhurbaşkanın yetkilerine bakıldığında bu görüş daha da fazla ağırlık kazanmaktadır. Örneğin Cumhurbaşkanı Parlamentoyu feshedebiliyorken (Kazakistan Anayasası m. 44/2) Parlamentonun Cumhurbaşkanını ve hükümeti denetleyebilecek etkin mekanizmalardan mahrum bırakılmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Cumhurbaşkanı yasa yapımında hala Parlamento ile denk bir konumda bulunmakta ve Senato'nun üye sayısının beşte birini doğrudan atayabilmektedir. Yüksek Yargı Konseyi Kanunu[25] 4/1 hükmüne göre YYK'nin üyelerini doğrudan; başkanını ise Senato'nun onayıyla Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Yüksek Mahkemenin başkanı ve üyeleri ise üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından atanan YYK'nin tavsiyesi, Cumhurbaşkanının önerisi ile Senato tarafından seçilmektedir (Kazakistan Anayasası m. 82/1). Yerel ve diğer mahkemelerin başkanı ve üyeleri de YYK'nin tavsiyesi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır (Kazakistan Anayasası m. 82/2). Görüldüğü üzere Cumhurbaşkanı hükümet, Parlamento ve yargı organı üzerinde oldukça önemli yetkilere sahip olmayı sürdürmektedir. Anayasa Değişikliklerinin Kazakistan'daki güçlü başkanlık sistemini sona erdirmeyi başardığını söylemek oldukça zordur. Bu nedenle anayasalcılık açısından da genelde iktidarın özelde Cumhurbaşkanının yasama ve yargı organları tarafından etkin bir şekilde sınırlandırıldığını söyleyemiyoruz.

2. Dikey Kuvvetler Ayrılığı

Anayasa Değişikliklerinin diğer amaçlarından birisi de yerel yönetimlerin güçlendirilmesiydi. Kazakistan Anayasasının 86. maddesine göre yerel temsil organı maslikhatlar ve 87. maddesine göre yerel yürütme organlarının başkanları akimlerdir. Teklifte yerel yönetimlere ilişkin değişikliklerin ilki akimlerin atanması usulüne ilişkin olmuştur. Değişiklik öncesinde akimler maslikhatların onayıyla Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktaydı. Teklifin 32. maddesine göre artık Cumhurbaşkanı maslikhatlara en az iki aday önerecek ve maslikhatlarda en çok oyu alan aday akim seçilecektir. Teklifin 33. maddesiyle Cumhurbaşkanın akimlerin kararlarını iptal etme yetkisi yürürlükten kaldırılmıştır.

Teklifle birlikte akimlerin atamasından maslikhatlara tek aday yerine ikiden fazla adayın sunulması ve Cumhurbaşkanın akimlerin işlemlerini iptal etme yetkisinin kaldırılması yerel yönetimlerin güçlendirilmesi yolunda atılmış bir adım olarak görülebilir. Ancak bu değişikliklerle yerel organların idari özerkliğinin sağlandığını söylenmesi güç görünmektedir. Çünkü Cumhurbaşkanı hala akimlerin atanmasında hâkim rolü oynamakta ve Anayasanın 87/4-3 hükmüne göre kendisi, takdirine dayalı olarak akimleri görevinden alabilme yetkisine sahip olmaya devam etmektedir. Yine artık Cumhurbaşkanı akimlerin işlemlerini

[24] Yeni kurulan AYM'nin yetkileri için "Anayasanın Üstünlüğü" başlığına ve Kazakistan Anayasasının 71-74. maddelerine bakınız.

[25] Yüksek Yargı Konseyi Kanunu için bakınız: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34433079&pos=3;-109#pos=3;-109, Erişim Tarihi: 12.07.2023.

doğrudan iptal edemese de göreve gelmesinde ve görevden alınmasında etkin olduğu hükümet, yargı organları ve yüksek akimler, akimlerin işlemlerini iptal etme yetkisine sahiptir (Kazakistan Anayasası m. 88/4). Cumhurbaşkanı ayrıca Anayasanın 86/5 hükmüne göre Parlamento Kamaralarının başkanlarına ve Başbakana danıştıktan sonra maslikhatları da feshetme etme yetkisine de sahiptir. Görüldüğü üzere anayasa değişikliği ile yerel yönetim organları lehine sınırlı yenilikler yapılsa da Cumhurbaşkanı hala doğrudan ve dolaylı bir şekilde yerel yönetimler üzerindeki güçlü etkisini sürdürmeye devam etmektedir. Anayasalcılık bağlamında Teklifle yapılan değişikliklerin yerel merkezi yönetimi sınırlandırma işlevinden, merkezi yönetimden bağımsız karar alma yetisinden uzak olduğunu belirtebiliriz.

E. Hukuk Devleti

Nazarbeyav'e ve ailesine anayasa/anayasal kanunla verilen ayrıcalıkların kaldırılması hukuk kurallarının genel, kişilik dışı ve objektif olması açısından olumlu bir gelişme sayılabilir. Ayrıca İnsan Hakları Komiserliğinin anayasada geniş bir biçimde düzenlenmesi, AYM'nin kurulması ve geniş yetkilerle donatılması, vatandaşlara doğrudan AYM'ye başvuru imkanının getirilmesi doğrudan ve dolaylı olarak hukuk devleti unsurunun gelişmesine katkıda bulanacak yeniliklerdir. Venedik Komisyonun raporuna göre ayrımcılık yasağı ve kanun önünde eşitlik ile insan haklarına saygı ilkeleri hukuk devleti/hukukun üstünlüğünün temel gereklerindendir.[26] Teklifi, hukuk devleti açısından değerlendirirken incelenmesi gereken asıl nokta ise değişiklik yapılmayıp muhafaza edilmeye devam edilen anayasal düzenlemelerdir. Yatay kuvvetler ayrılığı başlığı kısmında bahsettiğimiz üzere Cumhurbaşkanı hala üst yargı kurulu ve Yüksek Mahkemeden yerel mahkemelere kadar üye ve hâkim atamalarında birkaç husus (AYM'ye üye atanması ve sınırlı bazı atamalarda Senato onayı) haricinde tam yetkili konumunu sürdürmeye devam etmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanına bağımlı bir yargının varlığından söz edebilir. Ancak Venedik Raporunda bahsedildiği gibi hukuk devletinin olmazsa olmazların birisi de bağımsız ve tarafsız mahkemelerin varlığıdır. Mahkemeler diğer organlardan özellikle de yürütme organından bağımsız olması gerekmektedir.[27] Teklifle birlikte hukuk devletinin bazı unsurları açısından olumlu gelişmeler yaşansa da muhafaza edilen anayasal düzenlemeler hukuk devleti unsurunun Kazakistan'da etkin olmasını engellemektedir.

SONUÇ

Kazakistan'da yapılan 2022 Anayasa Değişiklikleri ile şekli açıdan geniş kapsamlı bir değişiklik yapıldığı söylenebilse de içerik açısından bakıldığında aynı tespitte bulunmak zor görünmektedir. Nazarbayev'e ve ailesine verilen ayrıcalıkların kaldırılması ve Cumhurbaşkanlığı makamı için öngörülen tek dönem sınırlaması iktidarın kurumsallaşması ve anayasalcılık açısından şüphesiz ki olumlu yönde önemli değişiklikler olmuştur. Yine AYM'nin kuruluşu ve yetkilerinin geniş tutulması ile İnsan Hakları Komiserliğinin anayasal statüye kavuşturulması anayasanın üstünlüğünün sağlanması ve insan haklarının korunması açısından ilerici yenilikler olmuştur. Ancak yapılan değişiklikler güçlü başkanlık sisteminden

[26] Venice Commission, Report on the Rule of Law, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e, s. 12-13. Erişim Tarihi: 12.07.2023.
[27] Venice Commission, s. 12, paragraf 55.

güçlü bir parlamentoya sahip başkanlık sistemine geçişi, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi ve daha fazla demokratikleşme amaçlarını gerçekleştirmekte yetersiz kalmıştır. Özellikle Cumhurbaşkanın korunan yetkileriyle yasama ve yargı organları üzerindeki üstünlüğü yatay kuvvetler ayrılığını; yerel yönetimler üzerindeki yetkileri de dikey kuvvetler ayrılığı unsurlarını oldukça sınırlandırmakta ve etkisizleştirmektedir. Yine Cumhurbaşkanının yerel mahkemelerden üst yargı kurul ve mahkemesine kadar yargı organı üzerindeki atama yetkileri hukuk devleti ilkesini de ciddi bir şekilde baltalamaktadır. Kısaca Kazakistan'da 2022 yılında yapılan iki anayasa değişikliğini anayasalcılık açısından değerlendirdiğimizde önceki düzenlemelere göre bir geriye gidişin olmadığını; ancak ileriye gidişin de değiştirilen anayasa maddesi oranına göre sınırlı olduğunu belirtebiliriz. Anayasa değişikliklerinin Kazakistan anayasalcılığına en önemli katkısının -pratik yaşama geçirilmesi durumunda- Cumhurbaşkanlığı görevinin yedi yıl ve tek dönemle sınırlandırılması ve geniş yetkilerle donatılmış bir AYM'nin kurulması olmuştur.

Kaynakça

AĞIR, Osman ve SAYIN, Melike: "Kazakistan ve Kırgızistan Siyasal Sistemlerinin Karşılaştırılması", Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 9/1, 2019, s.21-39.

AKTAN, Coşkun Can ve EKİNCİ, Ahmet: "Anayasacılık Felsefesinin Temel Unsurları", Anayasacılık, Editör: Coşkun Can AKTAN ve Ahmet EKİNCİ, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.

ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin, Ankara, 2018.

DÖNER, Ayhan: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Doğu Ciltevi Yayınevi, Erzincan, 2022.

ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.

EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Seçkin, Ankara, 2021.

GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.

İSSAYEVA, Meiramkul: Orta Asya Türk Devletleri Anayasalarında Hukuk Devleti Anlayışı, Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023, s. 125.

KABOĞLU, İbrahim: Anayasa Hukuku Dersleri, Legal, İstanbul, 2021.

KAYA, Semih Batur: "Anayasacılık Bakımından Devlet: Bir Kuramsal Deneme", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/2, 2022, s. 542-567.

ÖZBUDUN, Ergun; Anayasalcılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

SAĞDIÇ, Hayrettin: "Kazakistan'da 2019-Cumhurbaşkanı Erken Seçimi ve Sonrasında Yaşanan", *Uluslararası İdil- Ural ve Türkistan Araştırmaları Dergisi,* 1/2, 2019, s

Çevrimiçi Kaynaklar

State-of-the-Nation Address by President of the Republic of Kazakhstan Kassym-Jomart Tokayev, https://www.akorda.kz/en/state-of-the-nation-address-by-president-of-the-republic-of-kazakhstan-kassym-jomart-tokayev-17293, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

Kazakhstan Leaves 'Elbasy' Behind, Approves Constitutional Referendum, https://thediplomat.com/2022/06/kazakhstan-leaves-elbasy-behind-approves-constitutional-referendum/, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

Kazakistan'daki Protestoların Sebep ve Olası Sonuçları, https://www.insamer.com/tr/?output=pdf&type=post&id=6877, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

KUSSAİNOVA, Meiramgul; Kazakistan'daki Ocak olaylarının darbe girişimi olduğu açıklandı, https://www.aa.com.tr/tr/dunya/kazakistan-daki-ocak-olaylarinin-darbe-girisimi-oldugu-aciklandi/2780567, Erişim Tarihi: 05,07,2023.

ALZHANOV, Dimash: Kazakhstan's referendum: regime consolidation instead of genuine political reforms, https://constitutionnet.org/news/kazakhstans-referendum-regime-consolidation-instead-genuine-political-reforms, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32834868&pos=6;-109#pos=6;-109, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

KARİN, Erlan: On New Kazakhstan and Second Republic, https://astanatimes.com/2022/03/on-new-kazakhstan-and-second-republic/, Erişim Tarihi: 06.07.2023.

SEYDUMANOV, Serik: Referandum Süreci ve "Yeni Kazakistan", https://dergipark.org.tr/tr/download/issue-file/60029, Erişim Tarihi: 06.07.2023.

Constitution Of The Republic Of Kazakhstan, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1017178&pos=5;-109#pos=5;-109, Erişim Tarihi: 07.07.2023.

LI, Haoming, The Riots of Kazakhstan in 2022 and its Implications, https://www.atlantis-press.com/proceedings/ichess-22/125983033, Erişim Tarihi: 10.07.2023.

https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35848390&pos=3;-109#pos=3;-109, Erişim Tarihi: 17.07.2023.

Deputies, https://senate.parlam.kz/en-US/about/deputies, Erişim Tarihi: 11.07.2023.

https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34433079&pos=3;-109#pos=3;-109, Erişim Tarihi: 12.07.2023.

Venice Commission, Report on the Rule of Law, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e, s. 12-13. Erişim Tarihi: 12.07.2023.

President Tokayev announces a referendum on June 5 on the adoption of amendments to the Constitution, https://www.gov.kz/memleket/entities/mfa/press/news/details/367672?lang=en, Erişim TARİHİ: 04.07.2023.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN KADRO KAVRAMINA BAKIŞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU *

ÖZET

2017 Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminde, kadro düzenlemelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından yorumu, İdare Hukuku açısından bir tartışmayı da ortaya çıkarmıştır. 2017 Anayasa değişikliğinden etkilenmeyen Anayasa'nın 128. maddesi karşısında, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kadro ihdası ve iptali ile usul ve esaslara yönelik düzenlemeler yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, Anayasa'nın 128. maddesi ve kanunilik ilkesini dikkate alırken kararlarının büyük çoğunluğunda doğrudan Anayasa madde 104/17 üzerinden kadro konusunu ele almaktadır. Bu kararların büyük bir kısmı ise oyçokluğuyla verilmekte ve karşı oylardaki görüşler dikkat çekmektedir. Kadro, kamu personel rejiminin statü hukuku olduğunu yansıtan önemli bir hukuksal araçtır. Aynı zamanda bütçe yapma yetkisi ve mülkiyet hakkı ile doğrudan bağlantılı olan kadro kavramı, yasama yetkisinin kullanılmasını gerektirmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi açısından Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyelerinin kadro kavramına bakışı statü hukuku yönünden isabetli görünmemektedir. Bu minvalde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kadro ihdası ve iptali ile buna ilişkin düzenlemelerin yargısal denetiminde, Anayasa Mahkemesinin çoğunluk görüşünde belirlenen hukuki değerlendirme ölçütlerinin geliştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Kadro, Kanunla düzenleme ilkesi, Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi.

EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S APPROACH TO THE CONCEPT OF STAFF IN THE JUDICIAL REVIEW OF PRESIDENTIAL DECISIONS

ABSTRACT

The interpretation of staff regulations by the Constitutional Court in the judicial review of the Presidential decrees after the 2017 Constitutional Amendment has also revealed a debate in terms of Administrative Law. Against the 128th article of the Constitution, which is not affected by the 2017 Constitutional amendment, regulations regarding the creation and cancellation of staff are made by presidential decrees. While the Constitutional Court considers Article 128 of the Constitution and the principle of legality in some of its decisions, in the majority of its decisions, it directly deals with the issue of staff through the Constitutional article 104/17. A large part of these decisions are taken by majority vote and the opinions of the opposing votes draw attention. Staff is an important legal tool that reflects the status law of the public personnel regime. At the same time, the concept of staff, which is directly related to the budget-making power and the right of property, requires the use of legislative power. In terms of judicial review of presidential decrees, the view of the majority members of the Constitutional Court on the

* Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, mutlukagitcioglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8032-0976.

concept of staff does not seem appropriate in terms of statute law. In this context, we think that the legal evaluation criteria determined in the majority opinion of the Constitutional Court should be developed in the judicial review of the presidential decrees on the creation and cancellation of staff and the related regulations.

Keywords: Constitutional Court, Presidential decrees, Staff, Principle of regulation by law, Principle of non-transferability of legislative power.

GİRİŞ

Kadro kavramı, Türk kamu personel rejiminde personel idaresi içerisinde yer alan temel unsurlardan biri(si)dir. Mevzuatta açık bir tanımı olmamakla birlikte, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki "*Kadrosuz memur çalıştırılamaz*." hükmü ile memur statüsündeki personel için kadronun esaslı bir unsur olduğunu ortaya koymuştur. Öğretide Günday, kamu hizmetine ilişkin bir görevin asli ve sürekli olmasından anlaşılması gerekenin, o görevin bir kadroya bağlanmış olması olduğunu ifade etmiştir.[1] İlal, kadro (position) kavramının bir personelin çalıştırılması gereken, görev ve sorumluluklar toplamı olduğunu belirtirken, kadro kavramının personel kavramından ayrı olduğunu, görev ve sorumluluk nitelikleri değişmediği sürece, kadrodaki personelin değişmesinin kadroda bir değişiklik yaratmayacağını açıklamıştır.[2] Bu bakımdan, kadro kavramının bir sürekliliği işaret ettiğini, idarenin faaliyetlerinin sürekli olma niteliğinin, değişken olmayan kadro unsuru ile sağlandığı tespit edilebilir. Türk kamu personel rejiminin bir "*statü hukuku*" ile düzenlenmesi sonucunda yasal dayanak gereği kadro, memurluk statüsünün de bir mütemmim cüzü haline gelmiştir. Danıştay bir içtihadı birleştirme kararında kadro kavramının, kişilerden soyutlanarak hizmete bağlandığını belirtmiştir.[3] Söz konusu kararda kadro ile ilgili şu tespitlerde bulunulmuştur;

"… Devlet Memurları Kanunu ile kamu personel rejimimize kazandırılan kadro kavramı*, devlet örgüt yapısının oluşturulmasında, kamu hizmet ve faaliyetleri ile bunu yürütecek kamu işgücünün planlanmasında kullanılan hukuksal bir araçtır. Başka bir anlatımla kadro, memurun çalıştığı belli bir görev yerini ifade etmekte, memurun yapacağı iş, onun kadrosu ile ilişkili bulunmaktadır. Kamu hizmetinin yürütümüne yönelik olan örgütü, kadrolar oluşturur. Örgütün kamu hizmetini yürütecek hizmet grupları ve bu hizmet grupları içerisine yer alan unvanlar, kurum teşkilat şemasında gösterilir. Kişiyi örgütle kaynaştıran bir araç olarak kadro, ilgili kuruma, üstlendiği kamu hizmetini yürütebilmek için ihtiyaç duyulan personeli istihdam etme imkanını sağlar. Bu nedenle bir kuruma tahsis edilecek kadrolar, o kurumun yerine getireceği görevlere göre tespit edilir. Bu bağlamda bir kurumun kadro cetveline bakılarak ne tür bir kamu hizmeti üstlendiğini, bu hizmet ve faaliyetlerin yöneldiği alanı, yerini ve etkinliğini saptamak mümkündür. Aynı zamanda kadro, personelin sayısının, niteliğinin, görev yerinin, unvanının, sınıf ve derecesinin, yükselmesinin, parasal ve özlük haklarının da genel olarak belirleyicisidir."*

Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrası kamu personel rejimi açısından kanunla düzenlenmesi gereken hususları belirlemiştir. Bu hususlar: Memurların ve diğer kamu görevlilerinin; nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri, diğer özlük işleridir. Aynı düzenlemenin devamında mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri ise saklı tutulmuştur. Ayrıca ilgili maddede, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının kanunla *"özel"* olarak düzenleneceği de kabul edilmiştir (m. 128/3). Anayasa'nın 128. maddesi kadro kavramına açık bir şekilde yer vermemiştir. Anayasa'nın 128. maddesinde memur ve diğer kamu görevlileri için yer alan *"asli ve*

[1] GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj, 10. Bs., Ankara 2015, s. 583.

[2] İLAL, Ersan: "Sınıflandırma ve Devlet Memurları Kanunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 752.

[3] Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 07.12.2007 tarih ve E: 2005/2 K: 2007/1 sayılı kararı, 25.03.2008 tarih ve 26827 sayılı Resmi Gazete.

sürekli görevler" kriterindeki asli ve sürekli olma özelliği kadro kavramıyla karşılandığı ilk bakışta belirtilebilir. Açık bir ifadeye yer verilmese de kadro kavramının, 128. maddenin 2. fıkrasında yer alan hususlardan bağımsız olamayacağı ve dolayısıyla kanunla düzenlenmesinin Anayasa'nın bir gereği olduğu sonucuna varılmalıdır.

Öte yandan Türk kamu personel rejiminde, statü hukukundan ayrılma eğilimi neticesinde kadro unsurunu taşımayan kimi hizmetlerin sözleşmeli personel ile görülmesine olanak tanınmıştır. Danıştay, kadronun kamu görevlisi ile idare arasında bağ kuran önemli bir araç olduğuna dikkat çekmiştir. Asli ve sürekli bir kamu hizmetinin yürütüldüğü yerde varlığından söz edilebilen *"kadro"* kavramının; personelin bulunduğu yeri ile yaptığı işi gösteren ve yürüttüğü asli ve sürekli kamu hizmetini tanımlayan önemli bir kavram olduğunu açıklamıştır. Danıştay, belirli bir kadroya bağlı olarak yürütülen görevin, memurluk görevi ile aynı paralelde olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bir kararında Danıştay, sözleşme ile istihdam edilen öğretim görevlilerinin üniversitedeki kadrolarıyla ilgili olarak memur kadroları gibi değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir sonuca ulaşmıştır.[4] Örneğin, *"kadro karşılığı sözleşmeli personel"* isimli bir istihdam biçimi ile kadro kavramı açısından klasik anayasal ve yasal ölçütler esnetilmiş ve içeriği başkalaştırılmıştır.[5] Son yıllardaki bu durum karşısında dahi, özellikle kadro temelinde bir hukuki rejimi bulunan memurluk ve diğer kamu görevlileri açısından kadro kavramına dair düzenlemeler önem taşımaktadır. Anayasa'nın 128. maddesinde, memurların nitelik, atanma, ödev, yetki, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 2017 Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine kadar, kamu görevlerinin kanunla ihdas edilmesinin ve bu hizmetlere karşılık kadroların kanunla kurulmasının İdare Hukukumuzun asli prensiplerinden olduğu; kadroların hizmetlerin artışına veya azalmasına göre fazlalaşacağı veya eksileceği, fakat bu düzenlemelerinin kanunla gerçekleştirileceği kabul edilir idi.[6] Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, kamu hizmetlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de kurulduğu görülmektedir. Diğer taraftan, kadroların düzenlenmesinde Anayasa'nın 128. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Buna karşılık, kadro düzenlenmesindeki kanunilik şartının aranmasında, Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından farklı yorumlar getirmiştir. Çalışmamızda, Anayasa Mahkemesinin 2017 yılı öncesi ve sonrası dönemde kadroların kanunla düzenlenmesi ilkesine yönelik bakış açısı değerlendirilecektir.

I. 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN KADRO KAVRAMINA YAKLAŞIMI

Statüler hukuku olarak ele alınan İdare Hukukunda, kamu personel statüsüne yönelik düzenlemelerin kanunla yapılması Anayasa'nın bir gereği olduğu kadar, eşyanın tabiatından da kaynaklı bir gerekliliktir. Öğretide Giritli, memur statüsü açısından kanunla düzenleme gereğini şu ifadelerle açıklamıştır;

"Memur statüsünün, hiç olmazsa esaslarının, kanunlarla düzenlenmesi … sakıncaları bir dereceye kadar önler; şöyle ki, kanun, memurların şahıslarıyla ilgili olmayan, onların hiyerarşik üstü bulunmayan Yasama Organı tarafından yapıldığı için İdare amirlerinin kişisel tesirlerinden, düşüncelerinden ve eğilimlerinden masum kaldır. Aynı zamanda kanunun değiştirilmesi daha güç olduğu ve nihayet kanunda yapılacak değişiklikler, Mecliste açık bir tartışma ile, yani açıklık prensibine uyularak yapıldığı için, statüdeki değişikliklerde kişisel düşünce ve eğilimler büyük rol oynayamaz ve bu suretle isabetsiz ve haksız işlemler önlenebilir."[7]

[4] Oy çokluğuyla karar alınmıştır, Danıştay 5. Dairesi'nin 18.01.2016 tarih ve E: 2014/7542 K: 2016/21 sayılı kararı, https://www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.06.2023).
[5] ASLAN, Onur Ender: Kamu Personel Rejimi Statü Hukukundan Esnekliğe, TODAİE, Ankara 2005, s. 349 vd.
[6] DAL, Hasan Şükrü: Kamu Personel İdaresi, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1968, s. 184.
[7] GİRİTLİ, İsmet: Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s. 271.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasında açık bir ifade olmasa dahi, kadroların ihdas ve iptal edilmesi ile kadro ile ilgili esasların belirlenmesinde kanunla düzenleme şartını gözetmiştir. 2017 yılı öncesi kararlarında Anayasa Mahkemesi kadro kavramına dair idarenin kanuniliği ile yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleri bağlamında şu gerekçeleri ortaya koymuştur; [8]

"*Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının kapsamına giren kişilerin statülerine ve özlük haklarına ilişkin düzenlemelerin yasayla yapılması gerektiği, bu konuların düzenlenmesinin idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olacağı hususu vurgulanmıştır. …*

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin yasayla düzenlenmesini de içerir.

… idarenin sahip olacağı kadroların ihdası ve kaldırılması konuları da kamu görevlilerinin statüsü ile yakından ilgili olduğundan bu alanın da yasayla düzenlenmesi gerekmektedir."[9]

Anayasa Mahkemesi, üniversite öğretim üyeleri ve yardımcılarının malî hükümler dışında kanunlara tabi tutulmasını Anayasa'ya aykırı bulduğu kararında, bir kuruluşun, onu yürütecek olan personele ait kadrolardan meydana geldiğini ve kadronun kuruluşun genel hizmet plânı içinde belli bir görev yerini temsil ettiğini açıklamıştır.[10] Bu bakımdan bir kadro tespit edilirken, görev karşılığında verilecek ücretin birlikte belirtilmesinin zorunlu olduğuna işaret etmiştir. Anayasa'da üniversitelerin görevlerinin yerine getirilmesini sağlayacak kadrolarının tespiti, gerekiyorsa bu kadroların sınıf, derece ve kademelerinin belirtilmesi ve bunlara verilecek aylıklarla bu kadrolarda çalışacak personelin niteliklerinin tayini işlerinin bir kanunla düzenlenmesi görevinin kanun koyucuya verildiğini belirterek, kanun koyucunun bu görevini, idareye devredemeyeceğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, uygulanmakta olan personel rejiminde memurların "*görev ve yetkileri*" ile "*aylık ve ödenekleri*"nin doğrudan doğruya işgal ettikleri kadrolarla ilgili olduğuna işaret etmiştir.[11] Mahkemeye göre;

"Memurun çalışması ve yükselmesi kadroya bağlı olduğuna göre, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini emrettiği hususlar arasında, ilke olarak kadronun da bulunduğunu kabul etmek gerekir."

Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesinin kadro ile bütçe arasındaki ilişkiye işaret etmesi ve kadronun bütçe ile sıkı sıkıya bağlı bulunduğunu belirtmesi önemlidir.

"Anayasa'nın 162. maddesine göre, genel ve katma bütçeler Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından incelenip karara bağlandığından, aylık ve ödeneklerini bu bütçelerden alacak olan memurların kadrolarının da Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulması, kanunla düzenlenmesi gerekir."

Diğer taraftan söz konusu kararda, bütçeleri kanun konusu olmayan mahalli idareler ile kamu iktisadi teşebbüsleri gibi kurum ve kuruluşların personeline ait kadroların, bu ilkenin dışında tutulmasının mümkün olduğu da belirtilmiştir. Devamında ise Koruma Yüksek Kurulu ve koruma kurullarının

[8] Anayasa Mahkemesi'nin 01.02.1990 tarih ve E: 1988/64 K: 1990/2 sayılı kararı, 21.04.1990 tarih ve 20499 sayılı Resmi Gazete.
[9] Anayasa Mahkemesi'nin 10.03.2011 tarih ve E: 2009/90 K: 2011/47 sayılı kararı, 14.05.2011 ve 27934 sayılı Resmi Gazete.
[10] Anayasa Mahkemesi'nin 04.02.1966 tarih ve E: 1965/32 ve K: 1966/3 sayılı kararı, 08.06.1966 ve 12317 sayılı Resmi Gazete.
[11] Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1988 tarih ve E: 1987/21 K: 1988/25 sayılı kararı, 08.01.1989 ve 20043 sayılı Resmi Gazete.

teşkilatlanması maksadıyla, Bakanlar Kurulu'na kadro iptal ve ihdası yetkisi veren, dava konusu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.[12]

Anayasa Mahkemesi kararlarında kadroyu "*bir kamu hizmetinin teşkilatlanmasının ön koşulu*" olarak ele almıştır. Kadro unvanının; personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade ettiğini açıklamıştır. [13] Mahkeme, kadro unvanı ile personelin özellikle aylık, ödenekleri ve diğer özlük hakları arasında sıkı bir bağ olduğuna işaret etmiştir. [14] Mahkeme kadro ile personelin niteliklerinin kanun ile belirlenmesinin Anayasa'nın 128. maddesinin gereği olduğunu vurgulamıştır. Bu doğrultuda, asli ve sürekli görevleri ifa eden sözleşmeli personeli Anayasa madde 128 kapsamına dahil ederek, bu personelin kadrolarına ve bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin temel kuralların idarece düzenlenmesine dair kanun hükmünün, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiğinden iptaline hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bakan yardımcılığı statüsünün oluşturulmasına yönelik kurallara ilişkin bir iptal davasında, bakan yardımcılarının Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca idarenin bütünlüğü içinde yer aldığını ve idarenin kanuniliği ilkesine tabi olduğunu tespit etmiştir. Kararda, bakan yardımcılığı kadrolarının bakanlıkların merkez teşkilatına ait bölümüne birer adet eklenmiş olmasının, statü olarak istisnai memuriyet şeklinin belirlenmesinin ve mali haklarının öngörülmesinin Anayasa'nın 123. ve 128. maddelerinin bir gereği olduğunu belirlenmiştir. Bakan yardımcılarının, göreve başladıktan sonra kamu görevlisi statüsünde olduklarında tereddüt olmadığı ifade edilmiştir. Mahkeme, bakan yardımcılığı kurumunun Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğundan, bunların kadrolarına ve bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin temel kuralların da Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesinin kadro kavramına ilişkin değerlendirmelerinde personelin Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ölçütler çerçevesinde memur ve diğer kamu görevlisi kapsamına dahil olup olmadığı önem taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin personel statüsünü tespit ederken verdiği kararlarda istikrar bulunmamaktadır. Sözleşmeli personel bakımından, diğer kamu görevlisi sayılıp sayılmama ve dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde kanunilik ilkesine bağlı olup olmama açısından verdiği kararlarda farklı tespitler söz konusu olabilmektedir. Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarında sözleşmeli uzman çalıştırılmasına ilişkin yapılan düzenlemede, çalıştırılacak uzmanların nitelikleri, alınma usulü ve sözleşme ücretlerinin tespiti ile sözleşme usul ve esaslarının Bakanlık ve Maliye Bakanlığınca müştereken belirleneceğini öngören mevzuat hükmü ise Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya uygun bulunmuştur.[15] Anayasa'ya aykırılık gerekçesinde, sözleşmeli personelin, sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarları ve her çeşit ödemeleri konusunda tüm yetkinin Bakanlar Kuruluna bırakıldığı ve Anayasa'nın 128. maddesine aykırı kuralın iptali istendiği yer almıştır. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu personelin Devlet Memurları Kanunu ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine tabi olmadığını belirtmiştir. Kanun koyucunun, genel çerçevesini kanunla belirledikten sonra, bu suretle çalıştırılacak uzmanların nitelikleri, alınma usulü ve sözleşme ücretlerinin tespiti ile sözleşme usul ve esaslarıyla ilgili hususların düzenlenmesini

[12] Kararın karşı oy gerekçesinde ise kanun koyucunun ihtisas ve idare tekniğini gerektiren bir konuda Bakanlar Kuruluna işin mahiyetine uygun ve sınırlı bir biçimde yetki vermesinin yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey olmadığı ifade edilmiştir.

[13] Anayasa Mahkemesi'nin 10.03.2011 tarih ve E: 2009/90 K 2011/47 sayılı kararı, 14.05.2011 ve 27934 sayılı Resmi Gazete; Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarih ve E: 2002/35 K: 2007/95 sayılı kararı, 22.01.2008 ve 26764 sayılı Resmi Gazete.

[14] Anayasa Mahkemesi'nin 06.06.2013 tarih ve E: 2013/47 K: 2013/72 sayılı kararı, 12.07.2013 ve 28705 sayılı Resmi Gazete; Anayasa Mahkemesi'nin 22.03.2007 tarih ve E. 20005/139 K: 2007/33 sayılı kararı, 15.12.2007 ve 26731 sayılı Resmi Gazete.

[15] Anayasa Mahkemesi'nin 14.02.2013 tarih ve E: 2011/150 K: 2013/30 sayılı kararı, 25.06.2013 ve 28688 sayılı Resmi Gazete.

yürütmeye bırakmış olmasının yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağına, dava konusu kuralların Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Öte yandan Mahkeme, Türkiye İstatistik Kurumunda, diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın sözleşmeli çalıştırılabilen personelin, sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ve her çeşit ödemelerinin Bakanlar Kurulunca tespit edileceği kuralını Anayasa'ya aykırı bulmuştur.[16] Mahkeme, genel idare esaslarına göre yürütülen bu hizmetlerde görevlendirilen sözleşmeli personelin ise Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen diğer kamu görevlileri kapsamında olduğunun "*açık*" olduğunu tespit etmiştir. Bu doğrultuda kararda, Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasına göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hak ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğinden, Türkiye İstatistik Kurumu kadrolarına atanan sözleşmeli personelin, sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarları ve her çeşit ödemeleri konusunda yasal düzenleme yapılmayarak tüm yetkinin Bakanlar Kuruluna bırakılmasının Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğunu sonucuna varılmıştır.

Bir diğer kararında da Mahkeme, kadro karşılığı sözleşmeli olarak çalıştırılacak personel de dahil olmak üzere, Telekomünikasyon Kurumu'nda çalışacak personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen kamu görevlileri kapsamında olduğunu tespit etmiştir.[17] Bu doğrultuda, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olan kadro karşılığı sözleşmeli olarak çalıştırılacak personelin unvanının, sayısının, niteliklerinin, ücretlerinin, diğer mali ve sosyal haklarının ve sözleşme esaslarının belirlenmesi ve kanuna ekli kadro unvan ve derecelerinde değişiklik yapılması yetkisinin Bakanlar Kuruluna bırakılmasını Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulmuştur. Genel olarak bakıldığında, personel statüsünün Anayasa'nın 128. maddesine dahil olarak kabul edilen kamu görevlileri açısından Anayasa Mahkemesinin, kadroların ihdası ve iptali ile usul ve esaslarının belirlenmesinde kanunla düzenleme ilkesini mutlak bir şekilde aradığını, idarenin kanuniliği ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi çerçevesinden Anayasa'nın 128. maddesinin karar gerekçelerinde temel aldığını görmek mümkündür.

II. 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN KADRO KAVRAMINA YAKLAŞIMI: CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ ÜZERİNDEN OLUŞAN FARKLILIKLAR

Anayasa Mahkemesinin, idarenin kanuniliği ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleri açısından gösterdiği yaklaşımda, 2017 Anayasa değişikliği ve buna bağlı oluşturulan mevzuat önemli bir kırılmaya sebep olmuştur. Değişiklik sonrasında yayımlanan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, *("CBK")* kamu personel rejimi açısından farklı meselelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Esasen, idarenin kanuniliği ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleri yerlerini korusa da bu ilkeleri farklı alanlarda daraltan anayasa değişiklikleri yapılmıştır. Kadro kavramı açısından baktığımızda, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının CBK'lar eliyle düzenlenmesi hususu üzerinde durmak gerekmektedir (m.106/11). 2017 Anayasa değişikliği sonrasında 128. maddenin metni korunmakla birlikte, kadro kavramına ilişkin ilgili maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından arka planda bırakıldığı da görülmektedir. Öte yandan ise Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen idareler için kanunla düzenleme ilkesinin ve 128. maddenin dikkate alındığı belirtilmelidir.

Anayasa Mahkemesi, 2 numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Karamamesi'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "*(1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir.*"

[16] Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.2005 tarih ve E: 2005/143 K: 2005/99 sayılı kararı, 21.02.2006 ve 26087 sayılı Resmi Gazete.

[17] Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarih ve E: 2002/35 K: 2007/95 sayılı kararı, 22.01.2008 ve 26764 sayılı Resmi Gazete.

biçimindeki kuralı Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.[18] Mahkeme öncelikle, kadro ihdasının kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapısına ilişkin olduğunu ve anılan kuralın "*yürütme yetkisine ilişkin konular*"dan olduğunu açıklamıştır. Anılan kuralın, CBK ile düzenlenemeyecek *Anayasa'nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bolümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere* ilişkin bir düzenleme içermediğini belirtmiştir. Mahkemeye göre Anayasa madde 106/11, CBK ile düzenlenebileceği "*özel olarak belirtilen konular*" kapsamındadır. Mahkeme bunun yanında, Anayasa'nın 118/6 ile 123/3 düzenlemelerini de CBK ile düzenlenmesi öngörülen idarelerin teşkilat yapısına ilişkin olduğunu belirtmiştir. İlk düzenleme, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatının CBK ile düzenleneceğini, diğer düzenleme kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağını öngörmektedir. *Mahkeme,* kadro belirlenmeden bir kurum ve kuruluşun teşkilatlanmasından söz edilemeyeceğini, bu itibarla kuralın Anayasa'nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak 104/17-3 hükmüne aykırı bir yönünün bulunmadığını tespit etmiştir. Anayasa'nın 104/17-3 hükmüne göre "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" Bu gerekçeyle de kuralın kanunda açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme bu kararında Anayasa'nın 128. maddesine dair bir değerlendirmede bulunmamıştır. Oy çokluğuyla verilen bu karara ilişkin karşı oylarda ise 128. maddenin esas alındığı görülmektedir. Bir karşı oy gerekçesinde, kadronun teşkilat yapısının ayrılmaz parçası olarak görülmesi nedeniyle idarenin çok büyük bir kısmını oluşturan bakanlıkların da kadrolarının CBK ile düzenlenmesini savunmanın, Anayasa'nın 128. maddesini önemli ölçüde işlevsiz hale getireceği ifade edilmiştir.

Yüksek mahkemeler, üniversiteler gibi Anayasa'da kanunla düzenleneceği açık olan kurum ve kuruluşlar 2 sayılı CBK kapsamındadır.[19] 2 sayılı CBK'nın 2. maddesinde, CBK'nın 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı Cetvel'de yer alan ve yukarıda anılan kurumların da yer aldığı genel bütçeli kamu idarelerine uygulanacağı da öngörülmüştür. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi, Danıştay gibi yargı organlarının ya da üniversiteler gibi kanunla düzenlenmesi öngörülen kurumların kadrolarının CBK ile düzenlenmesi sonucu ortaya çıkmaktadır ki, bu durum Anayasa ile bağdaşır olmadığı gibi Anayasa Mahkemesinin CBK'lar ile belirlediği ölçütlere de uymamaktadır. Zira, Anayasa Mahkemesi de anılan kararında "*söz konusu hükümler dava konusu olmayıp bu hükümlerin bakılmakta olan davada incelenmesi mümkün değildir.*" diyerek aslında 2 sayılı CBK'da kadrolarla ilgili verilen yetkilerin tamamının yürütme yetkisine ilişkin bir konu olmadığına da işaret etmiştir. Nitekim Mahkeme CBK'lar ile ilgili denetiminde, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen konularda CBK çıkarma yetkisinin bulunmadığını belirtirken, Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda *CBK'larla düzenleme yapılabileceğini kararlarında ifade etmektedir.*[20] Burada Devlet Denetleme Kurulu açısından soru işareti doğmaktadır. Anayasa'da Devlet Denetleme Kurulunun "*işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri*"nin CBK ile düzenleneceği öngörülmüştür. Devlet Denetleme Kurulu 5018 sayılı Kanun kapsamında olmadığı gibi, Kurulun düzenlendiği 5 sayılı CBK'da, kadroların Cumhurbaşkanı kararı

---

[18] Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarih ve E: 2018/119 K: 2020/25 sayılı kararı, 09.11.2020 ve 31299 sayılı Resmi Gazete.

[19] *"Kadro ve pozisyon cetveli*
MADDE 4 – (1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların;
a) 657 sayılı Kanuna tabi memur kadroları ekli (I) sayılı cetvelde,
b) Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroları (II) sayılı cetvelde,
c) Öğretim elemanı kadroları (III) sayılı cetvelde,
ç) Sözleşmeli personel pozisyonları (IV) sayılı cetvelde,
d) İşçi kadroları (V) sayılı cetvelde,
düzenlenir."

[20] Anayasa Mahkemesi'nin 23.01.2020 tarih ve E: 2019/31 K: 2020/5 sayılı kararı, 13.05.2020 ve 311126 sayılı Resmi Gazete; Anayasa Mahkemesi'nin 22.01.2020 tarih ve E: 2018/125 K: 2020/4 sayılı kararı, 13.05.2020 ve 31126 sayılı Resmi Gazete; Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.2020 tarih ve E: 2019/105 K: 2020/30 sayılı kararı, 20.08.2020 ve 3129 sayılı Resmi Gazete.

ile belirleneceği öngörülmüştür. CBK ile kadro düzenlemesine dair Anayasa Mahkemesi kararlarının kimi karşı görüşlerinde ifade edildiği üzere, Kurulun kadrolarının CBK ile düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırılık görülmeyebilir. Anayasa'da açık bir hüküm olmaması sebebiyle Devlet Denetleme Kurulu dışındaki kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile düzenlenmesinin Anayasa ile uyumlu olmadığı düşüncesindeyiz. Anayasa Mahkemesinin çoğunluk görüşündeki yaklaşımının aksinde, CBK ile düzenleneceği özel olarak öngörülen konuların yer aldığı ifade edilen Anayasa'nın 106/11, 118/6 ve 123/3. maddelerindeki kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası, iptali ile usul ve esaslarının CBK ile düzenlenemeyeceği kanaatindeyiz. Üstelik 2 sayılı CBK Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenlenemeyeceği belirtilen ve Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken kurum ve kuruluşlar için de kadro düzenlemesini yürütme organının yetkisine bırakmıştır. Yine diğer bir karşı oy görüşünde[21] belirtildiği üzere, kadronun bütçe hakkı ve mülkiyet hakkı ile doğrudan ve çok yakın bir bağı bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı bağlamında da kadro ihdası ve iptalinin CBK eliyle yapılması Anayasa'nın 104/17-2 düzenlemesine de aykırılık oluşturacaktır. Öğretide Karahanoğulları, kadro ve pozisyon oluşturan ve bunları kullanma izni veren kuralların, CBK ile kural konulamayacak siyasal haklardan kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğunu belirtmiştir.[22] Anayasa Mahkemesi kaymakam adaylığına giriş şartlarına yönelik CBK düzenlemesinin kamu hizmetine girme hakkına ilişkin düzenlemelerin, CBK ile yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle oy çokluğuyla Anayasa madde 104/17-2'ye aykırı bulmuştur.[23] Mahkeme, atama şartlarını kamu hizmetine girme hakkı olarak değerlendirirken, kadro bakımından bu yoruma ulaşmamaktadır.

Burada sorulması gereken bir başka soru ise, Anayasa Mahkemesinin özel olarak CBK ile düzenleneceğini öngördüğü bir konunun kanunda açıkça düzenlenmesi karşısında, kanunun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilecek midir? Örneğin, özlük işleri kapsamında Devlet Denetleme Kurulunun kadro ihdasının kanunla yapılması durumunda, kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı sorusu belirecektir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, CBK'ların denetimi bakımından daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespitini; sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediğinin belirlenmesini işaret etmiştir.[24] Öğretide Sezginer'in katıldığımız görüşüne göre, Anayasa Mahkemesi Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen bir konunun bir kanun ile açıkça düzenlenmiş olması halinde de CBK'nın Anayasa'ya aykırı olacağını kabul etmek suretiyle "*dolaylı olarak*" yasama organının, Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilen hususlarda kanun yapabileceğini kabul etmektedir.[25]

Konuyla ilgili diğer bir husus ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulmasında ortaya çıkmaktadır. CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulması Anayasa'da öngörülmekle birlikte, CBK ile kurulan kamu

[21] Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarih ve E: 2018/119 K: 2020/25 sayılı kararı, 09.11.2020 ve 31299 sayılı Resmi Gazete.

[22] Müellif, cumhurbaşkanının kadro ve kullanma izinlerini tekeline almaya çalıştığı idare alnının, idari örgütlerin anayasal özelliklerini, örneğin devlet tüzelkişiliğinden ayrı tüzel kişilik sahibi olmalarını göz ardı ettiği için anayasaya aykırı biçimde geniş olduğunu da belirtmiştir, KARAHANOĞULLARI, Onur: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 502.

[23] Karar dikkat çekici olan ise karşı oy gerekçesinde, ilgili kuralın kanunda açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olmadığı ve CBK'nın Anayasa'ya uygun olduğu açıklamasıdır, Anayasa Mahkemesi'nin 05.04.2023 tarih ve E: 2022/71 K: 2023/65 sayılı kararı, 01.06.2023 ve 32208 sayılı Resmi Gazete.

[24] *"Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa'nın CBK'lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır."*, Anayasa Mahkemesi'nin 23.01.2020 tarih ve E: 2019/31 K: 2020/5 sayılı kararı, 13.05.2020 ve 311126 sayılı Resmi Gazete.

[25] SEZGİNER, Murat: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Türk İdaresi Bakımından Sonuçları, Savaş Yayınevi, Ankara 2022, s. 461.

tüzel kişilerinin personelinin kadrolarının da CBK ile düzenlenmesinin mümkün olup olmayacağı sorusu cevaplandırılmalıdır. Öğretide Yüzbaşıoğlu tarafından, CBK ile kurulmuş olan kamu tüzel kişilerinin teşkilatının yanı sıra, personeline ait kadrolarının CBK'da düzenlenmesinin Anayasa Mahkemesinin içtihadı doğrultusunda hukuka uygun olacağı belirtilmektedir.[26] Kanaatimizce ise bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün görünmemektedir. Her ne kadar Anayasa'nın 123/3. maddesi CBK ile kamu tüzel kişiliği kurma yolu açsa da CBK ile kurulacak tüzel kişiliklerin teşkilatının dolayısıyla kadro düzenlemelerinin kanunla yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Burada teşkilat kavramının içeriğini değerlendirmek gerekir. Teşkilat düzenlenirken idarenin görev ve yetkilerinin düzenlenmesi de kendiliğinden gelmektedir. Burada temel hak ve özgürlükler açısından bir ölçüt yaratılabilir. CBK ile düzenlemeyecek temel hak ve özgürlükler kapsamında yer alan görev ve yetkilerin CBK ile düzenlenemeyeceği, dolayısıyla sadece kanunilik ölçütünden bakıldığında bile mülkiyet hakkını içeren kadro düzenlemesinin de CBK eliyle yapılamayacağı ilk bakışta belirtilebilir. Öğretide Sever, kararnamelerle dar anlamda bir teşkilatlanma yetkisinden bahsedilebileceğini; kamu tüzel kişisi kurulması ve bakanlık teşkilatının düzenlenmesi mümkünken, birimlerin oluşturulması sırasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ya da Anayasa'nın 128/2 hükmü kapsamında kamu görevlilerinin görev ve yetkilerinin tanımlanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.[27] Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararındaki[28] karşı oy gerekçesinde belirtildiği üzere, *"yasama yetkisinin genelliği ve CBK çıkarma yetkisinin dar yorumlanması gerektiği yönündeki ilkeler de 123. maddenin son fıkrasındaki 'kurulma' kavramının düzenlemeyi de kapsayacak genişlikte yorumlanmamasını ve Anayasa koyucunun çok açık bir şekilde ortaya koyduğu bu tercihi ve mezkûr kavramları anlamsız kılacak genişletici yorumlardan kaçınılmasını zorunlu kılmaktadır."* Mahkeme ise CBK ile kurulan idareye ilişkin personel istihdamıyla ilgili düzenlemelerin de CBK ile yapılmasının mümkün olduğu görüşündedir. Mahkeme bir kararında, İçişleri Bakanlığına bağlı olarak kurulmuş olup onun teşkilat yapısı içinde yer alan Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının (AFAD) CBK ile düzenlenmesini İçişleri Bakanlığının teşkilat yapısına ilişkin olduğunu belirterek, Başkanlıkta afet ve acil durum yönetimi denetçisi ve denetçi yardımcıları istihdam edilebileceğine yönelik CBK ile düzenlenmesini oy çokluğuyla Anayasa'ya uygun bulmuştur.[29] Kararda, personel istihdamının da kadro ihdasının doğal bir sonucu olduğundan idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin bir parçasını teşkil ettiği açıklanmıştır. Öte yandan, aynı kararda görevli denetçi ve denetçi yardımcılarına tanınan özlük haklarına yönelik düzenlemenin, mülkiyet hakkı içerdiği

[26] Müellif şu açıklamayı da getirmektedir; "*Benzer şekilde, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (IV) sayılı cetvelde yer alan Sosyal Güvenlik Kurumu da 4 numaralı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 403. maddesi ve devamında düzenlenmiş olan bir kamu tüzel kişisi olduğundan ve Anayasa'da teşkilatının münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiğine yönelik bir ibare bulunmadığından, Sosyal Güvenlik Kurumu'na ait kadroların 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde düzenlenmesi Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan içtihadı gereği hukuka aykırılık yaratmayacaktır.*", YÜZBAŞIOĞLU, Cihan: "2017 Anayasa Değişikliğinin Kamu Personel Hukukuna Bazı Yansımaları (Güncel Anayasa Mahkemesi İçtihadı ve Uygulamadan Hareketle Bir İnceleme)", *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu 30-31 Temmuz 2021*, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2022, s. 198.

[27] SEVER, Dilşad Çiğdem, "Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da 'Parthenogenesis' Olmak", Ed. UYGUN, Oktay / ESEN, Egemen, *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi*, Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı 18-19 Ekim 2019 İstanbul Kültür Üniversitesi, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 355.

[28] Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarih ve E: 2018/119 K: 2020/25 sayılı kararı, 09.11.2020 ve 31299 sayılı Resmi Gazete.

[29] İptali istenen cümle: "*Başkanlık merkez teşkilatında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 24 üncü maddesine göre Afet ve Acil Durum Yönetimi Denetçisi ve Denetçi Yardımcıları istihdam edilebilir",* Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarih ve E: 2018/119 K: 2020/25 sayılı kararı, 09.11.2020 ve 31299 sayılı Resmi Gazete.

ve Anayasa madde 128'e göre kanunla düzenlenmesi gerektiği gerekçeleriyle bir diğer CBK kuralı ise oybirliğiyle iptal edilmiştir.[30] Mahkeme yine bir diğer kararında da Türkiye Uzay Ajansının, CBK ile Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının ilgili kuruluşu olarak kurulmuş bir kamu tüzel kişiliği olduğuna dikkat çekerek, CBK ile kadro ihdas edilmesini benzer gerekçelerle ve oy çokluğuyla Anayasa'ya uygun bulmuştur.[31]

Anayasa Mahkemesinin, kadroya dair CBK ile getirilen düzenlemenin iptali davalarında Anayasa'nın 128. maddesi yönünden aykırılık iddialarını, "*Kuralların Konu Bakımından Yetki Yönünden İncelenmesi*" başlığı altında devre dışı bıraktığı da görülmektedir. Örneğin bir kararında "*Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralların Anayasa'nın 6., 7., 8., 11. ve 128. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu hususlaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.*" açıklamasıyla başlanıp, "*Kurallar Anayasa'nın 123. maddesi bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi yönünden incelendiğinden ayrıca 128. maddesi bağlamında anılan fıkra yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.*" açıklamasıyla inceleme bitirilmiştir.[32] Diğer bir kararında da Anayasa'ya aykırılık sorunu incelenirken konu bakımından yetki açısından madde 104/17 kapsamında inceleme yapılmış, atama şartlarının CBK ile belirlenmesi bakımından Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yapan kuralın Anayasa madde 104/17-3'e aykırı olduğuna karar verilmiştir.[33] Bu kararda da Anayasa madde 128'e aykırılık yönünde açık bir sonuç ifadesine yer verilmemiştir. Anayasa madde 128'e aykırı bir düzenleme, CBK kapsamında inceleniyor ise CBK'nın denetim ölçütleri bakımından kendi içinde bir değerlendirme sınırının Mahkemece getirildiği görülmektedir. Nitekim söz konusu kararın sonucunda da "*Kural konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden içerik yönünden incelenmemiştir*." ifadesi bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin çoğunluk bakışında, Anayasa'nın 128. maddesini, Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenme kapsamında ele almadığı yorumu çıkarılabilmektedir. Kadro ile ilgili kararlarına bakıldığında Mahkeme tarafından, Anayasa'da kanunla düzenleneceği ifade edilen her alanın münhasıran kanunla düzenleme alanı olarak kabul edilmediği gibi bir sonuca da ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, kanunla düzenleme yapılmamış bir alanda, Anayasa'da kanunla düzenleneceği ifade edilse dahi, CBK'lar

---

[30] İptali istenen cümle: "*Başkanlık, Afet ve Acil Durum Yönetimi Denetçisi ve Denetçi Yardımcıları bağımsız genel müdürlüklerin müfettiş ve müfettiş yardımcılarına tanınan mali ve sosyal hak ve yardımları ile diğer özlük haklara sahiptir.*" Diğer bir kararında da Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığı ve Devlet Arşivleri Başkanlığındaki Başkanlık Danışmanının Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığındaki Başkanlık Müşavirine tanınan mali ve sosyal hak ve yardımları ile diğer özlük haklarına sahip olmasını öngören CBK kuralını, mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme içerdiğine, özlük işlerinin de Anayasa'nın 128. maddesi gereğince kanunla düzenlenmesi gerektiğine bu nedenle anılan hususlarını oybirliğiyle Anayasa madde 104/17-2 ve 3'e aykırı bulmuştur, Anayasa Mahkemesi'nin 05.04.2023 tarih ve E: 2019/39 K: 2023/67 sayılı kararı, 01.06.2023 ve 32208 sayılı Resmi Gazete.

[31] Anayasa Mahkemesi'nin 30.11.2022 tarih ve E: 2020/7 K: 2022/146 sayıl kararı, 06.06.2023 ve 32213 sayılı Resmi Gazete.

[32] İnceleme konusu kurallar kararda şu şekilde ifade edilmiştir; "*Kurallar, Bakanlık Merkez Teşkilatında yer alan Personel Dairesi Başkanlığına ait Personel Dairesi Başkanı kadrosunun iptal edilerek Personel Genel Müdürü, Genel Müdür Yardımcısı ve Daire Başkanı kadrolarının ihdas edilmesini, Personel Daire Başkanı kadrosunda bulunan personelin görevinin sona ermesini, bu personel hakkında 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (3) numaralı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca işlem tesis edilmesini ve iptal edilen kadro hariç olmak üzere kapatılan Personel Daire Başkanlığına tahsisli kadroların mevcutlu olarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanı tarafından Bakanlığın Merkez Teşkilatı bünyesinde yer alan diğer birimlere dağıtılmasını öngörmektedir.*", Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.2021 tarih ve E: 2020/8 K: 2021/25 sayılı kararı, 15.06.2021 ve 32512 sayılı Resmi Gazete.

[33] Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2022 tarih ve E: 2021/90 K: 2022/108 sayılı kararı, 03.01.2023 ve 32062 Resmi Gazete.

ile ilgili düzenleme yapılabileceği tespiti ortaya çıkmaktadır. Yukarıda değindiğimiz üzere Mahkeme, belirli kurum ve kuruluşlar için açık kapı bıraksa da Anayasa'nın 128. maddesi ve Devlet Memurları Kanunu ile bağdaşmayan 2 sayılı CBK'nın iptale konu düzenlemesini de Anayasa'ya uygun bulmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, üniversitelere ilişkin öğretim elamanı kadrolarının CBK ile ihdas edilmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Mahkeme; kadro düzenlemesiyle özlük hakların etkilendiği, Anayasa'nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda düzenleme yapıldığı ve Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulardan olmadığı gerekçesiyle Anayasa madde 104/17-4'e aykırılık yönünden oybirliğiyle karar vermiştir. Bu kararda da Anayasa'nın 128. maddeye aykırılık iddiası değerlendirilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmü ile kadro düzenleme yetkisinin idarenin CBK dışındaki bir düzenleyici işlemine bırakılmasında ise Anayasa'nın 128. maddesini dikkate almaktadır. Örneğin, Jandarma Genel Komutanlığı, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile Sahil Güvenlik Komutanlığının kadro ihdas yetkisinin TBMM Plan ve Bütçe Komisyonuna verilmesine dair kanun maddesini Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı bulmuştur.[34] Anayasa Mahkemesi, CBK'ların yargısal denetiminde kendi testlerini geliştirmekle birlikte, kadro konusundaki kararlarında münhasıran kanunla düzenlenecek konular ile CBK ile özel olarak düzenlenen konular açısından dolaylı yorumlar ve farklı çıkarımlara neden olacak gerekçeler ortaya koymaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi 2 sayılı CBK'nın ilgili düzenlemesini Anayasa'ya uygun bularak, kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile "*kurulması*" arasında kadro yönünden bir fark görmemiştir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin kadro kavramına dair yerleşik içtihadının, İdare Hukukuna sirayet eden her konuda olduğu üzere 2017 Anayasa değişikliğinden sonra, CBK'ların yargısal denetimi ile değişime uğramıştır. Anayasa Mahkemesi, CBK'ların yargısal denetimine dair oluşturduğu testleri kadro konusuyla ilgili düzenlemelere de uygulamaktadır. Mahkemenin oluşturduğu bu ölçütlerin hukuki isabetinin, özellikle münhasıran kanunla düzenleme alanı ile CBK ile özel olarak düzenleme konuları bakımından tartışılır olduğunu belirtmek gerekir. Kadro ihdası, iptali ve usul ve esaslarının düzenlenmesine yönelik CBK'ların yargısal denetimindeki kararların büyük bir kısmı oy çokluğuyla verilmiştir. Zira, Anayasa Mahkemesi CBK'lar ile kadro düzenlemesinde, Anayasa'nın 107/14 maddeleri ile CBK ile özel olarak düzenlenen konulara odaklanmaktadır. Bu doğrultuda 2 sayılı CBK'nın kadro düzenlemesine ilişkin kuralının incelenmesinde olduğu gibi, Anayasa'nın 128. maddesi gündeme getirilmemektedir. Mahkeme bu kararlarında, 128. maddesine aykırılık iddialarını nazara almamakta, özellikle CBK ile kurulmuş idareler için kadro ile ilgili düzenlemeleri yürütme yetkisi kapsamında değerlendirmektedir. Oysa, üniversitelere dair CBK ile kadro düzenlemesi getiren kuralı iptal ettiği kararında belirtildiği üzere kadro sadece kanunilik ilkesinin olması gözetilen bir kavram değildir. Kadro aynı zamanda yasama yetkisinin bağlamı kapsamında bütçe hakkını ve personel açısından mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendiren hukuksal bir araçtır. Personelin statüsüne doğrudan etki eden ve sadece yürütme yetkisinin kullanımı ile açıklanamayacak kadro düzenlemesinin yürütme organına bırakılması, Anayasa ve Devlet Memurları Kanunu çerçevesinde oluşturulan kamu personel rejimi ile bağdaşmamaktadır. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesinin çoğunluk görüşlerinde kadro kavramına çok boyutlu bir içerikle bakılmasının, konuyla ilgili kararlarda Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık iddialarının değerlendirilmesinin ve CBK'ların yargısal denetimi açısından oluşturulan ölçütlerin kamu personel rejimine dair Anayasal ilkeler çerçevesinde geliştirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

[34] Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarih ve E: 2018/73 K: 2019/65 sayılı kararı, 29.11.2019 ve 30963 sayılı Resmi Gazete.

Kaynakça

ASLAN, Onur Ender: Kamu Personel Rejimi Statü Hukukundan Esnekliğe, TODAİE, Ankara 2005.

DAL, Hasan Şükrü: Kamu Personel İdaresi, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1968.

GİRİTLİ, İsmet: Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj, 10. Bs., Ankara 2015.

https://www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 01.06.2023).

İLAL, Ersan: "Sınıflandırma ve Devlet Memurları Kanunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 749-781.

KARAHANOĞULLARI, Onur: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.

SEVER, Dilşad Çiğdem, "Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da 'Parthenogenesis' Olmak", Ed. UYGUN, Oktay / ESEN, Egemen, *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi,* Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı 18-19 Ekim 2019 İstanbul Kültür Üniversitesi, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 353-387.

SEZGİNER, Murat: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Türk İdaresi Bakımından Sonuçları, Savaş Yayınevi, Ankara 2022.

YÜZBAŞIOĞLU, Cihan: "2017 Anayasa Değişikliğinin Kamu Personel Hukukuna Bazı Yansımaları (Güncel Anayasa Mahkemesi İçtihadı ve Uygulamadan Hareketle Bir İnceleme)", *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu 30-31 Temmuz 2021*, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2022, s. 188-224.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU M. 309, M. 311 VE M. 312'DE YER ALAN DÜZENLEMELERDE BU SUÇLARIN ANCAK CEBİR VE ŞİDDET KULLANILARAK İŞLENEBİLECEĞİNİN ÖNGÖRÜLMESİNİN YERİNDELİĞİ VE BUNUN YOL AÇABİLECEĞİ TUTARSIZ UYGULAMALAR

Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU*

ÖZET

5237 Sayılı TCK m. 309'da Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmek; TCK m. 311'de Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs etmek; TCK m. 312'de ise Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etmek suç olarak düzenlenmiş olup; yasa koyucu, bu suçların ancak cebir ve şiddet kullanılarak işlenebileceğini öngörmektedir.

Zikredilen maddelerdeki düzenlemelerde geçen "cebir ve şiddet kullanarak" ifadesi, maddelerde belirtilen amaçlara ulaşmaya yönelik işlenen bir fiilin, ancak cebir ve şiddet içeren bir nitelik arz etmesi halinde bu suçların oluşabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla bu düzenlemelere göre cebir ve şiddet içermeyen bir fiil, hangi suçun tipikliğini teşkil ederse etsin, maddedeki amaçları gerçekleştirmeye elverişli kabul edilmeyecek ve söz konusu suçların oluştuğundan söz edilemeyecektir.

Bu çalışmada, bu suçların yapısı ve işleniş şekli dikkate alındığında yasa koyucunun bu tercihinin yerinde olup olmadığı ve tutarsız uygulamalara yol açmayacağı hususu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Araç suç - Amaç suç, Cebir ve şiddet, Elverişli fiil, Anayasayı İhlal Suçu, Yasama Organına Karşı Suç, Hükûmete Karşı Suç.

THE LEGITIMACY OF PROVISIONS ON ARTICLES 309, 311, AND 312 IN THE TURKISH CRIMINAL CODE NUMBERED 5237 FOR THESE CRIMES COMMITTING ONLY FORCE AND VIOLENCE AND INCONSISTENT PRACTICES

ABSTRACT

Turkish Criminal Code numbered 5237 article 309 provides that attempting to abolish, replace or prevent the implementation of, through force and violence, the constitutional order of the Republic of Turkey; article 311 provides that attempting, by use of force and violence, to abolish the Turkish Grand National Assembly or to prevent, in part or in full, the fulfilment of the duties of the Turkish Grand National Assembly; while article 312 provides that attempting, by the use of force and violence, to abolish the government of the Republic of Turkey or to prevent it, in part or in full, from fulfilling its duties as crime type, briefly the legislator prescribes that abovementioned crime types shall only be perpatrated by using force and violence. The requirement of "using force and violence" frames the fact that the commission of these crimes could only be pursued through acts to fulfill the aims of the provisions. Accordingly, an act with no force or violence, even if any other crime type constitutes it, will not be convenient, and these

* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi, ORCID ID: 0000-0001-7075-8763.

crime types will not be constituted. This study aims at analyzing whether this preference of the legilator in terms of the typicality and modus operandi of these crimes is accurate or not and leads to inconsistent practices or not.

Keywords: Aimed-instrument crime, Force and violence, Convenient act, Crime of violation of the constitution, Crime against the legislative body, Crime against the government.

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı Dördüncü Kısmının "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölümünde yer alan 309. maddesinde "Anayasayı ihlal" suçu, 311. maddesinde "Yasama organına karşı suç", 312. maddesinde ise "Hükûmete karşı suç" düzenlenmiştir.

Teşebbüs suçu niteliğinde düzenlenen bu suçlarda suçun tamamlanması için failin amacına ulaşması aranmamış ve suçun konusu üzerinde somut tehlike doğuracak nitelikte elverişli bir fiilin işlenmesi, suçun oluşması için yeterli görülmüştür.

Zikredilen bu suçlarda, bir "amaç suçun" ve bir de "araç suçun" varlığı söz konusudur. Failin amacı; anayasal düzeni bozmak veya değiştirmek (m. 309), yasama organını ortadan kaldırmak veya faaliyetlerini engellemek (m. 311), hükümeti ortadan kaldırmak veya faaliyetlerini engellemektir (m. 312) ve fail, bu amacına ulaşmak için "araç suç" niteliğindeki öldürme (m. 81), yaralama (m. 86), yağma (m. 148), mala zarar verme (m. 151) gibi suçları işlemektedir. Failin işlediği araç suçun; failin amacını gerçekleştirmeye "elverişli" nitelikte yani vahamet arz edecek nitelikte yani suçun konusu üzerinde somut tehlike yaratacak nitelikte olduğu kabul edildiğinde, fail hem araç suçtan hem de amaç suçtan ayrı ayrı cezalandırılmaktadır. Burada dikkati çeken husus, amaç suç ve araç suçun "aynı fiille" işlenmesidir.

Zikredilen maddelerdeki düzenlemelerde geçen "cebir ve şiddet kullanarak" ifadesi, amaç suçu işlemeye yönelik olarak işlenen araç suçun, ancak cebir ve şiddet içeren bir fiille işlenebileceğini göstermektedir. Dolayısıyla bu düzenlemelere göre cebir ve şiddet içermeyen bir fiil hangi suçun tipikliğini teşkil ederse etsin, maddedeki amaçları gerçekleştirmeye elverişli kabul edilmeyecek; suçun konusu üzerinde somut tehlike yaratacak nitelikte görülmeyecektir.

Ülkemiz uygulamasında, bu suçların maddelerde belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere kurulmuş terör örgütlerinin faaliyetleri kapsamında işlendiği, bu kapsamında işlenen her fiilin örgütü amacına ulaştırmaya yönelik olduğu ve bir bütünün parçasını teşkil ettiği görülmektedir. Bununla birlikte yasa koyucunun tercihi, amaca yönelik işlenen fiillerden sadece cebir ve şiddet ihtiva edenleri zikredilen maddeler kapsamında değerlendirmektedir.

Bu çalışmanın konusunu da yasa koyucunun bu tercihinin yerinde olup olmadığının ve bu bağlamda tutarsız ve hakkaniyete aykırı uygulamalara yol açıp açmayacağının değerlendirilmesi teşkil etmektedir.

Bu çerçevede aşağıda öncelikle TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de düzenlenen suçlar ana hatlarıyla ele alınarak bu suçlara ilişkin genel bir anlatım yapılacaktır. Daha sonra ise bu suçların hangi niteliklere sahip olan bir fiille işlenebileceği incelenecektir. Son olarak da bu suçların ülkemizdeki işleniş şekilleri ortaya konarak, fiile yönelik cebir ve şiddet nitelendirmesinin yerindeliği değerlendirilecektir.

I. TCK M. 309, 311 VE 312'DE DÜZENLENEN SUÇLARIN GENEL ÖZELLİKLERİ

5237 Sayılı TCK m. 309'da Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmek; TCK m. 311'de Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs etmek; TCK

m. 312'de ise Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etmek suç olarak düzenlenmiştir.

Her üç suç da **vatana ihanet suçu** niteliğindedir.[1] **Siyasi suç** niteliğindedir[2]. **Terör suçu** niteliğindedir (TMK m. 3).

TCK m. 309'da düzenlenen suçla **korunan hukuksal değer**, anayasa düzenine egemen olan ilkelerdir.[3] TCK m. 311'de düzenlenen suçla korunan hukuksal değer Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasa kurallarına uygun bir biçimde görevlerini yerine getirebilmesi yeteneğidir.[4] TCK m. 312'de düzenlenen suçla korunan hukuksal değer ise Hükûmetin, Anayasaya göre kendisine tanınan siyasi iktidarı serbestçe kullanma imkân ve yeteneğidir.[5]

TCK m. 309'da düzenlenen **suçun konusu,** Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında öngörülen Devletin siyasi yapısına, kuruluşuna ve işleyişine ilişkin düzendir.[6] TCK m. 311'de düzenlenen suçun konusu, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve onun fonksiyonlarıdır.[7] TCK m. 312'de düzenlenen suçun konusu ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti Hükûmeti ve bu Hükûmetin fonksiyonlarıdır.[8]

Her üç suç bakımından da **fail**; vatandaş veya yabancı, sivil veya kamu görevlisi, örgütü üyesi veya örgütle intisabı olmayan kişi fark etmeksizin herhangi bir kimse olabilir.

---

[1] Öğretide ÖZEK'e göre vatana ihanet; "*Türkiye Vatanının bütünlüğüne ve devletin teşkilâtı esasiye kanunu ile müesses rejimine karşı islenen suçların heyeti umumiyesini ifade eden bir tâbir*"dir (ÖZEK, Çetin: "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", İÜHFM, C:32, S:2-4, Y:1967, sf. 633).

[2] Öğretide BAYRAKTAR, siyasi suçu şu şekilde tanımlamaktadır: "*siyasal iktidarın kullanılmasını, bunun elde edilmesini, bu iktidara etkili olunmasını ve devletin siyasal menfaatlerine ve temel varlığına ilişkin hukuka aykırı fiillerin tümü*", (BAYRAKTAR, Köksal: "Siyasal Suç ve Terör Eylemleri", Türkiye'de Hukuku Yeniden Düşünmek", Derleyen: Haluk İnanıcı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, sf. 142).

[3] Bkz. TCK m. 309'un gerekçesi, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm Erş. 11.06.2023. Aynı yönde: BEYOĞLU, Cem Ümit – KANTARCI, Nurullah: "Anayasayı İhlal Suçu", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 16, Aralık 2020, ss. 681-720, sf. 690. Bu suçla korunan hukuki değere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. YAZGAN, Deniz: "Anayasayı İhlal Suçu (TCK md. 309)", Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programları Enstitüsü, İstanbul 2022, sf. 44-48.

[4] Bkz. TCK m. 310'un gerekçesi, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm Erş. 11.06.2023.

[5] ÖZEK, Çetin: "Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, sf. 258. Ayrıca bkz. ARSLAN, Çetin - AZİZAĞAOĞLU, Bahattin: "Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi," Asil Yayınevi, Ankara 2004, sf. 1252; YETKİN, Erdi: "Türk Ceza Kanunu'nda Hükûmete Karşı Suç", Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, sf. 103; YAZICIOĞLU, İsmail: "Hükümete Karşı Suç", in: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2016/1, ss. 137-158, sf. 140.

[6] ÖZGENÇ, İzzet: "Suç Örgütleri", 14. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, sf. 267; BEYOĞLU - KANTARCI, sf. 691. Bu suçun konusuna ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. YANIKOĞLU, Nuray Beyza: "Türk Ceza Kanununda Anayasayı İhlal Suçu", Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, sf. 47-50; AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: "Anayasayı İhlal Suçu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, ss. 1689-1724, sf. 1694.

[7] Bu suçun konusuna ilişkin açıklamalar için bkz. AKSOY, Zeki: "Yasama Organını Ortadan Kaldırmaya Teşebbüs (Darbeye Teşebbüs Suçuna) Genel Bir Bakış", in: İstanbul Barosu Dergisi, C:84, S:4, İstanbul, 2010, ss. 2093-2112, sf. 2094.

[8] YETKİN, sf. 115. Bu suçun konusuna ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. SÜMER, Fatma: "Hükûmete Karşı Suç (TCK m. 312)", Doktora Tezi (Yayınlanmamış), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021, sf. 43-50.

Her üç suçun da **mağduru**, demokratik bir toplumda barış içerisinde yaşama hakkı ihlal edilen tüm bireylerdir. Bununla birlikte araç suçların mağduru, bu suçların kendisine karşı işlendiği gerçek kişilerdir. Devlet ve organları, suçtan zarar gören konumundadırlar.[9]

Her üç suç bakımından da maddelerde belirtilen amaçlara yönelen, cebir ve şiddet ihtiva eden ve suçun konusu üzerinde somut tehlike doğurmaya elverişli nitelikte (vahamet arz eden) bir **fiilin** işlenmesi gerekmektedir. Bu suçlar, cebir ve şiddet ihtiva ettiği ve maddede belirtilen amaçları gerçekleştirmeye elverişli olduğu sürece her tür fiille işlenebilir.[10]

TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer alan suçların tamamlanabilmesi için araç suçun en azından icra hareketlerine başlanmış olması yeterli olup, araç suçun tamamlanmış olması şart değildir. Bu suçlarda suçun konusunun zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalması, suçun tamamlanması için yeterli görülmüştür.[11] Bu bağlamda her üç suç da **somut tehlike suçu** niteliğindedir. Araç suçun icrasına başlanmasıyla birlikte zikredilen bu maddeler bakımından suçun konusu üzerinde somut tehlikenin doğduğu ve dolayısıyla da bu suçların tamamlandığı kabul edilir. Bu bağlamda örneğin zikredilen maddelerde sayılan amaçlardan birine yönelik olarak bir milletvekilinin öldürülmeye teşebbüs edilmesi halinde fail, hem araç suç niteliğindeki kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hem de tamamlanmış TCK m. 309, m. 311 veya m. 312'den sorumlu tutulacaktır. Araç suçun hazırlık hareketi evresinde kalması halinde ise ne araç suçun ne de amaç suçun oluştuğundan söz edilebilecektir.

Her üç suç da **teşebbüs suçu** niteliğindedir. Bu bağlamda suçun tamamlanması için failin maddede belirtilen amaçlara ulaşması aranmaz. Bu amaçların gerçekleştirilmesine yönelik elverişli/vahamet arz eden bir fiilin işlenmesi, suçun tamamlanması için yeterlidir.

Bu üç suçun birbirinden ayıran temel nokta, bu suçların **manevi unsur**larıdır. Şayet fail Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmayı veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeyi veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeyi amaçlıyorsa 309. maddedeki; Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmayı veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeyi amaçlıyorsa 311. maddedeki; Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmayı veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeyi amaçlıyorsa 312. maddedeki suçun varlığı söz konusu olacaktır. Görüleceği üzere bu üç suç da ancak özel kastla işlenebilecek olup; söz konusu suçların olası kastla işlenebilmeleri mümkün değildir.[12]

Yine bu suçlara **teşebbüs** de mümkün değildir. Araç suçu işlemeye yönelik vahamet arz eden fiilin icrasına başlandığı anda, araç suçun tamamlanması ya da teşebbüs aşamasında kalması fark etmeksizin, amaç suç niteliğindeki bu suçların tamamlandığı kabul edilir.

Maddelerde belirtilen amaçları gerçekleştirmeye yönelik bir fiil işlenmesi hususunda **iştirak** iradeleri mevcut olduğu sürece söz konusu suçlar bakımından iştirakin her şekli mümkündür.[13]

---

[9] TURABİ, Selami: "Terör Örgütleri ve Terör Suçları", Ankara 2018, sf. 475; ÖZGENÇ, İzzet: "Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)", Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, sf. 211; KARCIOĞLU, Nevzat Kaan: "Anayasayı İhlal Suçu (TCK m. 309)", Doktora Tezi (Yayınlanmamış), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2016, sf. 126; SÜMER, sf. 97; ŞAHBAZ, İbrahim: "Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu" 2. Cilt (Madde 150- 345), Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, sf. 3412; YAŞAR, Osman – GÖKCAN, Hasan Tahsin – ARTUÇ, Mustafa: "Türk Ceza Kanunu", Cilt VI, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, sf. 8461.

[10] Fiil konusu, aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

[11] "*Elverişli hareketin belirlenmesinde hareketin ortadan kaldırma veya engelleme neticelerine elverişliliğini değil bu neticeler bakımından tehlike oluşturup oluşturmadığının incelenmesi gerekir. Failin korunan değeri tehlikeye düşürmeye elverişli bir hareketle icraya başlaması yeterlidir.*", Yargıtay 16. CD, E. 2016/5925, K. 2021/3893, T. 14.06.2021.

[12] Aksi yönde bkz. YETKİN, sf. 177.

[13] Yargıtay 16. CD, E. 2015/3, K. 2017/3, T. 24.04.2017.

Her üç suç bakımından da maddelerde sayılan amaçlara yönelik işlenen bir fiille hem araç suçun hem de TCK m. 309, m. 311 veya m. 312'de düzenlenen suçun işlenmesi söz konusudur. Bununla birlikte TCK m. 309/2, m. 311/2 ve m. 312/2'de yer alan düzenlemelerde, amaç suç ile araç suç arasında TCK m. 44 uyarınca fikri **içtima** yapılmasını engelleyen bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler "*Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur*" şeklindedir. Bu düzenleme gereğince fail, hem amacı gerçekleştirmeye yönelik işlediği ve suç teşkil eden araç fiil uyarınca hem de TCK m. 309/1, m. 311/1 veya m. 312/1 uyarınca ayrı ayrı cezalandırılacaktır.[14]

II. TCK M. 309, 311 VE 312'DE DÜZENLENEN SUÇLAR BAKIMINDAN FİİLİN ELVERİŞLİLİĞİ

Madde metinlerindeki "teşebbüs edenler" ifadesi dikkate alındığında, her üç suç bakımından da bu suçların oluşabilmesi için söz konusu maddelerde belirtilen amaçları gerçekleştirmeye **yönelik** (matuf) bir fiilin işlenmesi gerekmektedir.

Bu suçların en temel özelliği, bu suçlarda, bir **"amaç suçun"** ve bir de **"araç suçun"** varlığının söz konusu olmasıdır. Fail, maddede belirtilen amaçları gerçekleştirmek istemektedir ve bu amaçlarını gerçekleştirmek için de "araç suç" niteliğindeki öldürme (m. 81), yaralama (m. 86), yağma (m. 148), mala zarar verme (m. 151) gibi suçları işlemektedir. Failin işlediği araç suçun; failin amacını gerçekleştirmeye "elverişli" nitelikte yani vahamet arz edecek nitelikte yani suçun konusu üzerinde somut tehlike yaratacak nitelikte olduğu kabul edildiğinde, fail hem araç suçtan (kasten öldürme, kasten yaralama, yağma vs.) hem de amaç suçtan (TCK m. 309, m. 311 veya m. 312) ayrı ayrı cezalandırılmaktadır. Burada dikkati çeken husus, amaç suç ve araç suçun "aynı fiille" işlenmesidir. **Araç suçu işlemeye yönelik fiil, aynı zamanda amaç suçun da fiil unsurunu teşkil etmektedir**.

Söz konusu suçlarda esas itibariyle cezalandırılmak istenen, amaçların gerçekleştirilmesine yönelik araç fiil ile ortaya çıkan **yakın netice** (yani öldürme, yaralama, yağma vs. fiilleri) **değil**, araç fiilin işlenmesi ile **suçun konusunun** (yani Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında öngörülen Devletin siyasi yapısına, kuruluşuna ve işleyişine ilişkin düzenin; Türkiye Büyük Millet Meclisi ve onun fonksiyonlarının; Türkiye Cumhuriyeti Devleti Hükûmeti ve bu Hükûmetin fonksiyonlarının) **zarara uğraması tehlikesidir.** Yasa koyucunun düzenlemelerin ikinci fıkralarında amaca yönelik araç fiillerin ayrıca cezalandırılacağını kabul etmesi de bu hususu desteklemektedir.[15]

Yasa koyucunun karşılığından ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının verilmesini öngördüğü bu suçlarda, maddelerde sayılan amaçların gerçekleştirilmesine yönelik **herhangi bir fiil değil,** ancak işlenmesi ile suçun konusu üzerinde bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli nitelikteki fiiller, suçun konusu üzerinde **somut bir tehlike yaratmaya elverişli nitelikteki fiiller** bu maddeler kapsamında değerlendirilecektir. Bu niteliği haiz olmayan fiillerin ise TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer alan suçları oluşturması söz konusu olmayacaktır.

İşlenen fiilin elverişli olup olmadığı, soyut ve genel bir değerlendirme ile değil; ex ante olarak **somut olayın tüm özellikleri** dikkate alınarak hakim tarafından belirlenir.[16] Bu belirleme yapılırken işlenen fiilin niteliği, işleniş şekli, işlenme zamanı, toplumda meydana getirdiği etki, vahamet derecesi, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediği; failin kimliği, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde hareket edip etmediği, örgütteki konumu ve bağlılığı; örgütün amacı, yapısı, niteliği, faaliyet alanı, ülke genelindeki

[14] Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. AYGÜN EŞİTLİ, sf. 1692, 1719.
[15] TOPÇU, Namık Kemal: "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar", Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, sf. 90.
[16] ÖZGENÇ, İzzet: "Anayasayı İhlâl Suçu, Yasama Organına Karşı Suç, Hükûmete Karşı Suç ve Suç İçin Anlaşma Suçu Üzerine Değerlendirmeler", I. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, 23-30 Eylül-2011, sf. 54.

organik bütünlüğü, faaliyetlerinin yoğunluğu, etkinliği, yaygınlığı, eylemlerinin kapasitesi, kısacası örgütün amacı gerçekleştirebilecek elverişliliğe sahip olup olmadığı dikkate alınacaktır.

Fiilin elverişli olarak kabul edilebilmesi için mutlaka zarar suçu niteliğinde olması şart değildir. **Tehlike suçu niteliğinde olması da mümkündür**.

Yine amaç suçu işlemeye yönelik araç suç, icrai bir suç niteliğinde olabileceği gibi **saf veya garantörsel ihmali suç niteliğinde de** olabilir.[17] Araç suçların, Türkiye'de işlenmesi de şart değildir.

Ülkemizde, bu suçların genellikle maddelerde belirtilen amaçlara yönelik kurulmuş terör örgütlerinin (Hizbullah, DHKP-C, FETÖ/PYD gibi) faaliyetleri kapsamında işlendiği görülmektedir. Bununla birlikte bu suçları işlemeye yönelik işlenen araç fiilin mutlaka bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer alan suçların unsuru niteliğinde olmayıp; **bu husus, sadece fiilin elverişliliğinin tespiti ile ilgili bir meseledir.** Bu, Yargıtay'ın TCK m. 309'da (765 sayılı TCK m. 146) düzenlenen "Anayasayı İhlal" suçu ile ilgili vermiş olduğu bir kararında da vurgulanmıştır. Kamuoyunda "Madımak Olayı" olarak bilinen, 2 Temmuz 1993 yılında Sivas'ta yaşanan ve 35 kişinin ölümüyle sonuçlanan olaya ilişkin karara göre;

"...bu suçun işlenmesi için önceden oluşturulmuş bir çete veya örgütün varlığı da zorunlu değildir. Maddede "teşebbüs edenler" deyiminin kullanılmış olması, suçun işlenmesi bakımından şahıs itibariyle ayrım yapılmadığını, korunan değeri zorla ihlal eden bir kimsenin konumuna bakılmaksızın bu suçun faili olabileceğini ortaya koymaktadır".[18]

Fiilin elverişli olarak kabul edilebilmesi için, ancak **cebir ve şiddet** ihtiva etmesi gerekmektedir. 5237 sy TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer alan suçlarda yasa koyucu, bu suçların ancak "cebir ve şiddet" kullanılarak işlenebileceğini öngörmüştür. Burada, "cebir ve şiddet" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

Sözlük anlamıyla cebir, "zor, zorlayış"[19]; anlamına gelmektedir[20]. Öğretide TOROSLU, EREM ve ÖZGEN, cebri, maddi cebir ve manevi cebir şeklinde bir ayrıma tabi tutarak açıklamıştır.[21] Bu yazarlara göre maddi cebir yani şiddet, gerçek veya mefruz bir engeli bertaraf etmek için fiziki enerji ya da güç kullanmayı; manevi cebir yani tehdit ise gerçekleşmesi failin iradesine bağlı olan gelecekteki bir kötülüğü muhtemel göstermeyi ifade etmektedir. Bu yazarların, tehdidi de cebrin içinde değerlendirdiği görülmektedir.

Öğretide ÖZGENÇ'e göre ise cebir, "*bir kişiye halen hissedeceği bir kötülük, tecavüz icrası suretiyle bu veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri (zorlayıcı) bir etki meydana getirilmesidir*".[22] Yazara göre cebir ve tehdit aynı anlama gelmemekte olup; tehdit, kötülüğün ileride meydana geleceği beyanıyla korkutmayı ifade etmektedir.[23] Aynı görüşte olan KANGAL'a göre de cebir, "*fiziksel güç uygulanarak bir başkasının irade oluşturma veya oluşturulan iradeye uygun hareket etme serbestisini ihlâl*

[17] Yargıtay 16. CD, E. 2018/4590, K. 2019/391, T. 15.01.2019; Yargıtay 16. CD, E. 2018/4068, K. 2019/940, T. 04.02.2019.

[18] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1998/9-187, K. 1998/272, T. 07.07.1998, Yargıtay Kararları Dergisi, C: 24, S: 10, Ekim 1998, sf. 1539.

[19] https://sozluk.gov.tr, Erş. T. 13.07.2023.

[20] Cebir kavramına ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. CİHAN, Erol: "Cebir Kullanma Cürmü", Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, sf. 8-9, 63-65

[21] ÖZGEN, Eralp: "Terörizmle Mücadele Yasasının Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, S: 4-5-6, Y: 1991, sf. 399. TOROSLU, Nevzat: "Terörle Mücadele Kanunu", İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, S: 4-5-6, Y: 1991, sf. 391; EREM, Faruk: "Ceza Hukukunda Cebir Kavramı", Yargıtay Dergisi, C: 16, S: 61-62, Y: 1990, sf. 95.

[22] ÖZGENÇ, İzzet: "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", 11. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, sf. 410.

[23] ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf. 411.

edip, onu başka kararlar almaya veya mevcut iradesi yönünde hareket etmesini engelleyerek başka türlü davranmaya zorlamadır".[24]

Arz edilen bu tanımlamalardan yola çıkıldığında cebre ilişkin tanımlamalar arasında bir birlik bulunmadığı, bir kısım yazarların cebri, sadece fiziki güç kullanımı olarak ele aldığı, bazılarının ise hem fiziki güç kullanımını hem de tehdidi kapsayacak şekilde ele aldığı görülmektedir.

5237 sy TCK'daki cebre ilişkin düzenlemelere gelince;

5237 sayılı TCK'nın 28. maddesinde geçen "cebir" kelimesi, iradenin etkilenmesini sağlamak için fiziki güç uygulanması anlamında kullanılmış[25] ve bir kişi üzerinde fiziksel güç kullanılması suretiyle ona suç işlettirilmesi durumunda bu kişinin ceza sorumluluğunun olmayacağı kabul edilmiştir.

5237 sy TCK'nın 108. maddesinde "cebir suçu" düzenlenmiş ve burada da cebir kelimesi fiziki güç kullanma anlamında kullanılmıştır.[26] Söz konusu düzenlemede bir kişiye karşı bir şeyi yapması, yapmaması ya da yapılmasına müsaade etmesi için fiziki güç kullanılması halinde, faile, kasten yaralama suçundan verilecek cezanın üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunacağı kabul edilmiştir.

Cebir kelimesi 5237 sayılı TCK'da birçok suçun içerisinde unsur ya da nitelikli hal olarak kullanılmıştır (TCK m. 80, m. 84/4, m. 102/4 vb.). Söz konusu düzenlemelerde yasa koyucunun madde metninde ayrıca tehdit kelimesine de yer verdiği ve bu bağlamda cebir kelimesini sadece **fiziki güç kullanma** anlamında kullandığı görülmektedir.

Dolayısıyla 5237 sayılı Kanundaki cebre ilişkin düzenlemeler bu dikkate alındığında; bu Kanunun sistematiğinde cebir kelimesinin, **fiziksel güç kullanılması** anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Şiddet kelimesinin sözlük anlamı ise "bir hareketin, bir gücün derecesi, yeğinlik, sertlik", "karşıt görüşte olanlara kaba kuvvet kullanma", "kaba güç", "duygu veya davranışta aşırılık" olarak ifade edilmiştir.[27] Öğretide ÖZEK ve ZAFER, şiddet başlığı altında maddi cebir ve manevi cebir şeklinde bir ayrıma gitmiş ve şiddetin, maddi ve manevi cebri kapsadığını ifade etmişlerdir. ÖZEK'e göre şiddet, "*karmaşık bir nitelik taşıyan, aşırı ölçüde kuvvet kullanılmasıyla gerçekleştirilen ve değişik amaçlara yönelebilen davranışlardır*".[28] ZAFER'e göre de şiddet, "*her ne şekilde olursa olsun hukuka aykırı olarak ve zarar vermek hasara uğratmak için kişi veya şey üzerinde fiziki veya ruhsal baskı uygulayarak kişinin iradi hareketlerinin engellenmesi, aşırı güç kullanımı*(dır)".[29]

Bu suçların mülga **765 sayılı TCK'daki** karşılığına bakıldığında madde metinlerinde "cebren teşebbüs edenler" (m. 146)[30] ve "cebren menedenler" (m. 147)[31] ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

---

[24] KANGAL, Zeynel T.: "Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozma Suçu", CHD, Y: 9, S:25, Ağustos 2014, sf. 43.

[25] GÜLŞEN, Recep: "Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit", Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, sf. 132.

[26] TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖNOK, R. Murat: "Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku", 9. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, sf. 391; ÜZÜLMEZ, İlhan: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları", Turhan Kitabevi, Ankara 2007, sf. 173-174.

[27] https://sozluk.gov.tr, Erş. T. 13.07.2023.

[28] ÖZEK, Çetin: "Terör ve Terörle Mücadele Kanunu", İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, S: 4-5-6, Y: 1991, sf. 361

[29] ZAFER, Hamide: "Ceza Hukukunda Terörizm", 1. bs., Beta Yayınevi, İstanbul 1999, sf. 97.

[30] MADDE 146

(Değişik fıkra: 14.07.2004 t. 5218 s. K. m.1) Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olur.

…

[31] MADDE 147

2003 Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısının ilgili maddelerinde ise "cebren" ifadesinin kullanılmadığı ve sadece "teşebbüs eden" ifadesine yer verildiği görülmektedir (m. 363[32], m. 365[33], m. 366[34]).

İlgili Tasarının **Adalet Komisyonundan** geçmiş şekline bakıldığında ise ilgili maddelerde fiile ilişkin "cebir veya tehdit kullanarak" ifadesine yer verildiği ve bu suçların ancak cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenebileceğinin kabul edildiği görülmektedir (m. 310[35], m. 312[36], m. 313[37]).

İlgili maddelerin **TBMM'de görüşülmeleri esnasında** Komisyondan çıkan bu metinler üzerinde değişiklik yapılmış ve söz konusu maddelerde yer alan "cebir veya tehdit kullanarak" ifadesi çıkarılarak yerine "cebir ve şiddet kullanarak" ifadesi getirilmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesi "*Anayasamızda güvence altına alınmış olan ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında kullanılan hakların, bu suçlar kapsamında değerlendirilemeyeceğinin daha açık bir biçimde vurgulanması ve bu bakımdan ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi için böyle bir değişikliğin yapılması gerekli görülmüştür*" şeklinde ifade edilmiştir.[38]

(Değişik fıkra: 14.07.2004 t. 5218 s. K. m.1) Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren iskat veya vazife görmekten cebren menedenlerle bunları teşvik eyliyenlere ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur.

[32] Anayasayı ihlâl

MADDE 363. - Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usullerle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar.

[33] Yasama organına karşı cürüm

MADDE 365. - Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usullerle Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

[34] Hükûmete karşı cürüm

MADDE 366. - Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usuller ile Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.

[35] Anayasayı ihlâl

MADDE 310. - (1) Cebir veya tehdit kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar.

…

[36] Yasama organına karşı suç

MADDE 312. - (1) Cebir veya tehdit kullanarak Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

…

[37] Hükûmete karşı suç

MADDE 313. - (1) Cebir veya tehdit kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.

…

[38] https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b121m.htm

Söz konusu maddelerde fiile ilişkin bu son değişiklik dikkate alındığında[39] maddelerde geçen **"şiddet" ifadesinin "tehdidi" içermediği** sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda maddede geçen şiddet ifadesinden, **"kaba güç kullanımının"** anlaşılması gerektiği görülmektedir.[40] [41]

Buradan hareketle TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer alan "cebir ve şiddet" ifadesinden, bu suçların, ancak **kaba güç niteliğinde fiziksel bir güç kullanmak suretiyle** işlenebileceği anlaşılmaktadır.[42]

O halde maddelerde geçen "cebir ve şiddet kullanarak" ifadesinden yola çıkarak; amaç suçu işlemeye yönelik olarak işlenen araç suçun, ancak **kaba güç niteliğinde fiziksel bir güç kullanımı ihtiva eden** bir fiil ile işlenebileceği, yasa koyucunun **bu nitelikte olmayan fiilleri, sayılan suçların işlenebilmesi için "vahamet arz edecek nitelikte" yani "elverişli" nitelikte görmediği sonucuna ulaşılmaktadır.** Dolayısıyla bu düzenlemelere göre cebir ve şiddet içermeyen bir fiil, hangi suçun tipikliğini teşkil ederse etsin, 5237 sy TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer alan amaçları gerçekleştirmeye elverişli kabul edilmeyecek; **suçun konusu üzerinde somut tehlike yaratacak nitelikte görülmeyecektir.**

III. ANCAK CEBİR VE ŞİDDET İÇEREN BİR FİİLİN ELVERİŞLİ KABUL EDİLMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Az önce de ifade edildiği üzere söz konusu maddelerde geçen "cebir ve şiddet kullanarak" ifadesinden, cebir ve şiddet içermeyen bir fiilin, 5237 sy TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer alan amaçları gerçekleştirmeye elverişli nitelikte bir fiil olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

Yasa koyucunun bu tür bir tercihte bulunmasının sebebi, **sayılan maddelerde belirtilen amaçların ancak cebir ve şiddet kullanmak suretiyle gerçekleştirilebileceğini değerlendirmesidir**. Bu düşüncede, bir açıdan doğruluk payı bulunmaktadır. Zira bir ülkenin anayasal düzeni, yasama veya yürütme faaliyetleri, gayrimeşru zeminde ancak fiziksel bir güç kullanılarak değiştirilebilir veya engellenebilir.

Bununla birlikte ülkemizde ve sair ülkelerde -gayrimeşru zeminde- anayasal düzeni, yasama veya yürütme faaliyetlerinin değiştirme veya engelleme teşebbüslerinin, ya aralarında örgütsel bağ bulunmamakla birlikte yan yana hareket eden bireylerden müteşekkil geniş topluluklar tarafından ya da -genelde karşılaşıldığı üzere- bu amaçla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştiği görülmektedir. Örneğin Ülkemizde Hizbullah, DHKP-C, FETÖ/PYD gibi örgütler, bu amaçlara yönelik kurulmuş örgütlerdir.

Bu örgütlerden bazıları, amaçları doğrultusunda, üyeleri vasıtasıyla ülkenin kurumlarına sızarak ve sistemin içerisinde gizlenerek, yıllara yayılan bir süreçte adım adım amaçları doğrultusunda hareket edebilmekte, bu amaçlarına ulaşmalarını sağlayacak gayrimeşru nitelikte sayısız fiiller işlemekte ve şartların oluştuğunu düşündükleri an amaçlarına yönelik cebri fiillere başvurabilmektedir.

Bu örgütlerden bazıları ise kaos ortamı yaratmak suretiyle amaçlarına ulaşmayı hedeflemektedir. Bu doğrultuda söz konusu örgütler, genellikle yıllara yayılan bir süreçte üyeleri vasıtasıyla adi suç niteliğindeki kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, mala zarar verme vb. fiilleri işlemektedir. Bu adi suçları işlemelerindeki temel gaye; kamu düzenini bozmak, kamu otoritesini zayıflatmak, toplumda

---

[39] Öğretide ÖZGENÇ ise söz konusu değişikliğin madde metninde bir anlam değişikliğine neden olmadığını ifade etmektedir (ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, sf. 270).

[40] Yargıtay'ın manevi cebri de bu kapsama aldığı kararları mevcut olduğu gibi (Bkz. Yargıtay 9. CD, E. 2013/9110, K. 2013/12351, T. 09.10.2013) sadece maddi cebrin bu kapsamda kabul edilmesi gerektiğini kabul eden kararları da mevcuttur Bkz. Yargıtay 16. CD, E. 2018/7103, K. 2019/1953, T. 21.03.2019; Yargıtay 16. CD, E. 2018/4068, K. 2019/940, T. 04.02.2019). Kararları nakleden: SÜMER, sf. 79-80.

[41] Cebir ve şiddet kavramlarının anlamlarına ilişkin detaylı bir değerlendirme için bkz. SÜMER, sf. 60-81; BEYOĞLU - KANTARCI, sf. 694-700.

[42] Benzer gerekçeler için bkz. YETKİN, sf. 142. Öğretide, cebir ve şiddet ifadesinin, manevi cebri de kapsadığını ileri süren görüşler de mevcuttur (Bkz. AYGÜN EŞİTLİ, sf. 1697).

kargaşa yaratmak, toplumun şiddet yoluyla siyasallaşması ve kutuplaşmasının yolunu açmak, toplumun karşı koyma gücünü felce uğratmak, toplumdaki sefaleti arttırmaktır. Burada önem arz eden şey, örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen araç fiil niteliğindeki bu adi suçların işlenmesiyle ortaya çıkan somut zarar neticesi değil (yakın netice), bu fiilin toplum üzerinde meydana getirdiği etkidir (uzak netice). Fail, işlediği araç fiillerle devlet otoritesinin ülkesinde yaşayan halkın güvenliğini koruma görevini gerçekleştiremediğini, zayıfladığını ve işlerliğini yitirdiği imajını yaratmaya çalışarak devlete olan güveni sarsmayı amaçlamaktadır. Ülkede yaşanan kaos ortamı ve toplumda yaşanan korku ve endişe, yöneticilerde ve halkta istenileni vererek kaos ortamını bitirme iradesini doğurmakta, yöneticileri belli kararları almaya ya da politikalarını değiştirmeye zorlamakta ve bu da idari, siyasi, ekonomik ve toplumsal sistem değişikliklerini sonuçlamaktadır.[43] Bu suretle de söz konusu örgütler, amaçlarına ulaşmış olmaktadır.

Hangi yöntemle hareket ederlerse etsinler burada dikkat edilmesi gereken husus, bu örgütlerin, amaçlarına yönelik faaliyet gösterirken, üyeleri ya da sempatizanları eliyle, **kendilerini amaçlarına bir adım daha yaklaştıracak sayısız illegal eylemde bulunmakta** olduğudur. Bu örgütler, amaçlarına, örgütün faaliyeti kapsamında birden fazla fiilin işlenmesi ile ulaşılabilmekte ve **işlenen her araç fiil, bu bütünün bir parçasını** teşkil etmektedir. Bütünü oluşturan bu fiiller cebri nitelik arz edebileceği gibi arz etmeyebilir de. Burada önemli olan amacın gerçekleşmesine ciddi bir katkı sunmaktır. Bu bağlamda **bünyesinde hareket ettiği örgütün amacına hizmet edecek, amacına yaklaştıracak, hedefe katkı sunacak yoğunluğa ve ciddiyete sahip her fiil, elverişli olarak kabul edilmelidir.**

Az önce de ifade edildiği üzere bir ülkenin anayasal düzeni, yasama veya yürütme faaliyetleri, gayrimeşru zeminde ancak fiziksel bir güç kullanılarak değiştirilebilir veya engellenebilir. Ancak bu durum, maddede belirtilen amaçların gerçekleşmesine yönelik işlenen ve bütünün bir parçasını oluşturan her fiilin de sadece cebri nitelikte işlenebileceği, sadece cebri nitelikteki fiillerin bu tür bir amaca hizmet edebileceği, sadece cebri nitelikteki fiillerin toplumda yankı doğuracak, kamu düzenini bozacak, suçun konusu üzerinde somut tehlike doğuracak niteliğe sahip olabileceği anlamına gelmez. **Bazı fiiller vardır ki fiziksel güç kullanımı niteliğinde olmadığı halde TCK m. 309, m. 311 veya m. 312'deki amaçlara yönelik kurulmuş bir terör örgütünün faaliyetlerine ciddi katkı sağlayacak, örgütü amacına bir adım daha yaklaştıracak nitelikte olabilir.**

Örneğin TCK m. 309, m. 311 veya m. 312'deki amaçlara yönelik kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında Siyasal veya askerî casusluk (m. 328), Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama (m. 329) veya Gizli kalması gereken bilgileri açıklama (m. 330) suçları işlenebilir. Örgütün amacına ciddi katkı sağlayacak ve örgütü hedefine bir adım daha yaklaştıracak bu fiilleri suçun konusu üzerinde somut tehlike yarattığı halde, salt cebir ve şiddet ihtiva etmediği için TCK m. 309, m. 311 veya m. 312 kapsamında görmemek **makul görünmemektedir.**

Bu amaçlara yönelik kurulmuş bir örgütün faaliyeti kapsamında cebir kullanarak bir kişinin cebindeki parasını alma fiilini işleyen fail hem TCK m. 148'de düzenlenen yağma suçundan hem de örgütün amacına göre TCK m. 309, m. 311 veya m. 312'de düzenlenen suçtan ayrı ayrı cezalandırılmaktayken, yağma fiilinden daha vahim bir nitelik arz eden, cezası yağma suçundan daha ağır olan casusluk fiilini işleyen kişinin bu fiilini salt cebri nitelik arz etmediği için TCK m. 309, m. 311 veya m. 312 kapsamında görmemek hakkaniyete uygun olmayacaktır. **Casusluk fiili, yağma fiilinden daha az vahamet etmemektedir**. Bu durum, TCK m. 3'te düzenlenen **orantılılık ilkesine de aykırılık arz edecektir**. Ancak yasa koyucunun TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer verdiği düzenlemelerde bu suçların ancak "cebir ve

[43] Terör eylemlerinin amacına ilişkin açıklamalar için bkz. ZAFER, sf. 82, 94, 99, 103-106; Türkiye ve Terörizm, TBB Yayınları no: 107, Ankara 2006, sf. 179-180; DÖNMEZER, Sulhi: "Milletlerarası Tedhişçilik", İÜHFM, C:XLIV, Sayı: 1-4, Y: 1978, sf. 56; İSEN, Galip Beygü: "Terörizm: Değişik Boyutlarıyla Çağdaş Bir Sorun", DÜHFM, Y: 1983, S: 1, sf. 194.

şiddet" ihtiva eden fiillerle işlenebileceğini belirtmesi, uygulamada bu şekilde bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır:

"Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği, niteliği bakımından gizli kalması gerekli bilgileri temin ederek basın yoluyla açıklamak suretiyle hükûmeti gerek iç kamuoyunda gerekse uluslararası alanda "teröre destek veren bir ülke" konumuna düşürmek istedikleri açık ise de, eylemlerinin maddi cebir içermemesi ve amaç suç bakımından elverişli/vahim eylem kapsamında bulunmaması nedeniyle müsnet suçu oluşturmayacağı yönündeki mahkemenin kabul ve gerekçesinde yukarıda açıklanan ve Dairemizce de benimsenen yerleşik yargı kararları ve doktrindeki hakim görüşler karşısında bir isabetsizlik bulunmamaktadır". [44]

Bu hakkaniyete aykırı ve tutarsız uygulama, yasa koyucunun cebir ve şiddet ifadesine madde metinlerinde yer verirken, bu suçlarda bir araç suç-amaç suç durumunun söz konusu olduğunu ve bu suçların örgütsel bir bütünlük içerisinde işlendiğini dikkate almadığını göstermektedir.

SONUÇ

5237 sy TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer alan düzenlemelerde yasa koyucu, bu suçların ancak cebir ve şiddet kullanılarak işlenebileceğini öngörmektedir. Söz konusu maddelerde geçen "cebir ve şiddet kullanarak" ifadesinden, cebir ve şiddet içermeyen bir fiilin, 5237 sy TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer alan amaçları gerçekleştirmeye elverişli nitelikte bir fiil olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

Yasa koyucunun bu tür bir tercihte bulunmasının sebebi, sayılan maddelerde belirtilen amaçların ancak cebir ve şiddet kullanmak suretiyle gerçekleştirilebileceğini değerlendirmesidir.

Bununla birlikte ülkemizde ve sair ülkelerde -gayrimeşru zeminde- anayasal düzeni, yasama veya yürütme faaliyetlerinin değiştirme veya engelleme teşebbüslerinin, ya aralarında örgütsel bağ bulunmamakla birlikte yan yana hareket eden bireylerden müteşekkil geniş topluluklar tarafından ya da -genelde karşılaşıldığı üzere- bu amaçla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştiği görülmektedir. Örneğin Ülkemizde Hizbullah, DHKP-C, FETÖ/PYD gibi örgütler, bu amaçlara yönelik kurulmuş örgütlerdir.

Bu örgütler, amaçlarına yönelik faaliyet gösterirken, üyeleri ya da sempatizanları eliyle, kendilerini amaçlarına bir adım daha yaklaştıracak sayısız illegal eylemde bulunmakta olup; söz konusu örgütler, amaçlarına, örgütün faaliyeti kapsamında birden fazla fiilin işlenmesi ile ulaşılabilmekte ve işlenen her araç fiil, bu bütünün bir parçasını teşkil etmektedir. Bütünü oluşturan bu fiiller cebri nitelik arz edebileceği gibi arz etmeyebilir de. Burada önemli olan amacın gerçekleşmesine ciddi bir katkı sunmaktır. Bu bağlamda bünyesinde hareket ettiği örgütün amacına hizmet edecek, amacına yaklaştıracak, hedefe katkı sunacak yoğunluğa ve ciddiyete sahip her fiil, elverişli olarak kabul edilmelidir. Zira bazı fiiller vardır ki cebir ve şiddet ihtiva etmediği halde TCK m. 309, m. 311 veya m. 312'deki amaçlara yönelik kurulmuş bir terör örgütünün faaliyetlerine ciddi katkı sağlayacak, örgütü amacına bir adım daha yaklaştıracak nitelikte olabilir. TCK m. 328 vd. düzenlenen casusluk suçları, buna örnek gösterilebilir.

Bu bağlamda TCK m. 309, m. 311 ve m. 312'de yer alan suçların yukarıda arz edilen özellikleri ve işleniş şekilleri dikkate alındığında fiilin elverişliliği bakımından burada esas alınması gereken kriter, "işlenen fiilin, hedeflenen amaca yönelik katkısının yoğunluğu, ağırlığı, ciddiyeti ve bu suretle de suçun konusu üzerinde meydana getirdiği etki" olmalıdır.

[44] Yargıtay 16. CD, E. 2016/6690, K. 2018/604, T. 08.03.2018.

Maddelerde yer alan “cebir ve şiddet” ifadesi, bu maddeler kaleme alınırken, bu suçlarda hedeflenen amaçlara örgütsel bir bütünlük içerisinde ve bir bütünün parçasını teşkil eden sayısız gayrimeşru fiilin katkısıyla varılmaya çalışıldığının dikkate alınmadığını göstermektedir.

Orantılı olmayan cezalandırmalara sebebiyet vermemek ve TCK m. 309, 311 ve 312. maddelerde belirtilen hukuki değerleri daha etkin korumak için, söz konusu maddelerde yer alan «cebir ve şiddet kullanarak» ifadesinin madde metinlerinden çıkarılması ve bunun yerine «fiilin elverişliliğine» vurgu yapacak bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır.

Kaynakça

AKSOY, Zeki: “Yasama Organını Ortadan Kaldırmaya Teşebbüs (Darbeye Teşebbüs Suçuna) Genel Bir Bakış”, in: İstanbul Barosu Dergisi, C:84, S:4, İstanbul, 2010, ss. 2093-2112

ARSLAN, Çetin - AZİZAĞAOĞLU, Bahattin: “Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi,” Asil Yayınevi, Ankara 2004

AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: “Anayasayı İhlal Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, ss. 1689-1724

BAYRAKTAR, Köksal: “Siyasal Suç ve Terör Eylemleri”, Türkiye’de Hukuku Yeniden Düşünmek”, Derleyen: Haluk İnanıcı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015

BEYOĞLU, Cem Ümit – KANTARCI, Nurullah: “Anayasayı İhlal Suçu”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 16, Aralık 2020, ss. 681-720

CİHAN, Erol: “Cebir Kullanma Cürmü”, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978

DÖNMEZER, Sulhi: “Milletlerarası Tedhişçilik”, İÜHFM, C: XLIV, Sayı:1-4, Y: 1978

EREM, Faruk: “Ceza Hukukunda Cebir Kavramı”, Yargıtay Dergisi, C: 16, S: 61-62, Y: 1990

GÜLŞEN, Recep: “Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

İSEN, Galip Beygü: “Terörizm: Değişik Boyutlarıyla Çağdaş Bir Sorun”, DÜHFM, Y: 1983, S: 1

KANGAL, Zeynel T.: “Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozma Suçu”, CHD, Y: 9, S:25, Ağustos 2014

KARCIOĞLU, Nevzat Kaan: “Anayasayı İhlal Suçu (TCK m. 309)”, Doktora Tezi (Yayınlanmamış), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2016

ÖZEK, Çetin: "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFM, C:32, S:2-4, Y:1967 (ÖZEK, Devletin Şahsiyeti…)

ÖZEK, Çetin: “Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967 (ÖZEK, Siyasi İktidar…)

ÖZEK, Çetin: “Terör ve Terörle Mücadele Kanunu”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, S: 4-5-6, Y: 1991 (ÖZEK, Terör…)

ÖZGEN, Eralp: “Terörizmle Mücadele Yasasının Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, S: 4-5-6, Y: 1991

ÖZGENÇ, İzzet: “Anayasayı İhlâl Suçu, Yasama Organına Karşı Suç, Hükûmete Karşı Suç ve Suç İçin Anlaşma Suçu Üzerine Değerlendirmeler”, I. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, 23-30 Eylül-2011 (ÖZGENÇ, Anayasayı İhlal…)

ÖZGENÇ, İzzet: “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 11. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara 2015 (ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler)

ÖZGENÇ, İzzet: “Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005 (ÖZGENÇ, Gazi Şerhi)

ÖZGENÇ, İzzet: “Suç Örgütleri”, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022 (ÖZGENÇ, Suç Örgütleri)

SÜMER, Fatma: “Hükûmete Karşı Suç (TCK m. 312)”, Doktora Tezi (Yayınlanmamış), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021

ŞAHBAZ, İbrahim: “Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu” 2. Cilt (Madde 150- 345), Yetkin Yayınevi, Ankara 2016

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖNOK, R. Murat: “Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku”, 9. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara 2013

TOPÇU, Namık Kemal: “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016

TOROSLU, Nevzat: “Terörle Mücadele Kanunu”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, S: 4-5-6, Y: 1991

TURABİ, Selami: “Terör Örgütleri ve Terör Suçları”, Ankara 2018

Türkiye ve Terörizm, TBB Yayınları no: 107, Ankara 2006

ÜZÜLMEZ, İlhan: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları”, Turhan Kitabevi, Ankara 2007

YANIKOĞLU, Nuray Beyza: “Türk Ceza Kanununda Anayasayı İhlal Suçu”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022

YAŞAR, Osman – GÖKCAN, Hasan Tahsin – ARTUÇ, Mustafa: “Türk Ceza Kanunu”, Cilt VI, Adalet Yayınevi, Ankara 2010

YAZGAN, Deniz: “Anayasayı İhlal Suçu (TCK md. 309)”, Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programları Enstitüsü, İstanbul 2022

YAZICIOĞLU, İsmail: “Hükümete Karşı Suç”, in: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2016/1, ss. 137-158

YETKİN, Erdi: “Türk Ceza Kanunu’nda Hükûmete Karşı Suç”, Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018

ZAFER, Hamide: “Ceza Hukukunda Terörizm”, 1. bs., Beta Yayınevi, İstanbul 1999

ANONİM ŞİRKETLERDE PAY SAHİPLERİ İÇİN KARARLAŞTIRILAN REKABET YASAĞI KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ

Arş. Gör. Dr.Nurdan Balkan*

ÖZET

Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu olan şirkettir. Pay sahipleri, esas sözleşmeyi imzaladıklarında şirkete karşı sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye borcunu ifa etme yükümü altına girerler(TTK m. 329). "Tek borç ilkesi" olarak adlandırılan bu kural gereği bu şirket türünde pay sahiplerinin gerek bu sıfatı devam ederken gerek bu sıfatları sona erdikten sonra rekabet etmeme yükümlülüğüne tabi olacakları kanuni olarak düzenlenmemiştir. Ancak kanunda bu yönde bir düzenlemenin bulunmaması uygulamada bu yönde bir ihtiyaç olmadığı anlamına gelmediği gibi sözleşmesel olarak bu yükümlülüğün tanınmasına engel olacak kanuni bir düzenleme de bulunmamaktadır. Özellikle aile tipi anonim şirketlerinde ve yatırım şirketlerinde pay sahiplerinin kişisel niteliği önem arz ettiği gibi şirketin faaliyet konusu ve pay sahiplerinin yönetime etkin katılımları, pay sahipleri açısından da rekabet yasağının düzenlenmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Bu yönde sözleşmesel bir düzenleme yapılması, gerek diğer pay sahiplerinin menfaatinin korunması gerek şirket menfaatinin korunması için gerekli olabilir. Pay sahibinin rekabet etmeme yükümlülüğünün kanuni dayanağının bulunmaması, sözleşmesel olarak getirilecek bu yükümlülüğün geçerliliği konusunda, sözleşme taraflarının özenli ve dikkatli olmasını gerekli kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, Pay sahibi, Rekabet etmeme yükümlülüğü, Rekabet etme yasağı, Sadakat yükümlülüğü, Tek borç ilkesi, Şirket menfaati.

VALIDITY OF NON-COMPETITION RECORDS WHICH IS DECIDED FOR JİİNT STOCK COMPANY SHAREHOLDERS

ABSTRACT

A joint stock company is a company whose capital is fixed and divided into shares, and which is solely responsible for its debts with its assets. When the shareholders sign the articles of association, they only undertake to fulfill the capital debt they have committed against the company (TCC Art. 329).Pursuant to this rule, which is called the "single debt principle", it is not legally regulated that shareholders in this type of company will be subject to non-compete obligations. However, the absence of such a regulation in the law does not mean that there is no need for this in practice, and there is no legal regulation that would prevent the recognition of this contractual obligation. Particularly in family-type joint stock companies and

* Marmara Üniversitesi İşletme Fakültesi/İşletme Bölümü/İngilizce İşletme Programı Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, nurdan.gurgen@marmara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5518-6656.

investment companies, the personal nature of the shareholders is important, as well as the company's field of activity and the active participation of the shareholders in the management, creates the need for the regulation of the prohibition of competition for the shareholders. It may be necessary to make a contractual arrangement in this direction both to protect the interests of other shareholders and to protect the interests of the company. The lack of a legal basis for the non-compete obligation of the shareholder necessitates the contracting parties to be attentive and careful regarding the validity of this contractual obligation.

Keywords: Joint stock company, Shareholder, Non-compete obligation, Loyalty obligation, Single debt principle, Company interest.

GİRİŞ

Türk şirketler hukukunda rekabet yasağı, başta yöneticiler ve ortaklar olmak üzere belirli kişilerin şirket ile rakip konumuna gelmelerini önlemek amacıyla getirilmiş bir faaliyet yasağı olarak öngörülmüştür. Bu şekilde, bu kişilerin, şirket ile olan bağlantıları sayesinde elde ettikleri bilgileri veya iş fırsatlarını kendilerine menfaat sağlamak uğruna şirket zararına kullanmaları engellenmiş olur. Bu yasak başta şirket amacının gerçekleştirilebilmesi, şirketin varlığını sürdürebilmesi açısından önemlidir[1]. Ancak anonim şirketler bir sermaye şirketi olduğundan pay sahiplerinin kişisel yetenekleri şirket için önemli olmadığından ve pay sahiplerinin, kişi ortaklıklarında söz konusu olan; ortakların müşterek amaç için birlikte çaba harcamaları ve sorumlu bulunmaları, yani *affectio societatis* unsuru bağlamında borçları bulunmadığından, bu şirket türünde pay sahiplerinin gerek bu sıfatı devam ederken gerek bu sıfatları sona erdikten sonra rekabet etmeme yükümlülüğüne tabi olacakları –bir diğer sermaye şirketi olan limited şirket aksine[2]-kanuni[3] olarak düzenlenmemiştir.

---

[1] Yargıtay da bir kararında bu hususu belirtmektedir: "*…rekabet yasağı ile ortaklık amacının gerçekleştirilmesinin kolaylaştırılmasının yanında, bu amacın zarar görmemesi hedeflenmektedir. Ayrıca rekabet yasağıyla, aynı zamanda ortakların, ortaklıkla ilgili olarak elde ettikleri bilgileri ortaklık zararına, ancak kendi menfaatlerine kullanmalarının önüne geçilmek istenmektedir. Buna göre, ortaklık amacına zararlı olan her işlem, rekabet yasağının ihlali sayılmalıdır. Rekabet yasağını ihlal eden ortak ise, bu işlemi nedeniyle diğer ortaklara verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*" Bkz.
Yargıtay 3. HD'nin, 24.01.2017 tarihve E: 2016/310 K:2017/504 sayılı kararı(www.emsal.yargitay.gov.tr).

[2] Kural olarak, limited şirket ortağı rekabet yasağına tâbi değildir. Ancak TTK m.613/2 uyarınca, "*Ortaklar, şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamazlar. Özellikle, kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamazlar. Şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları öngörülebilir*". İlgili madde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 803. maddesinden alınmıştır. Alman hukukunda ise limited şirketlerde rekabet yasağına ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme yer almamaktadır. Bkz. KENDİGELEN, Abuzer: Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.198. Ancak Alman hukukunda, limited şirket ortağının esas sözleşmede hüküm bulunmasa da belirli şartlar altında rekabet yasağına tâbi olacağı kabul edilmektedir. Bkz. CAN, Ozan: "Bilgi Alma ve İnceleme Talebi Müdürler Tarafından Reddedilen Limited Şirket Ortağının Genel Kurulda Oy Kullanıp Kullanamayacağı Sorusu Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, 2015, ss.47-66, s. 52, dn.18.

[3] Ancak doktrinde, kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, ticari işletme devrinde, devrenin kanuni bir rekabet yasağına tabi olduğu kabul edilir. Bu yasağın kaynağı ise TMK m.2 hükmünde yer verilen dürüstlük kuralıdır.

Ancak özellikle aile tipi anonim şirketlerde ve yatırım şirketlerinde pay sahiplerinin kişisel niteliği önem arz ettiği gibi şirketin faaliyet konusu ve pay sahiplerinin yönetime etkin katılımları pay sahipleri açısından da rekabet yasağının düzenlenmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Bu nedenle de uygulamada pay sahipleri sözleşmesel olarak rekabet etmeme yükümlülüğüne tabi kılınmaktadır[4].

I. REKABET ETME YASAĞININ, BAĞLI BULUNDUĞU YÜKÜMLÜLÜK VE PAY SAHİPLİĞİ HAKKI BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

A. Rekabet Yasağının Bağlı Bulunduğu Yükümlülük Bağlamında İncelenmesi

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin rekabet etmeme yükümlüğüne tabi olmamalarının temel gerekçesi, pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğünün bulunmamasıdır[5]. Zira rekabet yasağı, sadakat yükümlülüğünün özel ve somut bir görünümüdür[6].

TTK'da bu konuda açık bir hüküm mevcut olmadığından, anonim şirketlerde pay sahiplerinin, sadakat yükümlülüğüne tabi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğüne tabi olduğunu kabul eder[7]. Pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü bulunduğu görüşüne sahip yazarlar da kendi içlerine ikiye ayrılmaktadır. Bir görüş, sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır, fakat bu onların şirketle rekabet etmesini engelleyecek düzeyde değildir yönünde görüş

Bkz. ÜLGEN, Hüseyin /HELVACI, Mehmet/ KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N.Füsun: Ticari İşletme Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 109; ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 28. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 44-45. Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında, yeknesak uygulamasının da bu yönde olduğunu belirttikten sonra; *"…işletmenin devri, işletmenin en önemli unsuru müşteri çevresinin de alıcıya geçmesine neden olur. Bu itibarla işletmenin devri sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmemiş olsa bile devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme borcu altına girer*" demek suretiyle bu konudaki görüşünü ortaya koymuştur. Bkz. Yargıtay 11. HD'nin 25.05.2006 tarih ve E: 2005/3383 K:2005/6167 sayılı kararı. (Karar için bkz. Batider 2008, C. XXIV, S. 3, s. 543-545). Bir anonim şirket hisse devrinin tamamının gerçek kişilere yapılması halinde aslında bir işletme devri yapıldığı ve bu nedenle burada da ticari işletmenin devrinde kabul edilen rekabet yasağı kuralının uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. Yargıtay 11. HD'nin 11.6.2015 tarih ve E:2014/11565 K: 2015/8187 sayılı kararında yer alan karşı oy yazısı.

[4] Konunun, örtülü kazanç aktarımı açısından da sonuçları bulunmaktadır. Tek veya hâkim pay sahibi yönetici ortağın, ortaklıkla rekabet oluşturan faaliyetlerine izin verilmesi, ortaklığın aslında işin doğası gereği kendisine ait olan bu işlerden elde edebileceği kazançlardan da vazgeçmesi anlamına geleceği ve bu durumun örtülü kazanç aktarımı sayılabileceğine ilişkin bkz. KARAKILIÇ, Hasan: "Sermaye Şirketlerinde Rekabet Yasağından Muafiyet ve Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, S. 216, C. 18, ss.5483-5503.

[5] TTK'da anonim şirketlerde pay sahipleri açısından sadakat yükümlülüğünün açıkça öngörülmemiş olmasının anonim şirket pay sahipleri açısından sadakat yükümlülüğünün kabul edilmediği anlamına gelmeyeceğine ilişkin bkz. SAVAŞ, Fatma Burcu: "Pay Sahiplerinin Anonim Şirkete Karşı Sadakat Yükümlülüğü", *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan,* Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, ss.489-509, s.501-502.

[6] AYAN, Özge: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.148; KARAKILIÇ, Hasan: Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.17.

[7] AKIN, Murat Yusuf: Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, İstanbul 2002, s. 118-132; ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Olgaç Matbaası, Ankara, 1982, s. 227. Bununla birlikte anonim şirketlerde pay sahiplerinin bu yükümlülüğünün şahıs şirketlerinde olduğu kadar yoğun olmadığına ilişkin bkz. NOMER, Füsun: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 16-17, 76-78 KARASU, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 42 vd.

belirtmektedir[8]. Pay sahiplerinin TTK m. 396 kapsamında kanuni bir rekabet yasağına tabi olmamakla birlikte TTK m. 1/1 ve 126 maddesi gereğince adi şirketlerde rekabet yasağını düzenleyen TBK m.626'ya tabi olduğu yönünde bir görüş de mevcuttur[9]. Bir diğer görüş ise sadakat yükümlülüğünü sadece şirkette egemen konumda bulunan pay sahibine yükümler[10]. Ancak pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğüne tabi olmadığını ileri süren çok sayıda görüş de bulunmaktadır[11].

Kanaatimizce pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. TBK'nın 620. maddesinde adi şirket sözleşmeleri için yapılan tanımda öngörülen unsurlar tüm şirket tipleri için geçerlidir. Her şirket ilişkisinde ortakların müşterek bir amacı ve bu amaca ulaşmak için çaba sarfetme iradedeleri *(affectio societatis)* bulunmaktadır. Bu açıdan tüm ortaklar müşterek amacın gerçekleşmesine engel olacak ve şirkete zarar verecek faaliyetlerden kaçınmakla yani şirkete sadakatle yükümlüdür. Şirketlerin hukuki yapısına göre bu yükümlülüğün içeriği ve yoğunluğu değişiklik gösterir. *Affectio societatis* unsuru şirketteki şahıs unsurunun ağırlığına göre güçlenip, zayıflayabilir[12].

[8] NOMER, s. 134; AŞIK, Pınar: "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK m. 396)", 2017/4, *Ankara Barosu Dergisi,* ss.165-202, s.173

[9]AYDOĞAN, Fatih: Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 89.

[10] MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.233-234. Aynı yönde bkz. ANABTAWİ, Iman/ STOUT, Lynn: "Fiduciary Duties for Activist Shareholders", *Stanford Law Review*, vol. 60, no. 5, March 2008, ss. 1255-1308. Özellikle yönetimi belirleme gücünü elinde bulunduran pay sahipleri için bu yükümlülüğün mevcut olduğuna ilişkin bkz. ANABTAWİ/STOUT, s.1266. İngiliz hukukunda hâkim konumdaki pay sahipleri için her durumda geçerli bir sadakat yükümlülüğü bulunmadığına, buna karşılık Amerikan hukukunda bu yükümlülüğün mevcut olduğuna ilişkin bkz. COHEN, Zipora: "Fiduciary Duties of Controlling Shareholders: A Comparative View." *University of Pennsylvania Journal of International Business Law,* vol. 12, no. 3, Fall 1991, ss. 379-410. Konu ile ilgili geniş kapsamlı karar incelemesi için bkz. SCHALLER, William Lynch: "Corporate Opportunities and Corporate Competition in Illinois: A Comparative Discussion of Fiduciary Duties." *John Marshall Law Review*, vol. 46, no. 1, Fall 2012, ss. 1-36. Hakim ortağın, bu konumunu kullanmasıyla, istediği kişiyi yönetim kurulu üyesi olarak seçmesi veya görevden alması ve seçtiği bu kişilere istediği kararları aldırması mümkün olduğundan ve bu kararların şirket menfaatine ve diğer pay sahiplerinin menfaatine aykırı olması mümkün olduğundan bu kişilerin fiili organ olarak adeta şekli yönetim kurulu üyeleri gibi sorumluluklarının bulunması gerektiğine ilişkin bkz. YÜCE, Aydın Alper: "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Fiili Yönetim Organı Anlamındaki Hukuki Sorumlulugu," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 9 (1), Bahar 2022, ss. 243-266, s.262. Kanaatimizce bu durumda, yönetim kurulu üyeleri için geçerli olan rekabet yasağı kurallarının uygulama kabiliyeti bulunmalıdır. Farklı görüş için bkz. PASLI, Ali: "Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu", *İÜHFM,* C. LXVI, S.2,2008, ss. 345-358, s.350-351. Yazar, kontrol sahibi, yönetimi yönlendirme yeteneğini haiz ise de, onun sorumluluğunun temelinin yönetim kurulu üyelerinden farklı bir esasa dayandırılmasının, anonim ortaklık modelinin temel özelliklerinden olan "yönetim - mülkiyet ayrımı" kuralının bir gereği olduğunu, sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olan rekabet yasağının, yani rekabet etmeme yükümlülüğünün, kanunen sadece yönetim kurulu üyelerine yönelik olarak öngörülüp, kontrol sahibi de olsa hiçbir pay sahibinin bu anlamda bir yükümlülüğe tabi kılınmamış olmasının bu durumu teyit ettiğini ifade etmektedir.

[11] FRANKO, Nisim: "Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti", *Batider,* 1985, C. XIII, S. 1, s.13-64, s. 51; AYDOĞAN, 85, 153; GÖKSOY, Yaşar Can: "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı", *DEÜHFD,* C. IX, Özel Sayı, s. 633-681, s. 648

[12] Aynı yönde bkz. KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C.1, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s.61-62.

B. Rekabet Yasağının, Bağlı Bulunduğu Pay Sahipliği Hakkı Bağlamında İncelenmesi

Rekabet yasağının, temel olarak bağlı olduğu yükümlülük sadakat yükümlülüğü iken bağlı olduğu hak ise bilgi alma ve inceleme hakkıdır(TTK m.437)[13]. Zira şirketler hukukunda rekabet yasağının amacı, şirket içindeki konumu nedeniyle şirket sırlarına erişebilen kişilerin sahip oldukları bu hakkı kötüye kullanmalarına engel olabilmektir. Kanun koyucu pay sahibini rekabet yasağına tabi kılmayarak pay sahipleri lehine bir tercih yapmış olsa da menfaatler dengesini sağlamak adına bilgi alma ve inceleme hakkına sınır konulmuştur. TTK m.437/3 uyarınca, pay sahibinin talep ettiği bilginin ticari sır olması halinde bu talebin reddedilebileceği yönünde şirket menfaatini koruyucu bir hüküm getirilmiştir[14].

Bu düzenleme ile talep edilen bilgilerin şirket sırrı içerdiği ve şirketin bu bilgilerin paylaşılmamasında korunmaya değer menfaati bulunduğu ileri sürülerek, bilgi alma hakkının kullanımı sınırlanabilir. Bu noktada ticari sırrın kapsamı belirleyici olacaktır. Doktrinde, bir bilginin ticari sır olarak kabul edilebilmesi için, bu bilginin paylaşılması ile anonim şirketin rekabet gücünün azalması veya bu bilginin kullanılması halinde şirkete zarar verilebilme ihtimalinin bulunması aranmaktadır[15]. Görüleceği üzere, bilgi alma hakkının sınırını, bilginin ticari sır içermesi oluşturmaktadır. Bir diğer ifade ile ticari sır olarak kabul edilmeyen bir bilginin pay sahibi ile paylaşılması sınırlanamaz. Bu nedenle, şirketin, şirket ile rakip olma niyetinde olan bir pay sahibine karşı korumasız olduğunu söylemek mümkündür[16]. Bu noktada şirketin kendisini korumak için elinde bir seçenek daha bulunmaktadır. Bu seçenek, pay sahipleri sözleşmesi ile pay sahipleri açısından rekabet yasağı tesis etmektedir.

---

[13] Bilgi alma hakkı ile rekabet yasağı arasında bağlantı olduğuna ilişkin bkz. BAĞRIAÇIK, Safiye Nur: "Limited Şirkette Bağlılık Yükümü ve Rekabet Yasağı", *İKÜHFD,* 16(2), 2017, ss. 251-271, s.253. Ortakların bilgi alma ve inceleme haklarının şirket sırrıyla sınırlanmış olmasının şirket sırlarını korumaya yetmeyeceği görüşü için bkz. KARASU, Rauf: "Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2004, C. 22, S. 3, ss. 141-174, s. 158.

[14] Her ne kadar şirket sırrı olduğu gerekçesi ile pay sahinin bilgi alma talebi reddedilbilse de pay sahibinin, dışarıdan bu bilgiyi elde etmesi de mümkündür. Bu noktada pay sahibinin herhangi bir şekilde öğrenmiş olduğu şirket sırlarını saklama yükümlülüğüne tabi olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Mülga TTK m. 363/2'de herhangi bir şekilde öğrenilen şirkete ait sırların pay sahipleri tarafından gizli tutulması pay sahipleri için bir yükümlülük olarak öngörülmüşken, TTK'da bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. *Kendigelen*, şirket organlarına şirket sırrı paylaşması konusunda bir takdir hakkı tanındığından; ayrıca pay sahibinin haricen şirket sırlarını öğrenebilmesi mümkün olduğundan, pay sahipleri açısından sır saklama yükümlülüğünün düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 291. Aynı yönde bkz. BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, Bursa, Dora Yayıncılık, 2013, s. 508; 509. *Pulaşlı*, pay sahibinin TTK m.437/4 gereği öğrendiği sırları açıklamamakla yükümlü olduğunu, bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde ise zararın tazmini için TTK m. 527'nin kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedir. Bkz. PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 1548. *Kaya* ise mülga TTK m.363'de düzenlenen sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hüküm anonim şirketin yapısına aykırı olduğunu ve pay sahibinin böyle bir yükümlülüğe tabi olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. KAYA, Arslan: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 256, 257.

[15] DURGUT, Ramazan/KAPLAN, Ahmet Emre: "Anonim Şirket Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt: 13, Sayı: 171, 2018, ss. 23-154, s.138 vd.

[16] *Can,* limited şirketlerde ortak, şirketle rekabet ediyorsa, bilgi alma hakkına ilişkin kanuni sınırlamanın yani, ortağın elde ettiği bilginin şirketin zararına kullanma tehlikesinin varlığının daha sıkı denetime tâbi tutulması gerektiğine ilişkin görüşünü paylaşmıştır. Bkz. CAN, s.55. Aynı görüşün, anonim şirketler açısından da geçerli olabileceğini düşünmekteyiz.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE SÖZLEŞMESEL OLARAK REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KARARLAŞTIRILMASI

A. Esas Sözleşmeye Bu Yönde Açık Bir Hüküm Konulabilir Mi?

1. Genel Olarak

Emredici hükümler ilkesine göre esas sözleşmeyle kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapılabilir(TTK m. 340). Limited şirketler bakımından ana sözleşmeye kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümler konulduğu takdirde bunların bağlayıcı olacağına (TTK m.577/g) ve ayrıca ana sözleşmeyle ortaklara rekabet yasağı getirilebileceğine (TTK m. 613/2) ilişkin açık hükümler bulunmasına rağmen anonim şirketlerde bu yönde hükümler bulunmamaktadır. Esas sözleşmede bu yönde bir düzenleme getirilebilmesi imkânı ile bu yasak tüm pay sahipleri bakımından geçerli olacak ve bu hükümler şirkete sonradan ortak olan bu kişileri de bağlayacaktır[17]. Ancak bu imkân sadece bir diğer sermaye şirketi olan limited şirket açısından tanınmıştır. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin esas sözleşme ile yükümlendiği tek borç, sermaye borcunu ifa olduğundan[18], TTK 480 hükmünün açık ifadesi karşısında, anonim şirketlerde esas sözleşme veya genel kurul kararıyla pay sahipleri açısından rekabet yasağı öngörülemez[19].

Mülga TTK'ya göre kanunda açıkça yasaklanmayan her konu esas sözleşme ile düzenlenebilmekteydi. Bu nedenle mülga TTK zamanında esas sözleşmede yer alan rekabet yasağı kaydının geçerlili önem arz etmektedir. Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'nun 22. maddesine göre, "*anonim şirketler esas sözleşmelerini ve limited şirketler şirket sözleşmelerini, yayımı tarihinden itibaren onsekiz ay içinde Türk Ticaret Kanunuyla uyumlu hâle getirirler. Bu süre içinde gerekli değişikliklerin yapılmaması hâlinde, esas sözleşmedeki ve şirket sözleşmesindeki düzenleme yerine Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."* Bu durumda mülga TTK döneminde

---

[17] BAHTİYAR, Mehmet: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s.13.

[18]DEMİRKOL, Berk: "Paysahipleri Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları", *Duygun Yarsuvat'a Armağan,* s.851-883, s. 854.

[19] TTK m. 480 hükmü karşısında, pay sahipleri için kararlaştırılan sözleşmesel rekabet yasağı hükmünün istisnası TTK'da bulunmadığından, pay sahiplerine rekabet yasağı getiren esas sözleşme hükümleri, tek borç ilkesine aykırılıktan dolayı TTK m. 340 kapsamında geçersiz sayılmalı; ancak pay sahiplerinin rekabet etmeme taahhütleri, pay sahipleri tarafından üstlenilmiş taahhütler olarak Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümler çerçevesinde geçerli kabul edilmelidir. Bkz. GÖKSOY, s. 65; ÖZTÜRK AKKARTAL, Hanife/KANDIRALIOĞLU CUYLAN, Çağla: "Şirketler Hukukunda Yan Sözleşmeler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, ss. 377-419, s.408, dn.96. *Yazar*, Alman hukukunda, şirket esas sözleşmesi ile ortağa sadakat ve rekabet etmeme yükümlülüğünün konulamayacağını ancak büyük ortak yönünden özel bir sadakat yükümünün söz konusu olabileceği veya genel olarak çok sıkı kişisel ilişkilerin bulunduğu şirketlerde esas sözleşmeye bu türden hükümlerin konulabileceğine ilişkin olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından tartışma konusu yapılabileceğini belirtmektedir Bkz. FORSTMOSER, Peter: "Die Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherstellung der Unterwerfung unterAktionärbindungsverträge?", Sonderdruck aus Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz zum 70. Geburtstagvon Rolf Bär, Bern, 1997, ss. 89-106, s.90 dn. 11(Alıntı: ÖZTÜRK AKKARTAL/ KANDIRALIOĞLU CUYLAN, s.408, dn.96.) İsviçre öğretisinde bazı yazarlar esas sözleşme ile pay sahipleri bakımından rekabet yasağı öngörülebileceğini belirtmektedir. Bkz. KARAKILIÇ, Limited Ortaklık, s. 94. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu, anonim ortaklıkta pay sahibi için rekabet yasağı veya sadakat yükümlülüğü öngörmemiştir. Bkz. KAYIŞ, Ferhat: "Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesi Çerçevesinde TTK 421/2-A Bendinin Değerlendirilmesi", *SÜHFD*., C. 30, S. 3, 2022, ss.1211-1252, s.1228, dn.60.

hazırlanan esas sözleşme hükümleri, tanınan süre içinde TTK hükümleri ile uyumlu hale getirilmemiş ise, bu esas sözleşme hükümleri yerine TTK'nın ilgili hükümleri geçerli olacaktır. Bu nedenle de rekabet yasağı içeren bir esas sözleşme hükmü geçersiz olacaktır.

2. Bağlam Hükümleri Aracılığıyla Rekabet Yasağı

Anonim şirketlerde pay devir serbestisi temel bir ilkedir[20]. Bu temel ilke ve istisnası TTK m.490/2'de hükme bağlanmıştır. Buna göre, *"Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler."* Devrin sınırlandırılabilmesi bağlam olarak ifade edilir. TTK m.491'de kanuni bağlam, TTK m.492-498'de ise sözleşmesel bağlama ilişkin kurallar hüküm altına alınmıştır. Çalışmamızda sözleşmesel bağlam aracılığıyla dolaylı olarak rekabet yasağı getirilip getirilemeyeceği incelenecektir. Bu kapsamda, TTK m.493/1-2'nin incelenmesi gereklidir. TTK m.493/1 uyarınca "*Şirket, esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebilir."* TTK m.493/2'de ise "*Pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa, önemli sebep oluşturur."* Burada şirketin hangi hallerde pay devrini haklı sebeple reddebileceği hüküm altına alınmıştır. Bir anonim şirketin paylarının rakibe devrinin, pay devrinin reddi için haklı sebep teşkil edip etmeyeceğinin değerlendirilmesi, çalışma konumuz açısından önem arz etmektedir.

Anonim şirketin paylarının rakiplere veya rakiplerle ilgili kişilere devredilmesinin şirketçe engellenebilmesi hususu tartışmalıdır. Doktrinimizde rakiplere karşı bağlam hükümlerinin öngörülebileceği pek çok yazar tarafından savunulmaktadır[21]. Nitekim anonim şirketin rakibini pay sahibi olarak şirkete kabul edilmesinin beklenemez olduğu ifade edilir[22]. Bu görüş uyarınca, rakibin veya rakibe yakın kişilerin pay sahibi olmaları mevcut pay sahipleri çevresinin bileşimine ve şirketin ekonomik bağımsızlığına zarar verebilecek niteliktedir ve bu gerekçe ile rakiplere karşı pay devrinin sınırlandırılmasında haklı sebep vardır.

Bir diğer incelenmesi gereken konu, pay devrinde, rekabet etmeme yükümlülüğü öngören pay sahipleri sözleşmesine taraf olmayı şart kılmak suretiyle, rakibe pay devrinin engellenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde pay sahipleri sözleşmesine taraf olmayı bir önemli sebep olarak sunmanın mümkün olmadığını savunan görüşler ağırlıklı olmakla birlikte pay sahipleri sözleşmesinin bağlam kurallarına aykırı hükümler getirmediği bir senaryoda bunun mümkün olabileceği de savunulmaktadır. Sözleşmesel bir gizlilik yükümlülüğü veya rekabet etmeme yükümlülüğü yükleyen bir pay sahipleri

[20] TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 149.
[21] TEKİNALP, Ünal: Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları: Pay Defteri Hukuku İle, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.42; UZEL, Necdet: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanuna Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.256-257.
[22] TEKİNALP, Yeni Hukuku, s.153-154. Rakibin pay edinmesine şirketin katlanması gerektiğine ilişkin karşı görüş için bkz. AKIN, Murat Yusuf: Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.58.

sözleşmesine taraf olmanın önemli sebep olarak sunulmasının, şirketin işletme konusuna ulaşması ve işletmenin ekonomik bağımsızlığını koruması anlamında kabul görebileceği savunulmaktadır. Her ne kadar bu sözleşmelerin TTK'da düzenlenmemesinin gerekçesi, bu tür sözleşmeleri şirketler hukukunun dışında tutulmak istenmesi olsa da[23]; kanunda bu sözleşmelerin düzenlenmemesi ihtiyacın olmadığı anlamına gelmemektedir.

Mülga TTK döneminde, herhangi bir sebep ileri sürmeden bağlı nama yazılı payın devrinin şirket tarafından reddedilebildiğinden, payı devralacak olan üçüncü kişilere pay sahipleri sözleşmesine taraf olmak bir şart olarak sunulabiliyordu. Ancak TTK m. 493/2 hükmünden de anlaşılacağı üzere, yeni bağlam sistemi kapsamında pay devrini reddetme imkânı sunan önemli sebepler sadece şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı ile ilişkilendirilir. Buna karşın, doktrinde pay sahipleri sözleşmesine taraf olmayı önemli sebep olarak sunmanın, kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur. Ancak bunun için, pay sahipleri sözleşmesinin bağlam kurallarına aykırı hükümler içermemesi gereklidir. Zira rekabet etmeme yükümlülüğü yükleyen bir pay sahipleri sözleşmesine taraf olmanın önemli sebep olarak sunulmasının, şirketin işletme konusuna ulaşması ve işletmenin ekonomik bağımsızlığını koruması anlamında kabul görebilir bir sebep olduğu savunulmaktadır[24].

B. Pay Sahipleri Sözleşmesinde Rekabet Etmeme Yükümlülüğünün Kararlaştırılması

Çalışmamızın önceki bölümlerinde, emredici hükümler ilkesi gereği (TTK m. 340) esas sözleşmelerde kanunun emredici hükümlerinin dışına çıkılamadığından ve TTK'da pay sahipleri açısından esas sözleşme ile rekabet yasağı getirilebileceği açıkça düzenlenmediğinden, pay sahipleri sözleşmeleri olarak adlandırılan yan sözleşmeler ile pay sahipleri açısından rekabet etmeme yükümlülüğü tanınması ihtiyacı ortaya çıkmıştır[25]. Pay sahipleri sözleşmesi, pay sahipleri tarafından ihtiyari olarak yapılan bir sözleşme niteliğinde olduğundan, pay sahiplerinin iradelerini yansıtması açısından oldukça önemlidir.

Bir borçlar hukuku sözleşmesi olan pay sahipleri sözleşmesini, şirket esas sözleşmesinden ayıran temel özellik bu hukuki işlemin etki alanıdır. Pay sahipleri sözleşmeleri nispi nitelik taşıyan borçlar hukuku sözleşmeleri[26] olarak sadece tarafları açısından bağlayıcı iken, esas sözleşmede yer alan hükümler, şirketin mevcut ve müstakbel ortaklarına karşı hüküm doğururlar. Yani esas sözleşme, pay sahipleri

[23] Bkz. 6102 sayılı TTK m.336 gerekçe.

[24] Konu hakkındaki farklı görüşler için bkz. BİLGE, Kerem: Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.84-85.

[25] GÖKSOY, s.651. *Shareholder agreement* ile rekabet etmeme yükümlülüğünün getirilebileceğini; ancak önemli olanının kapsam ve sınırların belirliliği olduğuna ilişkin bkz. Guest Services Worldwide Limited v. David Shelmerdine Case, Case No: A3/2019/2157 AND A3/2019/2294 https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/85.html

[26] Dolayısıyla bu tür bir esas sözleşme hükmünün geçerliliği tartışması bir yana, geçerli olsa da ancak borçlar hukuku karakterli bir sonuç doğuracağı, yasağa aykırı hareket eden pay sahibinin ortaklıktan çıkarılması veya pay sahipliği haklarından mahrum edilmesi sonucunu doğurmayacağı açıktır. Bkz. PASLI, s. s.351, dn.24. Ayrıca bkz. AYDOĞAN, s. 89 vd.; OKUTAN NILSSON, Gül: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Söz leşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 260-261.

sözleşmelerinin aksine, şirketin tüm ortaklarını ve şirketin organlarını bağlamaktadır. Oysa pay sahipleri sözleşmesi, ancak tarafları açısından bağlayıcı olacaktır[27].

Pay sahipleri sözleşmesi nihayetinde bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan rekabet yasağındaki zaman, yer ve konu hakkındaki sınırlama genel hüküm olan TBK.m.26,27[28] ve TMK.m.23/II çerçevesinde olmalıdır[29]. Bu kapsamda özel hükümlerle düzenlenen sınırlamalar doğrudan uygulama kabiliyetini haiz değildir[30].

Bu yasak TTK'da düzenlenmediğinden ancak borçlar hukuku karakterli bir yaptırım mümkün. Bu kapsamda pay sahipleri sözleşmesinin ihlali ile sadece tazminat ve cezai şart ödeme yükümlülüğü doğabilir. Bunlar dışında, yasağı ihlal eden ortağı, ortaklıktan çıkarma hakkı, çıkma hakkı, ortaklığın feshi gibi haklar tanınamaz. Zira bu haklar şirketler hukuku karakterli haklardır. Ayrıca rekabet yasağını ihlal eden ortağın kendi adına yaptığı işlerin şirket adına yapılmış sayılması ya da üçüncü kişilerin hesabına yapılmış işlemlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasının istenebilmesi de öngörülebilecek yaptırım türü arasındadır. Bunlar dışında rakibe pay devri halinde diğer payların da devri ya da şirket ile rekabet etme halinde payların gerçek değeri üzerinden şirkete devri gibi bir yaptırım yan sözleşmede yer alıyorsa bu hüküm sözleşme serbestisi ilkesi gereği kabul edilmelidir.

C. Pay Devir Sözleşmesi ile Kararlaştırılan Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Şirket faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olan bir pay sahibinin payını devretmesi halinde, rekabet etmeme yükümlülüğüne tabi olacağı devir sözleşmesinde de kararlaştırılabilir. Devir sözleşmesi de TBK m. 26'da yer alan genel prensip olan sözleşme özgürlüğü ilkesine tâbidir. Ancak rekabet etmeme yükümlülüğü, çalışma özgürlüğünü sınırladığı için, kapsamının hukuka uygun belirlenmesi ve her somut olay özelinde değerlendirilmesi önem arz eder. Bu kapsamda şirketten ayrılan ortaklar için öngörülen rekabet yasağının, zaman, konu ve kapsam açısından içeriğine dikkat edilmelidir. Kanuni bir düzenleme olmaması, genel kurallara ve ilkelerle uyumlu bir sınırlama yapılmasını zorunlu kılar.

Rekabet yasağının konu olduğu bir sözleşmede, sözleşmeye taraf olan pay sahibi kendi iradesi ile rekabet etme özgürlüğünü kısıtlamış olsa da devreden tarafın özellikle ekonomik özgürlüğünün fazla kısıtlanması bu sözleşmenin bir kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucuna götürebilir.

---

[27] BİLGE, s.21-22. Bu noktada pay sahipleri sözleşmesine, şirketin de taraf olup olamayacağı tartışmalı olmakla birlikte; kanaatimizce pay sahipleri açısından getirilen rekabet yasağı, şirketin menfaatini korumak adına tesis edildiğinden, şirketin de bu sözleşmede taraf olmasının mümkün ve faydalı olacağı kanaatindeyiz. Ortaklığın bu sözleşmeye taraf olabileceği yönünde bkz. OKUTAN NILSSON, s. 312 ve dn. 109'daki diğer yazarlar. Pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen bir rekabet yasağının ihlali halinde, husumetin sözleşme tarafına yöneltilmesi gerekir. Bir diğer ifade ile pay sahibi rekabet yasağına aykırı olarak rakip bir şirkete ortak/müdür olmuşsa, husumet rakip şirkete yöneltilemez. Benzer şekilde bkz. Yargıtay 11. HD'nin 11.03.2013 tarih ve E: 2012/4953 K: 2013/4667 sayılı kararı.

[28] TBK m. 27 uyarınca bir sözleşme, kanunun emredici hükümlerine aykırı olması halinde geçersiz olacaktır. Bu noktada pay sahipleri açısından rekabet yasağı getirilemeyeceğine ilişkin bir hüküm TTK'da yer almadığından, pay sahipleri sözleşmesi ile bu yönde bir düzenleme yapılması bu açıdan bir geçersizlik nedeni olamayacaktır.

[29] BİLGE, s.10.

[30] TTK ve TBK'da rekabet yasağı ile ilgili çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bkz. TTK m. 123, 230, 231, 311, 396, 613/, 626; TBK m. 553, 626 vs. Örneğin hizmet sözleşmesine ilişkin TBK.m.444-447 arasında yer alan kurallar doğrudan uygulama kabiliyetini haiz değildir. Bkz Yargıtay 11. HD'nin 1.12.2016 tarih ve E: 2015/1170 K: 2016/8563 sayılı kararı; Yargıtay 11. HD'nin 22.9.2014 tarih ve E: 2014/7043 K: 2014/14263 sayılı kararı.

Kelepçeleme sözleşmelerinin oluşup oluşmadığını tespitte, yükümlülük sebebiyle kişinin ekonomik geleceğinin, mesleki ve ticari faaliyet özgürlüğünün ne kadar zedelendiği özellikle araştırılmalıdır. Bu kapsamda özellikle, rekabet yasağı getirilen faaliyet konusunun, şirketin aktif olarak çalıştığı sektörle birebir örtüşmesine, pay sahibinin başlangıçta kontrol sahibi olarak yöneticileri belirleme gücüne sahip olması ve bu kapsamda onlar aracılığı ile ticari sır öğrenebilme kabiliyetinin bulunması gibi somut ve önemli hususların açıkça sözleşmede yer almasına dikkat edilmelidir. Rekabet etmeme yükümlülüğü altında olan kişinin elde ettiği menfaatleri ile yüklendiği edim ölçülmeli ve değerlendirilmelidir.

Öncelikle ifade etmek isteriz ki rekabet yasağı ancak şirketten ayrılan ortağın, ayrılmadan önce öğrenmiş olduğu şirkete ait sırların şirketle rekabette etkisi devam ettiği süre için kararlaştırılabilir. Bir diğer ifade ile edinilen bilgi güncelliğini koruduğu müddetçe bir sınırlama kararlaştırılmalıdır. Zira bu süreden sonra, şirketten ayrılan ortağın şirkete zarar verme tehlikesi sona ermektedir. Kanımızca rekabet yasağının süresi, yasağın kapsamı ve geçerli olduğu yer ile birlikte değerlendirilmelidir. Örneğin konu itibariyle son derece dar bölge için geçerli olacak rekabet yasağı, 2 yıldan daha fazla bir süre için de öngörülebilir. Buna karşılık yer ve kapsamı geniş olan bir rekabet yasağı için 2 yıllık bir süre, uzun bir süre olarak kabul edilmelidir[31].

Rekabet yasağı tesis edilmesine şirket menfaatinden bahsedebilmek için, genel olarak kabul edildiği üzere rekabet etme yasağının zaman, yer ve konu açısından uygun ölçüde sınırlandırılması gerekir[32]. Aksi takdirde rekabet etme yasağı genel ahlâka ve kanuna aykırı olup geçersizdir. Ancak bu tür bir uyuşmazlıkta önemli olan somut olayın özellikleridir. Bu kapsamda Yargıtay, somut bir uyuşmazlıkta 15 yıllık rekabet yasağı öngören sözleşmeyi geçersiz kabul ederken[33], bir başka kararında 15 yıllık rekabet

[31] Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) tarafından bu süre 2 yıl olarak kabul edilmiştir. Bu süreyi aşan rekabet yasağının öngörülmesinde, şirketin korunmaya değer bir menfaatinin olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. KARASU, Rauf: "Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözlesme ile Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı", *Batider,* 22(4), ss.79-98, s.88.

[32] Bkz. Yargıtay 11. HD'nin, 13.5.2013 tarih ve E: 2012/17736 K: 2013/9814 sayılı kararı: "davalının daha önce çalıştığı ilçede sözleşmenin sona ermesinden sonra 2 yıl süre ile mesleğini icra edememesi bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bu hüküm ve dolayısıyla da buna dayalı cezai şart koşulu da geçersizdir." Zira bu durumda pay sahibini pay sahipleri sözleşmesi kapsamında uzun süreler ile rekabet yasağına tabi tutulması, pay sahibinin ekonomik özgürlüğünün elinden alınması anlamına gelecektir ve geçerli olmayacaktır

[33] Yargıtay 11. HD'nin 11.6.2015 tarih ve E:2014/11565 K: 2015/8187 sayılı kararı: Özet:Davacı, davalının devir sözleşmesine göre hisse devredenlerin Antalya il sınırları içerisinde kumanyacılık faaliyeti yapmayacaklarını taahhüt ve karşılığında cezai şart ödemeyi kabul etmesine rağmen, davalının işçisi olan diğer davalıya Antalya Kumanyacılık'ı kurdurtarak onun adı altında kumanyacılık işine devam ettiğini, müvekkilinin teklif götürmüş olduğu gemilere Antalya Kumanyacılık'ın da teklif götürmek suretiyle ve fiyatları da aşağı çekerek iş yapmasını önlediğini, bu şekilde müvekkili şirkete zarar verdiğini ileri sürmüşse de rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin uzun olduğu gerekçesi ile reddedilen kararda konunun, işletme devri mahiyetinde olup olmadığının incelenmesi suretiyle değerlendirilmesi gerektiğini belirten karşı oy yazısı önemlidir. Yargıtay kararında, pay devir sözleşmesinde öngörülen ve fiilen 15 yıl sürecek rekabet yasağının ihlâli için öngörülen cezaî şartın, ekonomik özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte olduğundan geçersiz olduğuna karar vermiştir. Karşı oy yazısında, hissesi devredilen şirketin müşteri çevresinin önemli olduğu taraflarca kabul edilerek, sözleşme özgürlüğü kapsamında bu yönde hüküm konmuş olduğu anlaşıldığından, somut olayda sözleşme ile belirlenen 12 yıllık sürenin makul olduğu, hissesini devreden davalının ekonomik özgürlüğünün haksız olarak kısıtlanmadığının kabulünün gerektiği belirtilmiştir.

yasağı öngören sözleşmeyi geçerli kabul etmiştir[34]. Yargıtay'ın süreden bağımsız olarak tamamen somut olayın koşullarına göre bu konuda karar verdiği görülmüştür[35]. Bu kapsamda süresiz olarak rekabet yasağı öngören sözleşmeyi dahi geçerli kabul ettiği kararları mevcuttur[36].

SONUÇ

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin kanuni olarak, ortak sıfatları devam ederken ya da ortak sıfatları sona erdikten sonra rekabet etmeme yükümlülükleri bulunmamaktadır. Kanunda, pay sahipleri açısından rekabet yasağı öngörülmemesinin gerekçesi, anonim şirketin bir sermaye şirket olması, pay

[34] Yargıtay 11. HD'nin 2.12.2019 tarih ve E:2019/1075 K:2019/7666 sayılı kararı: Özet:Davacı vekili, müvekkilinin, taraflar arasında 15.10.2015 tarihinde akdedilen "Hisse Devri ve Ortaklığın Giderilmesi" sözleşmesiyle, davalı şirkette sahibi olduğu hisselerini davalı şahsa devrettiğini, sözleşmenin "Diğer Koşullar" başlıklı 2. maddesiyle, müvekkiline 15 yıl süreyle ABD ve Kanada'da bulunan şirketlere üretimini yaptığı bazı ürünlerinin satışını yapmama yükümlülüğü getirildiğini ve müvekkilinin rekabet etmemeye ilişkin bu hükme aykırı davranması halinde 1.000.000,00 USD cezai şart ödeyeceğinin öngörüldüğünü, ancak sözü edilen hükmün hukuka aykırı olduğunu zira, sözleşmenin kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olduğunu ve diğer sebepleri gerekçe göstererek dava açılmıştır. İlk derece mahkemesince, davacının Amerika ve Kanada'ya sözleşmede belirtilen cam, mozaik, mermer ürünleri ithal eden bir şirketin hâkim ortağı olduğu da göz önüne alındığında, belirtilen yerlere belirtilen ürünlerin ticaretini 15 yıl süreyle yasaklayan sözleşme hükmünün davacının ticari hayatını engeller nitelikte olduğu, ayrıca sözleşmeyle öngörülen sürenin ve coğrafi sınırların da çok geniş olduğu bu nedenle söz konusu hükmün geçersiz olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesince, hisse devir sözleşmesine konulan rekabet yasağının, davacı tarafından devredilen hisselerin bedelinin tespitinde de etkili olduğu, davacının böylece rekabet yasağı karşılığında hisse bedelini tespit ettiği, bunun sonucunda rekabet yasağı karşılığında bir menfaat sağladığı, bu nedenle taraflar arasındaki sözleşme hükmünün geçersiz kılacak bir neden bulunmadığı, davacı yanca terditli olarak cezai şartta indirime gidilmesi talebinde bulunulmuşsa da, davacının tacir olduğunu ikrar ettiği, tacirlerin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunun 22. maddesi uyarınca, kural olarak cezai şartın fahiş olduğundan bahisle tenzilini istemeyeceği ve diğer sebeplerle, kabulüyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, esas hakkında yeniden hüküm tesis edilmek suretiyle davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir.

[35] Yargıtay 11. HD'nin 24.9.2019 tarih ve E: 2018/502 K: 2019/5746 sayılı kararı; Yargıtay 11. HD'nin 9.4.2019 tarih ve E:2018/5576 K: 2019/2783 sayılı kararı.

[36] Yargıtay 11. HD'nin 28.5.2018 tarih ve E: 2016/12111 K: 2018/3973 sayılı kararı. Özet: Dava, taraflar arasındaki hisse devir sözleşmesinde öngörülen rekabet yasağının ihlali nedeniyle, yine sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın tahsili ve bakiye devir bedeli için düzenlenen bonodan ötürü borçlu olmadığının tespiti istemlerine ilişkindir. Taraflar arasında düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinin süresiz olması, bu sözleşmeyi tek başına geçersiz olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Gerçekten, süresiz bir rekabet yasağı sözleşmesinin, geçersiz olarak nitelenebilmesi için, süresiz olmasının yanında ayrıca kişinin ekonomik özgürlük alanını ölçüsüz bir risk altına sokup sokmadığına, diğer tarafa bağımlı hale getirip getirmediğine bakılması gerekir. Bu nedenle, bir rekabet yasağı sözleşmesinin muhtevası eğer kişiyi ekonomik yönden ağır yükümlülükler altında bırakmıyorsa tek başına sözleşmenin süresiz olması geçersizlik sebebi sayılamamalıdır. Bu durumda, mahkemece, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, taraflar arasındaki rekabet yasağı sözleşmesinin TBK'nın 26. ve 27. maddelerine aykırı olmadığı gözetilerek işin esasına girilip davalının cezai şartın fahiş olduğu yönündeki savunması da dikkate alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Karşı oy: Ticaret şirketlerinde, kanun yahut anasözleşme ile kararlaştırılan rekabet yasağı, kişiyi şirketle ilişkilendiren belirli hukuki sıfatların (ortak, yönetim kurulu üyesi, ticari mümessil vb.) sona ermesi ile kural olarak ermekteyse de, rekabet yasağının, bu sıfatların kaybından sonra da devamına yönelik olarak sözleşme yapılması mümkündür. Ancak, Türk hukukunda ticaret ortaklıklarına dair düzenlemelerde, sözleşme sonrasına yönelik akdi rekabet yasaklarına dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Şu halde, böyle sözleşmelerin, ancak, TBK'nın 27. maddesi çerçevesinde geçerli olabilecekleri söylenebilir. Öğretide, bu husus, böyle sözleşmelerin sınırının kişilik hakları olacağı belirtilmek suretiyle ifade edilmektedir.

sahiplerinin kişisel yeteneklerinin şirket için önemli olmaması, pay sahiplerinin, *affectio societatis* bağlamında borçları bulunmamasıdır. Kanunda, rekabet yasağı açıkça düzenlenmediğinden ve TTK m.340 gereği esas sözleşmeyle kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapılabileceğinden, esas sözleşme ile pay sahipleri açısından rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülemez. Aynı şekilde rekabet yasağına yönelik bir genel kurul kararı da emredici hükümlere aykırılıktan butlan yaptırımına tabi olacaktır.

Ancak kanunda bu yönde bir düzenlemenin bulunmaması borçlar hukuku sözleşmesi ile bir pay sahibinin rekabet etmeme yükümlülüğü üstlenmesine engel değildir. Bu nedenle uygulamada, pay sahipleri sözleşmesi ve pay devri sözleşmelerinde pay sahipleri açısından rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi oldukça yaygın bir uygulamadır. Ancak bu sözleşmeler sadece tarafları açısından bağlayıcı olacağından ve bu sözleşmelerin bir şirket esas sözleşmesi aksine mevcut pay sahipleri yanında gelecekteki pay sahipleri açısından bağlayıcı bulunmaması, bu sözleşmelerden elde edilecek menfaati sınırlamaktadır. Bu noktada, pay devirlerinin rakiplere yapılmasını engellemek suretiyle dolaylı da olsa gelecekteki pay sahiplerinin şirket ile rekabet içinde olmasını engellemek isa sadece bağlam hükümleri aracılığı ile mümkün olmaktadır. Rakiplere pay devrini engelleyen bağlam hükmünün geçerliliği tartışmalı olsa da rakibin veya rakibe yakın kişilerin pay sahibi olmaları, başta şirketin amacının gerçekleşmsine engel olacak nitelikte olduğundan rakiplere karşı pay devrinin sınırlandırılmasında haklı sebep bulunmaktadır.

Pay sahipleri sözleşmesi ile mevcut pay sahipleri açısından öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğünün ve pay devri sözleşmelerinde öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğünün kelepçeleme sözleşmesi mahiyetinde sayılmamasına ve bu gerekçe ile geçersizliğinin ileri sürülmesine engel olunması adına konu, yer ve zaman açısından uygun sınırlamalar içermesine dikkat edilmelidir. Bu tür sözleşmeler hazırlanırken Yargıtay içtihatlarının özenle incelenmesi önem arz eder.

Kaynakça

ANABTAWİ, Iman/ STOUT, Lynn: "Fiduciary Duties for Activist Shareholders", *Stanford Law Review*, vol. 60, no. 5, March 2008, ss. 1255-1308.

AKIN, Murat Yusuf: Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. *(Nama Yazılı Hisseler).*

AKIN, Murat Yusuf: Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, İstanbul 2002. *(Sakadat Borcu)*

ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Olgaç Matbaası, Ankara, 1982.

AŞIK, Pınar: "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK m. 396)", 2017/4, *Ankara Barosu Dergisi,* ss.165-202.

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 28. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 44-45.

AYAN, Özge: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

AYDOĞAN, Fatih: Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

BAĞRIAÇIK, Safiye Nur: "Limited Şirkette Bağlılık Yükümü ve Rekabet Yasağı", *İKÜHFD,* 16(2), 2017, ss. 251-271.
BAHTİYAR, Mehmet: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
BİLGE, Kerem: Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, Bursa, Dora Yayıncılık, 2013.
CAN, Ozan: "Bilgi Alma ve İnceleme Talebi Müdürler Tarafından Reddedilen Limited Şirket Ortağının Genel Kurulda Oy Kullanıp Kullanamayacağı Sorusu Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, 2015, ss.47-66.
COHEN, Zipora: "Fiduciary Duties of Controlling Shareholders: A Comparative View." *University of Pennsylvania Journal of International Business Law,* vol. 12, no. 3, Fall 1991, ss. 379-410.
DEMİRKOL, Berk: "Paysahipleri Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları", Duygun Yarsuvat'a Armağan, s.851-883.

DURGUT, Ramazan/KAPLAN, Ahmet Emre: "Anonim Şirket Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 171, 2018, ss. 23-154.

FRANKO, Nisim: "Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti", Batider, 1985, C. XIII, S. 1, s.13-64.

FORSTMOSER, Peter: "Die Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherstellung der Unterwerfung unterAktionärbindungsverträge?", *Sonderdruck aus Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz zum 70. Geburtstagvon Rolf Bär,* Bern, 1997, ss. 89-106.

GÖKSOY, Yaşar Can: "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı", DEÜHFD, C. IX, Özel Sayı, s. 633-681.

Guest Services Worldwide Limited v David Shelmerdine Case, Case No: A3/2019/2157 AND A3/2019/2294 https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/85.html

KARAKILIÇ, Hasan: Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019. *(Limited Ortaklık)*

KARAKILIÇ, Hasan: "Sermaye Şirketlerinde Rekabet Yasağından Muafiyet ve Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, S. 216, C. 18, ss.5483-5503. *(Rekabet Yasağı)*

KARASU, Rauf: "Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2004, C. 22, S. 3, ss. 141-174. *(İdare Yetkisi Olmayan Ortaklar)*
KARASU, Rauf: "Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözlesme ile Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı", *Batider,* 22(4), ss.79-98. *(Şirketten Ayrılan Ortaklar)*
KARASU, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015(Emredici Hükümler)
KAYA, Arslan: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.
KAYIŞ, Ferhat: "Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesi Çerçevesinde TTK 421/2-A Bendinin Değerlendirilmesi", *SÜHFD*., C. 30, S. 3, 2022, ss.1211-1252.

KENDİGELEN, Abuzer: Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022. *(Türk Ticaret Kanunu)*
KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011. *(İlk Tespitler)*
KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C.1, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
NOMER, Füsun: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.
OKUTAN NILSSON, Gül: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Söz leşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.
ÖZTÜRK AKKARTAL, Hanife/KANDIRALIOĞLU CUYLAN, Çağla: "Şirketler Hukukunda Yan Sözleşmeler", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, ss. 377-419.
PASLI, Ali: "Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu", *İÜHFM,* C. LXVI, S.2,2008, ss. 345-358.
PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014
SCHALLER, William Lynch: "Corporate Opportunities and Corporate Competition in Illinois: A Comparative Discussion of Fiduciary Duties." *John Marshall Law Review*, vol. 46, no. 1, Fall 2012, ss. 1-36.
SAVAŞ, Fatma Burcu: "Pay Sahiplerinin Anonim Şirkete Karşı Sadakat Yükümlülüğü", *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan,* Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, ss.489-509
TEKİNALP, Ünal: Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları: Pay Defteri Hukuku İle, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. *(Bağlam)*
TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015. *(Yeni Hukuku)*
UZEL, Necdet: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanuna Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
ÜLGEN, Hüseyin /HELVACI, Mehmet/ KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N.Füsun: Ticari İşletme Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
YÜCE, Aydın Alper: "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Fiili Yönetim Organı Anlamındaki Hukuki Sorumlulugu," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 9 (1), Bahar 2022, ss. 243-266.
Yargıtay 11. HD'nin 25.05.2006 tarih ve E: 2005/3383 K:2005/6167 sayılı kararı.
Yargıtay 11. HD'nin 11.6.2015 tarih ve E:2014/11565 K: 2015/8187 sayılı kararı.
Yargıtay 11. HD'nin 11.03.2013 tarih ve E: 2012/4953 K: 2013/4667 sayılı kararı.
Yargıtay 11. HD'nin 1.12.2016 taraih ve E: 2015/1170 K: 2016/8563 sayılı kararı.
Yargıtay 11. HD'nin 22.9.2014 tarih ve E: 2014/7043 K: 2014/14263 sayılı kararı.
Yargıtay 11. HD'nin, 13.5.2013 tarih ve E: 2012/17736 K: 2013/9814 sayılı kararı.
Yargıtay 11. HD'nin, 2.12.2019 tarih ve E: 2019/1075 K: 2019/7666 sayılı kararı.
Yargıtay 11. HD'nin, 24.9.2019 tarih ve E: 2018/502 K: 2019/5746 sayılı kararı.
Yargıtay 11. HD'nin 9.4.2019 tarih ve E:2018/5576 K: 2019/2783 sayılı kararı.
Yargıtay 11. HD'nin, 28.5.2018 tarih ve E: 2016/12111 K: 2018/3973 sayılı kararı.
Yargıtay 3. HD'nin, 24.01.2017 tarih ve E: 2016/310 K:2017/504 sayılı kararı.

HAK TEMELLİ KARAR KURMA TEKNİĞİ ve TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KARAR KURMA SORUNU: LAİKLİK ÖRNEĞİ[1]

Dr. Öğretim Üyesi O. Serkan Gülfidan[*]

ÖZET

Anayasa yargısına ilişkin geleneksel yaklaşım uyarınca hükümler hakların ikili/çatallı yapısı temelinde tesis edilir. Örnek olsun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir vakaya dair karar verirken öncelikle ihlal iddiasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altında olan bir hak ile ilgili olup olmadığına ve somut olayda koruma kapsamındaki bir hakka bir müdahalede bulunulup bulunulmadığına bakar (varlık/kapsam testi). Müdahalenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde doğrulanabilir olup olmadığı, yani hakkın/yükümlülüğün sınırları ise kanunilik, meşru amaç ve ölçülülüğün inceleneceği ikinci aşamanın konusudur (sınır testi).

Bir hakka yapılan bir müdahalenin (bir hak sınırlamasının) doğrulanabilirliğinin tetkik edildiği ikinci aşama da kendi içerisinde çatallıdır. İşbu ikinci aşamada yarışan/çatışan (veya yarışmaları/çatışmaları ihtimal dahilinde bulunan) bireysel ve/veya kamusal tüm menfaatlerin karşılıklı olarak değerlendirilmesi ve bunlar arasında optimum dengenin sağlanabilip sağlanamadığının tespit edilmesi lazım gelir.

Hakların/yükümlülüklerin gerçek sınırlarının belirlenmesine yarayacak olan ikinci aşamanın yöntemi "ölçülülük"tür. Ölçülülük bir ön şarttan ve sıralı üç alt unsurdan müteşekkil bir testtir: meşru amaç, elverişlilik, gereklilik ve dengeleme (yahut dar anlamda ölçülülük veya orantılılık). Yani bir hakka yapılan bir müdahalenin (bir hak sınırlamasının) meşru bir amaca dayanması sınırlamanın hukuka uygunluğunun tespiti için yeterli değildir. Sınırlama aynı zamanda elverişli, gerekli ve dengeli de olmalıdır.

Aktarılan hal hakların başkalarının haklarına dair pozitif yükümlülüklerin ifası için sınırlandırıldığı durumlarda bahusus önemlidir. Zira bir kişinin hakkının korunması bir başka kişinin hakkına müdahale edilmesini gerektirebileceğinden "başkalarının haklarının korunması" daima -açık ya da zımni biçimde- bir meşru amaç kategorisi oluşturur. Diğer bir deyişle bir pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesinin bir hakkın sınırlanması bakımından koşullardan bağımsız şekilde meşru amaç olarak kabul edilebileceği söylenebilir. Öte yandan koruma/sağlama yükümlülüğü mahiyetindeki pozitif yükümlülükler negatif yükümlülükler ile kaçınılmaz olarak diyalektik bir ilişki kurarlar. Örneğin bireyleri üçüncü kişilere karşı koruma

[1] İfade etmek iktiza eder ki başlıkta geçen "hak temelli" tabiri hakların kamusal menfaatlere üstünlüğüne vurgu yapmak için kullanılmış değildir. Zira böyle bir kategorik/hiyerarşik üstünlük yoktur. Hukuken soyutta bütün menfaatler eşit değerdedir. Anılan kullanım kamusal menfaatlerin altında da bireysel hakların mevcut olmasına dayanmaktadır. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü kamu düzeni sebebiyle sınırlandırıldığında esasında bireysel haklar yarış içerisindedir. Böyle bir durumda terazinin bir kefesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve diğer kefede ise -mesela- gösteri yürüyüşü dolayısıyla tıkanan trafikte bekleyenlerin seyahat özgürlüğü hakları bulunur.

[*] Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD, osmanserkan.gulfidan@omu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-8590-3350.

yükümlülüğünden doğan ana sorun, bir tarafı korumanın diğer tarafa müdahale etmek anlamına gelmesidir. Burada, yarışan/çatışan menfaatlerin somut bağlamın koşullarında tartılıp dengelenmesinin gerektiği açıktır. Pozitif yükümlülük uğruna yapılan sınırlama meşru olabilir ama ölçüsüz de olmamalıdır. Aksi başka hiçbir inceleme yapılmaksızın bir pozitif yükümlülüğün ifasını hedefleyen her sınırlamanın (mesela çok değersiz bir kalemtıraşı korumak için birinin doğrudan/duraksamadan öldürülmesinin) hukuka uygun olduğunun kabulünü gerektirir.

Bu veçheden bakıldığında "düzenleme bir pozitif yükümlülüğün ifasını amaçlamaktadır ve hal böyle olmakla hukuka aykırı değildir" şeklinde özetlenebilecek olan Türk Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ile alakalı son dönem içtihadı (özellikle E. 2017/180, K. 2018/109 ve E. 2012/65, K. 2012/128 sayılı kararları) aktarılan karar kurma tekniğinden uzağa düşmüş, hukuki meseleyi doğru tavsif edememiş ve hak temelli bir yaklaşımla hukuki bir değerlendirme yapamamış olmakla eleştiriye açıktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Yargısı, Menfaatler Yarışı/Çatışması, Ölçülülük, Laiklik, Din ve Vicdan Özgürlüğü.

GİRİŞ

Klasik/geleneksel anayasa yargısı yaklaşımında hükümler ikili bir yapı ile kurulur[2]. Hükmün ikili -yahut çatallı- bir yapıya dayanması evvela yargı kararlarının iki etaplı olması ile kendisini gösterir: kabul edilirlik incelemesi ve esasa ilişkin inceleme.

Kabul edilirlik incelemesi (varlık/kapsam/tanım testi) incelemeyi yapan organın ağzından çalışmamızı ilgilendirdiği kadarıyla basitçe şöyle ifade edilebilir: "mevcut ihlal iddiası benim kendisine uygunluk denetimi yapmakta olduğum referans norm bloğu tarafından korunmakta mı?". Örnek olsun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir vakaya dair karar verirken öncelikle ihlal iddiasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altında olan bir hak ile ilgili olup olmadığına ve somut olayda koruma kapsamındaki bir hakka bir müdahalede bulunulup bulunulmadığına bakar. Kapsam/varlık testi aşamasında ihlali ileri sürülen kamusal menfaatin yahut bireysel hakkın çerçevesi çizilip içeriği belirlenir. Başka bir anlatımla bu ilk etapta anayasal menfaatin *prima facie* şekilde neyi korumakta olduğu tespit edilir. Bu, hukuki meselenin tespit

[2] Teorik yönü ile bu esasında anayasal hak normlarının yapısından kaynaklanan bir zarurettir ve anayasa yargısı kapsamındaki her meselenin o veya bu düzeyde en azından bir hak normu ile ilişkili olmasının sonucudur. Işbu metin konunun normatif temellerine değgin olmayıp işlevsel boyutu odağına aldığından anılan teorik veçhe çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bu hususta bkz. LETSAS, George : "The scope and balancing of rights: diagnostic or constitutive", *Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Ed. Eva Brems ve Janneke Gerards, Cambridge University Press, New York, 2013, s. 42, 54; BARAK, Aharon*: Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, çev. Doron Kalir, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 19 vd.; GERARDS, Janneke, SENDEN, Hanneke: "The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights", *International Journal Of Constitutional Law*, Cilt: VII, 2009, s. 619-653; GÜLFİDAN, O. Serkan: *Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri -Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*, Yetkin, Ankara, 2021, özellikle s. 286-298.
Hakların ikili yapısı hakkında bahusus bkz. ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, çev. Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2010; GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-* özellikle s. 106 vd.

edildiği, yarış halindeki menfaatlerden birinin belirlendiği, Justitia'nın elindeki terazinin kefelerinden birinin doldurulduğu aşamadır: "anayasa ile korunan x menfaati şudur, bu olay anayasa ile korunan x menfaati ile alakalıdır ve olayda x menfaatine aktif ya da pasif bir müdahalede bulunulmuştur". Bu ilk etabın tekniği yorumdur[3].

Müdahalenin doğrulanabilir olup olmadığı, yani kamusal menfaatin/hakkın/yükümlülüğün sınırları ise kanunilik, meşru amaç ve ölçülülüğün devreye gireceği ikinci aşamanın konusudur (sınır testi). Bir menfaate yapılan bir müdahalenin (bir hak sınırlamasının) doğrulanabilirliğinin tetkik edildiği ikinci aşama da kendi içerisinde -bu kez taraflar bakımından- çatallıdır. İşbu ikinci aşamada bir somut norm denetiminden söz ediyorsak yarışan/çatışan (bir soyut norm denetimi mevzu bahis ise yarışmaları/çatışmaları ihtimal dahilinde bulunan) bireysel ve/veya kamusal tüm menfaatlerin karşılıklı olarak değerlendirilmesi ve bunlar arasında optimum dengenin sağlanabilip sağlanamadığının tespit edilmesi lazım gelir. Sınırlamaların hesaba katıldığı bu ikinci etapta hakkın kesin olarak neyi korumakta olduğu sorulur. Burada işin içine ihlali değerlendirilen menfaat ile yarışan/çatışan menfaatler de dahil olur.

İkinci etabın tekniği ölçülülüktür[4]. Ölçülülük ile yarışan menfaatler karşılıklı olarak ağırlıklandırılır ve somut bağlamda (veya muhtelif somut bağlam senaryosunda) bunlardan hangisinin ağır bastığı tespit edilir. İncelenmekte olan norm meseleyi ağır basan menfaat lehine çözüme kavuşturuyorsa ihlal olmadığına, yok mesele ağır basan menfaat aleyhine çözüme bağlandı ise ihlale hükmedilir[5].

Kısaca ve basitçe bu iki etaplı tetkik ile kefeleri şeffaf biçimde doldurulduktan sonra Justitia'nın/Themis'in terazisi işletilmektedir.

Bu noktada belirtmek lazım gelir ki anayasa yargısında ölçülülük uygulamasının kaçınılmazlığı/mecburiliği ve ölçülülük uygulaması ile şeffaf/nesnel/rasyonel bir menfaat tartısının nasıl işleyeceği (ölçülülüğün nesnelliği ve rasyonelliği)[6] ancak ilk meselenin halledilmesinden sonra anlam ifade edebilecek olan konulardır. Terazinin kefeleri doğru doldurulmaz ise teraziden doğru bir sonuç beklenemeyeceğine göre evvela hukuki sorunu doğru tavsif etmek ve terazinin kefelerini doğru doldurmak gerekir. Son dönemde Türk Anayasa Mahkemesi'nin (bundan böyle "AYM") laiklik hususunda vermiş olduğu kararlar işbu ilk adımın atılamadığı örneklerdendir.

---

[3] GERARDS, SENDEN, s. 625; BARAK, s. 45 vd.

[4] Sistemli bir düşünme biçiminin çerçevesi olan ölçülülük (BARAK, s. 459) asıl olarak hak ve özgürlükler alanında uygulanır ve "sınırlamanın sınırını" teşkil eder (METİN, Yüksel: *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin, Ankara, 2002, s. 20). Bağlam temelli bir standart olan (YÜKSEL, Saadet: *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, Alfa, İstanbul, 2015, s. 245) ölçülülük yarışan çeşitli menfaatler arasında münasip bir denge kurma gereğini ifade eder (Van Dijk, P., Van Hoof, G.J.H.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3. baskı, The Hague, Kluwer Law International, 1998, s. 80.) ve hakların uygun korunma (yükümlülüklerin uygun gerçekleştirilme) düzeylerini belirler (BARAK, s. 4).

[5] ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights;* GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*.

[6] Bu hususlar için bkz. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights;* GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*.

I. İL VE İLÇE MÜFTÜLÜKLERİNE EVLENDİRME MEMURLUĞU YETKİSİ VE GÖREVİ VERİLMESİ MESELESİ ÖRNEĞİ İLE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN LAİKLİKLE ALAKALI SON DÖNEM İÇTİHADI

AYM son dönemde laiklik ile alakalı iki önemli karar almıştır. Bunlardan ilki içerisinde "Kur'an-ı Kerim" ve "Hz. Peygamberimizin hayatı" isimli iki seçmeli dersin ortaokul ve liselerin müfredatına kanuni bir zaruret olarak eklenmelerinin de incelendiği karardır[7]. Daha yakın tarihli olan kararında AYM il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetkisi verilebilmesine ilişkin düzenlemeyi incelemiştir[8]. İncelenen düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı bulunmadığına hükmettiği bu iki kararında da AYM ayniyet düzeyinde benzer mülahazalar izlemiş ve kararlarını aynı iki temel gerekçe ile şekillendirmiştir[9]: "çoğunluk dini" gerekçesi, pozitif yükümlülüklerin ifası gerekçesi.

Kararlar incelendiğinde AYM'nin ısrarla ve vurgulu biçimde düzenlemelerin amaçlarının üzerinde durduğu görülmektedir. Örnek mahiyetinde son karar ele alınırsa AYM özetle ve mealen şunu vazetmektedir: "19.10.2017 tarih ve 7039 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesiyle 25.04.2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasına eklenen ibare ile il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetki ve görevi verilebileceğini öngören dava konusu hüküm İslam Dinine mensup olanlar için evlenmenin dini töreninin gerçekleştirilmesini kolaylaştırmaktadır ve devletin pozitif yükümlülüklerinin ifası niteliğindedir; hal böyle olmakla hukuka aykırı değildir".

Kararın özünü takdim ettikten sonra, AYM'nin kararını nasıl kurmuş olduğuna temas etmeye girişmeden evvel laiklik kavramının üzerinde durmak ve bu suretle incelenmesi gereken hukuki sorunu vasıflandırmak lazım gelir.

A. Laiklik

Laiklik din ve vicdan özgürlüğü hakkının güvencesidir[10]. Din olgusu karşısında farklı konumlanmalarda bulunanlar arasında taraf tutulmaması ve dine ilişkin pozisyonu fark etmeksizin herkese eşit davranılması ile ilgili olan laiklik basit biçimde "kamu makamlarının tümünün bütün inançlara/inançsızlıklara eşit yakınlıkta veya eşit uzaklıkta oldukları bir nizam" şeklinde tanımlanabilir[11].

---

[7] AYM, 20.09.2012, E. 2012/65, K. 2012/128.

[8] AYM, 06.12.2018, E. 2017/180, K. 2018/109. Bu karara ilişkin ayrıca bkz.; GÜLFİDAN, Serkan: "Anayasa Mahkemesi'nin İl Ve İlçe Müftülüklerine Evlendirme Memurluğu Yetkisi Ve Görevi Verilmesi Meselesine İlişkin Kararı Üzerine Bir Not", *Hukuk Defterleri*, Sayı: 18, Mart-Nisan 2019, s. 12-22.

[9] Anılan iki karar arasındaki büyük benzerlik dolayısı ile AYM'nin 20.09.2012 tarih ve E. 2012/65, K. 2012/128 sayılı kararı bu çalışmada ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır. Bu karar hususunda bkz. GÜLFİDAN, O. Serkan: "Anayasa Mahkemesi'nin E. 2012/65, K. 2012/128 Sayı ve 20.09.2012 Tarihli Kararı Üzerine Kısa Bir Not/Anayasa Mahkemesi'nin Peygamberi ve Ayrımcılık Hususunda Yeni Bir Adım", *Anayasa Hukuku Dergisi/Journal of Constitutional Law/Revue de Droit Constitutionnel*, Cilt: 2, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 183-203; GÜLFİDAN, O. Serkan: "Seçmeli Din Dersleri Meselesi ve Anayasa Mahkemesi", İktidar ve Özgürlük İkilemindeki Anayasa Mahkemesi-Üç Yıllık Bilanço Çalıştayı, ANAYASA-DER, Bahçeşehir Üniversitesi, 29.10.2013, *Anayasa Hukuku Dergisi/Journal of Constitutional Law/Revue de Droit Constitutionnel,* Cilt: 3, Sayı: 5, Yıl: 2014, s. 91-106.

[10] AYM, 20.09.2012, E. 2012/65, K. 2012/128; AYM, 13.12.2017, E. 2016/7, K. 2017/171.

[11] SEZER, Abdullah: "Türkiye'de Din-Vicdan Özgürlüğü ve Din-Devlet İlişkisi", *Bülent Tanör Armağanı*, ed. Öget Öktem Tanör, Legal, İstanbul, 2004, s. 561-609, 575-576.

Laiklik AYM tarafından da böyle anlaşılmakta ve iki kurucu prensip ile tanımlanmaktadır: eşitlik, tarafsızlık. AYM'ye göre, "Laiklik, devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan… anayasal bir ilkedir", "Laik devlet… din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran… devlettir"[12]. "Din konusunda inançlarına bakmaksızın tüm yurttaşlara eşit davranan lâik devlette, din ve mezhep farklılığı kişiler arasında hiçbir ayrıma neden olamaz"[13], "… çoğunluk ya da azınlık dinine, felsefi inançlara veya dünya görüşlerine mensup olup olmadıklarına bakılmaksızın, din ve vicdan özgürlüğünün ayrımsız ve önkoşulsuz olarak herkese" tanınması gerekir[14]. Kısaca, "laik bir siyasal sistemde dinî konulardaki bireysel tercihler… devletin… koruması altındadır"[15] ve din olgusuna ilişkin tüm konumlanmalar bu korumadan eşit biçimde yararlanmalıdır.

AYM, inceleme konusu yapılan kararında da yukarıda aktarılanlar paralelinde bir laiklik tanımı vermektedir. Buna göre, "Laik bir siyasal sistemde, dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzları devletin müdahalesi dışında ancak koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi, din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir…. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin ve toplulukların sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri bir hukuksal ve siyasal düzeni tesis etmektir"[16], "Farklı dinî inançlara sahip olanlar ile herhangi bir dinî inanca sahip olmayanlar laik devletin koruması altındadır… Devlet, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır"[17], "Laik devlet, dinler karşısında tarafsız"dır[18].

B. Dava Konusu Düzenlemeden Neşet Eden ve İncelenmesi Lazım Gelen Hukuki Sorun

Dava konusu düzenleme il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetki ve görevi verilebilmesine olanak tanımaktadır. İl ve ilçe müftülükleri Diyanet İşleri Başkanlığı'nın taşra teşkilatı içerisinde yer alır (633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun md. 8). Diyanet İşleri Başkanlığı'nın görevi ise "İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek"tir (633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun md. 1). İl ve ilçe müftülükleri de kendi bölgeleri içerisinde bu görevleri görür. Tabiatıyla düzenleme açık biçimde mevzuat itibarıyla İslam Dinine müteallik hizmetleri/müesseseleri yönetmekle vazifeli olan din görevlilerine evlendirme memurluğu yetki ve görevi verilebilmesini düzenlemektedir.

Böylece kanun -en azından- İslam Dinini benimseyenler bakımından evlenmenin dini töreninin gerçekleştirilmesini kolaylaştırmış olmaktadır. Zira evlendirme memurluğu yetkisi zaten bir din görevlisi tarafından kullanıldığına (resmi nikah bir din görevlisince kıyıldığına) göre evlendirme işlemini takiben ilgililerin dini merasim için başkaca bir yere gitmelerine de lüzum kalmayacaktır.

Altını çizerek belirtmek gerekir ki somut olayda olduğu gibi laikliğe aykırı bulunduğu ve din ve vicdan özgürlüğü bakımından ayrımcılık oluşturduğu ileri sürüldüğünde düzenleme çerçevesinde irdelenmesi lazım gelen hukuki sorun başlı başına kanunla evlendirme yetkisinin müftülüklere verilebilmesine imkân tanınmış olması değildir. Tek başına/çıplak olarak ele alındığında bu zaten bir sorun da değildir. Sorun

[12] AYM, 20.09.2012, E. 2012/65, K. 2012/128.
[13] AYM, 07.03.1989, E. 1989/1, K. 1989/12.
[14] AYM, 05.06.2008, E. 2008/16, K. 2008/116.
[15] AYM, E. 2016/7, K. 2017/171, 13.12.2017, R. G. Tarih-Sayı: 17.1.2018-30304.
[16] AYM, 06.12.2018, E. 2017/180, K. 2018/109, para.13.
[17] Ibid., para. 14.
[18] Ibid., para. 16.

İslam Dinine ilişkin hizmetleri yönetmekle görevli olanlara verilebilir kılınan bu yetkinin mesela papazlara, hahamlara, vs. verilemiyor oluşudur. Diğer bir anlatımla, sorun, evlenmenin dini merasiminin gerçekleştirilmesinin evlenmeyi dini bir törene bağlayan (yahut evlenmeyi dini bir törenle ilişkilendiren) tüm konumlanmalar için değil yalnızca İslam Dinini benimseyenler açısından kolaylaştırılmış olmasıdır.

AYM'nin kanunun getirdiği imkândan yararlanacak olanlara değinmekle yetinmemesi, bilakis böyle bir imkândan mahrum bırakılmış olanlar açısından hak temelli bir inceleme ve tartma yapması gerekir. Peki AYM ne yapmıştır?

C. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Kararda AYM ısrarla ve yalnızca hükmün amacının üzerinde durmuştur. Pozitif yükümlülüğü "devletin din özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması" şeklinde izah eden[19] AYM, kuvvetle ve defaatle aynı hususu vurgulamaktadır: "Dava konusu kuralla İslam dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek amacıyla faaliyette bulunan Diyanet İşleri Başkanlığının taşra teşkilatı olan müftülüklere evlendirme memurluğu yetkisi verilerek toplumun büyük çoğunluğunu oluşturan İslam dinine mensup bireylerin resmî evlilik işlemleri gerçekleştikten sonra aynı ortamda evlenmenin dinî törenini de yaptırmalarına imkân tanındığı görülmektedir. Böylece evlendirme memurluğu yetkisi verilen müftülük görevlileri, Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre resmî evlilik işlemlerini gerçekleştirdikten sonra tarafların talebine göre aynı ortamda evlenmenin dinî törenine de iştirak edebilecektir. Bu yönüyle kuralın İslam dinine mensup bireylerin din ve vicdan özgürlüğü kapsamında olan evlenmenin dinî töreninin yapılmasını kolaylaştırmaya yönelik bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır"[20], "il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetkisi verilmesi… evlenmenin dinî töreninin yapılmasını kolaylaştırmak suretiyle bireylerin din ve vicdan özgürlüğünü koruyucu bir işlev… görmektedir"[21], "Dava konusu kural, İslam dinine mensup bireyler tarafından din ve vicdan özgürlüğü kapsamında bir ihtiyaç olarak görülen dinî törenin yapılmasını kolaylaştırmaya yönelik bir düzenleme niteliğindedir"[22].

Anılan yoğun üsteleme dolayısıyla kararda başkaca bir hususu incelemeye yer kalmamıştır. İnceleme dışı kalan konulara hukuki sorunun kendisi de dahildir.

AYM mealen şunu söylemektedir: dava konusu hüküm İslam Dinine mensup olanlar için evlenmenin dini töreninin gerçekleştirilmesini kolaylaştırmaktadır ve devletin pozitif yükümlülüklerinin ifası niteliğindedir.

Gerçekten de her bir hak mecburi olarak bir yükümlülükler demeti ile karşılanır ve bir hakkın gerçekleştirilmesi -negatif ve pozitif yükümlülüklerin bir birleşimini oluşturan- bu yükümlülükler demetinde yer alan bütün mütekabil yükümlülüklerin birlikte ifa edilmelerine bağlıdır[23]. Pozitif

[19] Ibid., para. 15.
[20] Ibid., para. 25.
[21] Ibid., para. 26.
[22] Ibid., para. 31.
[23] SHUE, Henry: *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, 2. Baskı, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1996, s. 53.

yükümlülükler[24] bireyin/hakların aktif biçimde korunması özü üzerine temellenir[25] ve hak normunun gereğinin yerine getirilebilmesi için devleti aktif bir tavır ile yükümlendirir[26]. Hiç kuşku yok ki devletin -her hak normu bakımından olduğu gibi- din ve vicdan özgürlüğü normuna karşılık gelen pozitif yükümlülükleri de mevcuttur[27] ve elbette anılan düzenleme bu hususta pozitif yükümlülüklerin ifası mahiyetini taşımaktadır.

Ne var ki mesele bu değildir. Yukarıda aktarılmış olduğu gibi, incelenmesi gereken hukuki mesele, -İslam Dinini benimseyenler açısından bir kolaylaştırma sağlanması değil- İslam Dinini benimseyenlerin yararlandıkları bu kolaylıktan -evlenmeyi dini bir törenle ilişkilendiren - dine dair diğer konumlanmaların yararlanamıyor oluşudur.

Hak temelli bir bakışla ve -bağlamın ilişkili tüm unsurlarını kapsayacak- bağlam odaklı bir inceleme ile durumu laikliğin kurucu unsurları olan eşitlik ve tarafsızlık prensipleri çerçevesinde tetkik etmesi lazım gelen AYM düzenlemenin getirdiği imkâna (ve imkândan yararlanacak olanlara) yoğunlaşmakla yetinmiş ve asıl değerlendirmesi gereken hususu değerlendirmeye almamıştır. Bu terazinin kefelerinden birinin boş bırakılması anlamına gelmekle açık bir karar kurma sorununa işaret etmektedir.

II. BAY YANLIŞ VE DOĞRU AHMET: DOĞRU KARAR KURMA ÖRNEKLERİ İLE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KARAR KURMA SORUNU

Genel bir anlatımla yargı kararları bir tartının kurulup işletilmesi olarak tarif edilebilir. Anayasa yargısını gerçekleştiren organ aktif ya da pasif müdahaleye maruz kalan (sınırlandırılan) hakkı ve bu hak ile yarışmakta olan menfaatleri (olaya özgü meşru sınırlandırma sebeplerini: bireysel hakları ve/veya kamusal menfaatleri) karşılıklı olarak tartıya çıkarıp tartmalıdır.

Öncelikle hangi hakkın aktif ya da pasif bir müdahale ile sınırlandırılmış olduğu tespit edilir. Buna "X hakkı" diyelim. Sonra x hakkının hangi meşru menfaat uğruna sınırlandırılmış olduğu belirlenir. Buna da "Y menfaati" diyelim. Bir kefede X hakkının ve diğerinde de Y menfaatinin yer bulması ile tartı kurulmuş olur. Peşinden sonuca varmak için tartı ölçülülükle işletilir: X hakkının böylelikle sınırlandırılmasının Y menfaatine bir katkı sunup sunmadığına (elverişlilik), Y menfaatine aynı düzeyde erişilmesini sağlarken X hakkını daha az sınırlandıracak bir alternatifin var olup olmadığına (gereklilik) ve nihayet karşılıklı olarak değerlendirildiğinde Y'nin kazancının (yararın) X'in kaybını (zararı) doğrulayıp doğrulamadığına

[24] Pozitif yükümlülüklerin düşünsel zemini, yapısal temelleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde pozitif yükümlülüklerin gelişimi hakkında ayrıntılı malumat için bkz. GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*, s. 37-311.

[25] BARAK, s. 423; XENOS, Dimitris: *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London & New York, 2012, s. 187.

[26] BORELLİ, Silvia: "Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights", *Interights Bulletin*, Cilt: XV, Sayı: 3, 2006, s. 101.

[27] Belirtelim ki kararda AYM laikliğin devlete pozitif yükümlülükler yüklediğinden söz etmektedir; AYM, E. 2017/180, K. 2018/109, 06.12.2018, R. G. Tarih -Sayı: 23.01.2019–30664, para. 15. Oysa pozitif yükümlülükler laiklik ilkesi ile değil doğrudan doğruya din ve vicdan özgürlüğü ile ilişkilidir. AYM'nin bu yaklaşımına ilişkin bir değerlendirme için bkz. GÜLFİDAN, "Seçmeli Din Dersleri Meselesi ve Anayasa Mahkemesi", özellikle s. 96-97.

(oranlılılık/dar anlamda ölçülülük/dengeleme) bakılır[28]. Böylelikle yarışan menfaatlerden somut bağlamda ağır basan tespit edilmiş olur. İnceleme konusu norm meseleyi ağır basan menfaat lehine çözüme kavuşturuyorsa sınırlama bir ihlale sebebiyet veriyor değildir, yok mesele ağır basan menfaat aleyhine çözüme bağlandı ise sınırlama hak ihlali anlamına gelmektedir[29].

Müdahaleye maruz kalan hak görmezden gelinirse tartı işleyemez, hem müdahaleye maruz kalanı görmezden gelmek ve hem de müdahale sebebini doğru tespit edememek sorunu daha da derinleştirir. Böylelikle kurulan bir karar hukuki addedilemez çünkü bir tartma/değerlendirme içermemektedir.

AYM'nin laiklik ile alakalı son dönem içtihadı tam da bu terazinin kurulamadığı kararlara örnek oluşturmaktadır: terazinin kefelerinden birini tümüyle boş bırakmış olan AYM diğer kefeye de yanlış menfaati çıkarmıştır. Laiklik ile alakalı son dönem içtihadında AYM kefelerden birini boş bırakmış, kefelerden birinde evlenmeyi dini bir törenle ilişkilendiren diğer dini konumlanmalarda bulunanların din, vicdan özgürlüklerinin bulunması gerektiğini es geçmiştir. Dahası bu kararlarda ikinci kefe de yanlış doldurulmuştur. Sınırlandırılan menfaat değerlendirilmeye alınmayınca bunun sınırlandırılmasına ilişkin sebep de elbette ortaya koyulamamıştır. Kararlardaki vurgu ikinci kefeye İslam dinine mensup olanların din ve vicdan özgürlüklerine dair bir pozitif yükümlülüğün çıkarılmış olduğu izlenimine yol açmaktadır.

Halbuki olayda ihlali ileri sürülen menfaat İslam dini haricinde evlenmeyi dini bir törenle ilişkilendiren dinlere mensup olanların din ve vicdan özgürlükleridir. Bir yanda bunun bulunması gerekir. Diğer yanda da bu hangi gerekçe ile sınırlandırılmışsa o yer almalıdır. Terazide bir yanda sınırlandırılan hak, diğer yanda uğruna sınırlama yapılan meşru menfaat bulunmalı ve bunlar karşılıklı olarak tartılmalıdır. Herhalde bir hıristiyanın papaz karşısında evlenemiyor olmasının nedeni bir müslümanın ilçe müftülüğünde evlenebiliyor olması değildir.

Bu sınırlamanın nedeni pek çok şey olabilir. Örneğin devletin idari yapısı/organizasyonu/yeterliliği ve mali imkanları pozitif yükümlülüklerin sınırlanması bakımından meşru amaç teşkil eder[30]. Haliyle İslam dini haricindeki dinlerin din görevlilerinin memur olmamaları sınırlamanın sebebi olabilir: bu kişilerin memur yapılmalarından doğacak olan mali yükü yüklenmek istememek (devletin mali imkanları) meşru bir sınırlama sebebi sayılabilir. Yahut bu kişilerin memuriyet statüsüne alınmadan evlendirme memurluğu yapmaları halinde ortaya çıkabilecek idari kargaşadan kurtulmak (idari yapı/organizasyon/yeterlilik) meşru bir sebep olabilir[31]. Ne var ki Müslümanlar müftü karşısında evlenebilirken Hıristiyanların papaz karşısında

[28] Ölçülülüğün bu son aşamasında bir yarar-zarar mukayesesi yapılır. Y menfaati uğruna X'i sınırlandırdığımızda Y bir şey kazanmakta ve X bir şey kaybetmektedir. Sınırlamanın orantısız olmaması karşılıklı olarak değerlendirildiğinde yararın zararı doğrulamasına (yararın zarardan fazla olmasına) bağlıdır.

[29] ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights;* GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*.

[30] GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*, s. 152, 195.

[31] Dikkat çekmek gerekir ki bu henüz tartının kurulduğu aşamadır. Hükme varılmasını yarışmakta olan menfaatlerin karşılıklı olarak ağırlıklandırılmaları suretiyle tartının işletilmesi sağlayacaktır. Yani meşru bir sebebin varlığı sınırlamanın hukuka uygunluğunu tespit etmeye yetmez; sınırlama meşru bir sebebe dayandığı gibi ölçüsüz de olmamalıdır.

evlenememeleri ile kendisini gösteren sınırlamanın sebebi sureti katiyede Müslümanların müftü karşısında evlenebiliyor olmaları olamaz.

Hasılı -şayet bir tartı barındırıyorsa- AYM'nin laiklikle ilgili son dönem kararları ilk kefenin boş bırakıldığı ve ikinci kefenin de yanlış doldurulduğu tartılara dayanmaktadır. Bu durumda AYM'nin sözü edilen karar kurma usulü "yanlış kare" olarak tanımlanabilir. Yanlış tartıdan doğru sonuç beklenemeyeceği açıktır. "Yanlış kare" tartı doğru sonucu evleviyetle veremez.

Bu noktada biri farazi iki örnek üzerinde durmak AYM'nin karar kurma usulünün ayakları üzerine nasıl dikilebileceğini görebilmek için yararlı olabilir.

A. Farazi Bir Örnek[32]

Laik bir nizamda nüfusun yüz binde birinin Hinduizmi benimseyenlerden (Hindulardan) oluştuğunu ve yüzde doksanının da Müslüman olduğunu varsayalım. Hindular -halihazırda belli başlı noktalarda etkin biçimde kullanılmaya müsait tesisler bulunduğu halde- ölü yakma törenlerini gerçekleştirebilmek için her ilçede bir tesis kurulmasını talep etse ve bu yerine getirilmese pozitif yükümlülüğün ifa edilmemesi dolayısıyla din ve vicdan özgürlüğü ihlal edilmiş olmayabilir. Diğer taraftan her ilçede bir cami olmaması İslam dinini benimsemiş bulunanlar için din ve vicdan özgürlüğünün ihlali anlamına gelebilir. Yani bu örnekte devletin her ilçeye cami inşa etmemesi ile her ilçeye ölü yakma tesisi kurmaması elbette farklı şeylerdir. Ne ki, burada farklı muameleyi (farklı muamele oluşturan pasif müdahaleyi[33]) doğrulayan başlı başına/tek başına/yalnızca/çıplak olarak Hinduizmi benimseyenlerin azınlıkta olmaları değildir. Sonuca bağlamın ölçülülük uygulaması çerçevesinde değerlendirilmesi ile erişilecektir. Ölçülülük bir ön şarttan (meşru amaç) ve üç unsurdan (elverişlilik, gereklilik, dengeleme - ya da dar anlamda ölçülülük veya orantılılık-) müteşekkildir. Bu dört adımdan herhangi birinde takılması halinde, yapılan/yapılmayan, ölçülü (hukuka uygun) değildir.

Hukuka uyarlığın temin edilebilmesi için evvela her ilçeye ölü yakma tesisi kurmamak suretiyle din ve vicdan özgürlüğüne yapılan pasif müdahalenin bir meşru amacı bulunmalıdır[34]. Verili örnek çerçevesinde -örneğin- mali olanakların pasif müdahale ile hakkın sınırlanması bakımından meşru amaç oluşturduğu düşünülebilir. Bir hakkın korunması belli bir maliyeti de gerektirebileceğinden mali imkanlar/imkansızlıklar pozitif yükümlülükler bakımından meşru amaç teşkil eder[35]. Bu durumda, meşru amaç, kaynakları tasarruflu kullanmak/devlet maliyesine ek yük getirmemektir.

---

[32] Örneğin ilk olarak kullanıldığı yer için bkz. GÜLFİDAN, "Anayasa Mahkemesi'nin İl Ve İlçe Müftülüklerine Evlendirme Memurluğu Yetkisi Ve Görevi Verilmesi Meselesine İlişkin Kararı Üzerine Bir Not", s. 16-17.

[33] "Müdahale" terimi yalnızca eylemde bulunmak suretiyle sınırlamayı değil ama aynı zamanda harekete geçmeyerek hakka tesir etmeyi de kapsar; aktif müdahale negatif yükümlülükler ile, pasif müdahale ise pozitif yükümlülükler ile ilişkilidir; SUDRE, Frédéric:"Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *Revue Trimenstrielle des Droits de l'Homme*, Sayı: 1995/23, 1995, s. 369 vd. "Pasif müdahale" kavramı için bkz. GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*, s. 300-304.

[34] Meşru amaç kategorileri için bkz. BARAK, s. 260-277.

[35] Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, "Soobramoney v. Minister of Health", 1998 (1) SA 765 (CC), (Çevrimiçi) http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html, 10.03.2019; karar ile ilgili ayrıca bkz. BARAK, s. 264-265. Mali

Meşru amacın bulunduğu hallerde elverişlilik incelemesine geçilir. Elverişlilikte, yapılan/yapılmayan işlemin, eylemin/eylemsizliğin, alınan tedbirin, kısaca sınırlamanın meşru amaca ulaşmak bakımından uygun olup olmadığı denetlenir. Sınırlama aracı ile varılmak istenen meşru amaç arasında rasyonel bir bağ bulunmalı ve araç ulaşılmak istenen amaca kısmen de olsa bir katkı sağlamalıdır[36]. Ölü yakma tesislerinin kurulmaması maliyeye ek yük getirmeme amacına hizmet ettiğinden elverişlilik aşaması geçilecek ve gereklilik aşamasına varılacaktır.

Gereklilik, meşru amacı aynı düzeyde gerçekleştirirken terazinin diğer kefesindeki menfaati daha az sınırlandıran bir araç mevcut ise bunun seçilmesini şart koşar. Pozitif yükümlülükler sahasında bu testin gereklerinin karşılanması için hakka daha iyi bir koruma temin ederken meşru amacı aynı etkide gerçekleştiren bir alternatif bulunmamalıdır[37]. Örnek alınan olayda meşru amacı eşit düzeyde sağlayacak (devlet maliyesine hiç ek yük oluşturmayacak) ve aynı zamanda Hinduların din ve vicdan özgürlüklerinin gerçekleştirilmesine de daha fazla hizmet edecek bir alternatif yok ise ölü yakma tesislerinin kurulmaması gerekli sayılacak ve dengelemeye geçilecektir.

Ölçülülüğün son aşamasını oluşturan dengeleme sınırlandırmanın ulaşılmak istenen amaç ile orantısız olmamasını ifade eder. Burada, haklarda vuku bulan azalma amacın gerçekleştirilme düzeyi ile tartıldığında, aracın net bir kazanç oluşturup oluşturmadığı denetlenir. Sonuç odaklı olan dengeleme aşamasında amaçlanan olumlu etki ile ortaya çıkan olumsuz etki (yarar-zarar) karşılaştırılır. Yarar zararı doğrulamalıdır[38]. Örnekte içinde bulunulan halde Hindu nüfus zaten belli başlı noktalarda kurulu bulunan tesislerden etkin biçimde yararlanabilmektedir. Bu durumda, sayıları da göz önünde bulundurulduğunda, her ilçeye tesis kurulması Hindular için ancak cüzi bir yarar sağlayacaktır. Başka bir anlatımla, her ilçeye ölü yakma tesisleri kurulmaması dolayısıyla Hinduların din ve vicdan özgürlüklerinin maruz kaldığı müdahalenin (ve uğranılan zararın) düzeyi düşüktür. Öte yandan, -anılan tesisleri kurmanın hayli masraflı olduğu varsayılır ise- her ilçeye bir ölü yakma tesisi kurmak din ve vicdan özgürlüğü ile yarışan menfaate (meşru amaca, devlet maliyesine) çok ağır bir yük getirecektir. Her ilçeye tesis kurulması durumunda, çok ufak bir kazanım uğruna çok ciddi bir zarar ortaya çıkmaktadır. Her ilçeye tesis kurulmaması ile elde edilecek fayda tesislerin kurulmaması dolayısıyla ortaya çıkacak zarardan fazla olduğundan yarar zararı doğrulamaktadır. Olayda pasif müdahale (ölü yakma tesislerinin kurulmaması) ölçüsüz (hukuka aykırı) değildir. Her ilçeye ölü yakma tesisi kurulmaması hukuken doğrulanmış olduğuna göre bu ahval eşitlik-tarafsızlık (laiklik) yönünden de bir soruna yol açmayacaktır[39].

---

olanaklar meşru amacı için ayrıca bkz. GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme*-, s. 152, 195; bazı örnekler için bkz. Ibid., s. 208-210, 544-546, 635-636.

[36] Ibid. s. 126-130, 185-196.

[37] BARAK, s. 433; GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme*-, s. 130-135, 196-197.

[38] Ibid. s. 135-148, 203-211.

[39] Bu noktada not edelim ki aslında menfaatlerin maruz kaldıkları müdahale düzeyleri dengelemenin değişkenlerinden sadece birisidir. Yarar-zarar dengesi yalnızca müdahale düzeylerinin karşılaştırılması ile kurulmaz. Dengeleme afaki bir biçimde değil bir matematik modeli çerçevesinde dengelemenin biçimsel yapısını gösteren "Ağırlık Formülü" ile işler ve sonuç verir. Bu yazının sınırlarını çok aşacağından ayrıca açıklanmayan "Ağırlık Formülü"

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Lautsi v. İtalya" Vakası Kararı Örneği

Dikkat edilir ise yukarıda Hinduizm-ölü yakma tesisi çerçevesinde verilen örnek bir bağlam tetkikini içermektedir. Örnekte farklı muamele mezuniyetinin bulunup bulunmadığı (farklı muamelenin haklılaştırılıp haklılaştırılamayacağı) incelenirken pek çok unsur dikkate alınmıştır: ölü yakma tesislerinin zaten mevcut olması; mevcut tesislerin sayıları, konumları ve yeterlilikleri çerçevesinde etkin biçimde kullanılıp kullanılamadıkları; ritüellere uygun ölü yakma tesisi kurmanın maliyeti vs. Zira ölçülülük bağlam temellidir ve bağlamın unsurlarının değişmesi halinde varılacak sonuç da değişebilir[40].

İnceleme konusu edilen kararlarda ise AYM böyle bir yaklaşım sergilememiştir. Hiçbir bağlam unsurunu incelememiş olan AYM dava konusu düzenlemelerin mevcut nizama[41] eklenmelerinin doğuracağı sonuçlar ile ilgilenmemiş, anılan ahvalin devletin belli bir inanca ayrıcalık ve üstünlük tanıması veya belirli bir inancı benimsetmeye gayret etmesi anlamına gelip gelmediğini değerlendirmemiştir. Tam aksi (olması gereken) yaklaşım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bundan böyle "AİHM") içtihadında gözlenebilir.

Burada üzerinde duracağımız "Lautsi v. İtalya" vakası kararı[42] AYM'nin incelenmekte olan son dönem içtihadında referans olarak kullanılıyor olmakla özellikle kıymetlidir[43]. İtalya'da devlet okullarının sınıflarında çarmıha gerili İsa figürünün bulunmasının konu edildiği "Lautsi v. İtalya" kararında AİHM bir bağlam incelemesi yaparak anılan figürün nasıl bir ortamda sınıflarda bulunduğunu irdelemiştir. AİHM'ye göre "Lautsi v. İtalya" vakasında çarmıha gerilmiş İsa figürünün sınıflarda asılı olması ihlal oluşturmaz çünkü söz konusu olan pasif bir semboldür ve doğuracağı etki düşünüldüğünde bunun didaktik bir konuşmaya veya dini faaliyetlere katılıma nispetle tarafsızlık prensibine daha az zarar vereceği kesindir, İtalya'da Hıristiyanlığın esaslarına ilişkin zorunlu bir din dersi yoktur, üstelik çoğunluk dini Hıristiyanlık sınıflardaki haç figürü ile görünürlük kazanmakta ise de düzen dine dair diğer konumlanmaların görünürlük kazanmasına açıktır: okul ortamında diğer dini sembollerle birlikte misalen İslami başörtü takılabilmekte ve dini anlam taşıyan kıyafetler giyilebilmektedir, okullarda Ramazan'ın başlangıcı ve sonu sıklıkla kutlanmaktadır, azınlık dinlerinden olan öğrencilerin ihtiyaçları dikkate alınmakta örneğin Musevi öğrencilerin cumartesi günü sınava girmeme hakları bulunmaktadır[44].

Bu ya "ihlal iddiası incelenen hak bir zarara uğramış değil çünkü zarar bağlamın diğer unsurları ile telafi edilmiş" demektir ya da "diğer bağlam unsurları ile bir ölçüde telafi edilmiş olmakla zarar yarardan büyük

---

için bkz ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights,* s. 401 vd.; GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*, s. 140 vd.

[40] YÜKSEL, s. 241; GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*, s. 123-148. Ölçülülük bağlam temellidir zira zarar da yarar da ancak belli bir bağlam içerisinde değerlendirilebilir. Aynı şey bir bağlamda başka diğer bir bağlamda başka sonuçlar verebilir. Bir bağlamda X hakkına çok zarar veren Y sınırlaması başka bir bağlamda X hakkı bakımından hiçbir zarara yol açmıyor olabilir. Bağlam unsurlarından birisinin bile değişmesi yarar ve zarar bakımından farklılık yaratabilir. Haliyle yarışan menfaatlerin karşılıklı olarak ağırlıklandırılmaları kaçınılmaz olarak somut bağlam unsurlarının değerlendirilmesini gerektirir.

[41] Mevcut nizamın unsurları hususunda özet niteliğinde bir döküm için bkz. GÜLFİDAN, "Anayasa Mahkemesi'nin İl Ve İlçe Müftülüklerine Evlendirme Memurluğu Yetkisi Ve Görevi Verilmesi Meselesine İlişkin Kararı Üzerine Bir Not", s. 18.

[42] AİHM, "Lautsi v. İtalya", Başvuru No: 30814/06, Karar Tarihi: 18.03.2011

[43] AYM, 20.09.2012, E. 2012/65, K. 2012/128; AYM, 06.12.2018, E. 2017/180, K. 2018/109.

[44] AİHM, "Lautsi v. İtalya", para. 39, 72-74.

değil" demektir. Her hal ve karda AİHM'nin kararı müdahaleye uğrayan menfaat ile alakalı bir değerlendirmeye/ağırlıklandırmaya dayanmaktadır ve bu hususta bir gerekçelendirme içermektedir.

C. Türk Anayasa Mahkemesi Ne Yapabilirdi?

AYM "eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir"[45] derken haklıdır. Gerçekten de eşitlik prensibi üç normdan müteşekkildir: (1) aynı durumda olanlara farklı davranmak yasaktır (memnuiyet normu), (2) farklı durumlarda olanlara farklı davranılabilir (mezuniyet normu), (3) farklı durumlarda olanlara farklı davranılmalıdır (memuriyet normu)[46].

Yani farklı muamele illa eşitlik ilkesinin ve bunun üzerinden laikliğin ihlal edildiği sonucuna varmamızı sağlamaz. Amma ve lakin farklı muamelede bulunabilmek için – en azından- bir farklı muamele izninin bulunması lazım gelir. Eğer farklı muamele objektif temellere dayanıyor[47] ve ölçüsüz sonuç vermiyor ise bir farklı muamele izni mevcuttur ve farklı muamele hukuka uygundur. Eğer ölçüsüz olmayan sonuçlara ancak farklı muamele ile varılabiliyor ise farklı muamele gereklidir (sosyal devlet tedbirleri, gelire göre vergi vs. vs.). Ezcümle farklı muamele ölçüsüz sonuçlar veriyor ise hukuka aykırıdır. Yani farklı muamele izni ancak farklı muamele ile ortaya ölçüsüz bir sonuç çıkmıyor olmasına bağlıdır[48].

Bu durumda AYM tarafından sual edilmesi gereken şudur: müftünün evlendirebiliyor ama hahamın evlendiremiyor oluşu ile kendisini gösteren farklı muamele için -en azından- bir farklı muamele izni mevcut mudur?

Bu sorunun yanıtlanabilmesi için elbette terazinin kefelerini doğru doldurmak ve peşi sıra ilgili tüm bağlam unsurları çerçevesinde teraziyi işletmek şarttır.

Örnek olsun -AİHM'nin "Lautsi v. İtalya" vakası kararından mülhem- AYM şöyle demiş olabilirdi: "burada farklı muamele dolayısıyla uğranılan bir zarar yok, çünkü bağlamın diğer unsurları farklı muameleden doğan zararı telafi ediyor, bağlamın diğer unsurları kamu otoritesinin taraf tutmadığını gösteriyor, mesela okullarda tüm diğer dini pozisyonlara dair seçmeli dersler var, herkes özgürce istediğini seçebiliyor; Musevilerin hassasiyetleri çerçevesinde Cumartesi günleri ülke genelinde hiçbir sınav vb. resmi etkinlik yapılmıyor; Ortodoks Noeli olsun, Vaisakhi olsun, Paskalya olsun hep resmi tatil, hepsi kamu kurumları

[45] AYM, E. 2017/180, K. 2018/109, 06.12.2018, para. 30.
[46] GÜLFİDAN, "Anayasa Mahkemesi'nin İl Ve İlçe Müftülüklerine Evlendirme Memurluğu Yetkisi Ve Görevi Verilmesi Meselesine İlişkin Kararı Üzerine Bir Not", s. 15-16.
[47] AİHM, "Lautsi v. İtalya", para. 71-76.
[48] AYM içtihadında da, farklı muamele mezuniyeti için, bir ön şarttan (meşru amaç) ve üç unsurdan (elverişlilik, gereklilik, dengeleme - dar anlamda ölçülülük/orantılılık-) müteşekkil ölçülülük uygulamasını çağrıştırır şekilde farklı muamelenin haklı bir nedene dayanması, amaçla ilgili, makul ve adil, anlaşılabilir olması aranmaktadır; AYM, 19.02.1992, E. 1991/13, K. 1992/10. "Haklı neden" meşru amaç ön şartını karşılamakta, "amaçla ilgililik" doğrudan elverişlilik unsuruna denk düşmektedir. AYM'nin muhtelif kararlarında haklı neden ölçütünü somutlaştırmak için "gereklilik", "dengeli ve makul görülebilecek ölçüler" gibi ifadeleri de tercih etmiş olduğu hesaba katıldığında aradaki benzerlik daha da görünür hale gelmektedir. Şekli hukuki eşitlik-maddi hukuki eşitlik hususunda bkz. ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012, s. 152-155; ÖDEN, Merih: *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin, Ankara, 2003, s. 162-200.

dahil her yerde kutlanıyor; kamu hizmetleri yalnızca "Cuma Namazı" çerçevesinde örgütlenmiyor, kilisede günah çıkarmak isteyen kamu personeli de izin alabiliyor, vs."[49].

Yahut AYM -elbette zarar düzeyi mukayesesini gerekçelendirerek- şunu vazetmiş bulunabilirdi: "evlenmeyi dini merasimle ilişkilendiren İslam dini haricindeki dinler bakımından böyle bir imkânın tanınmamış olması ilgili dinleri benimsemiş olanların din ve vicdan özgürlüklerine yapılmış bir müdahaledir. Bu müdahale tüm dinlerin din görevlilerinin memuriyete alınmamaları suretiyle devlet maliyesini koruma meşru amacına dayanmaktadır. Müdahale meşru amaca katkı sunmaktadır ve gereklidir. Dahası müdahale yapılmasa devlet maliyesi çok büyük bir zarara uğrayacakken müdahele ile ortaya daha düşük düzeyli bir zarar çıkmıştır. Haliyle farklı muamele ölçüsüz ve hukuka aykırı değildir".

Böyle yapmış olsa hiç değilse değerlendirmesi lazım gelen menfaati öyle veya böyle değerlendirmiş, farklı muameleyi doğrulamaya girişmiş ve bizlere de kararda yer alan gerekçeleri ve hükümleri rasyonel olarak tartışabileceğimiz bir zemin sunmuş olacak olan AYM, terazinin kefelerini doğru dolduramadığı bu kararlarında farklı muamele mezuniyetinin herhangi objektif bir nedene dayanmasını da aramamıştır[50].

Sonuç Yerine: Türk Anayasa Mahkemesi'nin Adalet Terazisinin Kefeleri İle İmtihanı

Üzerinde durulduğu gibi AYM'nin laiklikle ilişkili son dönem kararlarına damga vuran mülahazanın temel direklerinden biri özetle ve anlamca şöyle tarif edilebilir: "düzenleme bir pozitif yükümlülüğün ifasını amaçlamaktadır, hukuka aykırı olamaz".

Değinilen kararlarda adalet terazisinin kefeleri ile alakalı derin sorunlar mevcuttur. Bu kararlarda hem ilk kefe boş bırakılmış (ihlali ileri sürülen hak es geçilmiş) hem ikinci kefe yanlış doldurulmuş (meşru sınırlama nedeni yanlış belirlenmiş) hem de meşru sebebin varlığı sınırlamanın hukuka uyarlığı için yeterli görülmüştür.

Yanlış tartının doğru tartamayacağı, böyle bir tartıdan hukuki/rasyonel/objektif bir netice çıkmayacağı aşikardır. Lakin sorun bundan ibaret değildir. Tartının böyle kurulması (kurulamaması) başkaca sorunları da beraberinde getirmektedir. Şu halde AYM kararlarının yol açtığı/AYM kararlarından yansıyan diğer sorunları kalem kalem sıralamak faydalı olabilir:

- Bir ilkenin/hakkın/yükümlülüğün ihlal edilip edilmemiş olduğunun yargısal değerlendirilmesi iki etaplı bir incelemeyi gerektirir. Kapsamın inceleneceği, yükümlülüğün varlığının ve müdahalenin tespit edileceği ilk aşama ameliye ikinci aşamanın unsurları olan ölçülülük ve dengeleme ile alakalı olmayıp

[49] Burada farazi olarak dillendirilen hususların asılları için bkz. GÜLFİDAN, "Anayasa Mahkemesi'nin İl Ve İlçe Müftülüklerine Evlendirme Memurluğu Yetkisi Ve Görevi Verilmesi Meselesine İlişkin Kararı Üzerine Bir Not", s. 18.

[50] Anılan kararlarda "çoğunluk" gerekçesine dayanan AYM mealen şöyle demiş olmaktadır: "çoğunluk azınlıktan farklıdır ve farklı olana farklı davranılabilir". Oysa sadece farklı olmak farklı muameleyi doğrulayabilecek bir gerekçe olsa eşitlik ilkesi ilk normundan başlayarak zincirleme biçimde bütün anlamını yitirir zira herkes bir diğerinden hiç değilse bir yönden farklıdır. Dahası din ve vicdan özgürlüğü hakkının ve dini çoğulculuğun teminatı olan laiklik tam da çoğunlukta-azınlıkta olmanın farklı muamele için tek başına objektif sebep teşkil edemeyeceği anlamına gelmektedir. Çoğulcu bir yapıda yalnızca/tek başına/çıplak olarak "çoğunluk" farklı muameleyi doğrulamak için bir meşru amaç olarak dahi kabul edilemez; bkz. Ibid., s. 15 vd.

bir yorum faaliyeti ile gerçekleştirilecektir. İkinci aşamada hakka (yükümlülüğe) yapılan müdahalenin doğrulanabilir olup olmadığı, yani hakkın (yükümlülüğün) sınırları konu edilecektir; yarışan menfaatlerin, ölçülülüğün ve dengelemenin rol alacağı aşama budur. İkinci aşama, yarışan menfaatlerin (anayasal hakların, meşru amaçların, kamu yararının, genel sağlığın vs.) fiili ve hukuki durumda mümkün olan azami derecede gerçekleştirilecekleri optimizasyon aşamasıdır[51].

İkinci aşamaya dair tek söz etmediğine, sistematik biçimde farklı muamelenin hukuken doğrulanabilirliğini incelemeye girişmek bir yana farklı muameleye maruz kalan menfaati dahi dikkate almadığına ve ayrımcılık iddiası karşısında açıkça (ve doğrudan, tek başına/çıplak olarak) çoğunluk gerekçesine yaslandığına göre kararlar ile AYM'nin din ve vicdan özgürlüğüne karşılık gelen pozitif yükümlülükleri İslam Dini mensuplarına hasreder bir görüntü verdiği söylenebilir.

- Meşru bir sebebin varlığını sınırlamanın hukuka uyarlığına hükmedilmesi için yeterli kabul etmek açıklanmaları mümkün olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Düzenlemenin bir pozitif yükümlülüğün ifasına yönelmekte olması ilgili düzenleme ile yol açılan sınırlamayı hukuka uygun kabul etmemiz için kâfi ise bir pozitif yükümlülüğün ifasını amaçlayan tüm sınırlamalar hukuka uygun bulunmalıdır. Bu durumda söz gelimi bir kişi tarafından gerçekleştirileceğinden şüphe edilen bir saldırının engellenmesi için o kişinin de içerisinde bulunduğu bütün bir bölgeyi (o bölgede yaşayan diğer insanlarla birlikte) yok etmek meşru bir amaca dayanıyor olmakla doğrudan hukuka uygun kabul edilmelidir. Ne ki bunun böyle olamayacağı kolaylıkla/hemen anlaşılabilmektedir. Zira sınırlamanın meşru bir amaca dayanması yetmez, sınırlama aynı zamanda elverişli, gerekli ve orantılı da olmalıdır. Meşru sebebin varlığını kâfi görmek[52] esasında Justitia'nın/Themis'in elinden terazisinin alınması demektir. Tartının reddi keyfiliğe kapı açılması anlamına gelir[53] ve böyle bir keyfilik düzeyi ile elbette her sınırlama hukuka uygun sayılabilir.
- Meşru amacı kâfi gören AYM çok mühim bir başka hususu da ıskalamaktadır. Haklar temelde başkalarının hakları uğruna sınırlandırılır. Sınırlama sebebi kamu düzeni/kamu yararı gibi görünse de onun altında başkalarının hakları mevcuttur. Yani "başkalarının haklarının korunması" daima -açık ya da zımni biçimde- bir meşru amaç kategorisi oluşturur[54]. Dolayısıyla her sınırlamaya bir meşru amaç bulunabilir ve meşru amaç sınırlamanın hukuka uygunluğu için yeterli ise buradan her sınırlamanın hukuka uygun bulunacağı sonucu çıkar. Tekrarlamak lazım ise AYM'nin yansıttığı mantığa göre sadece pozitif/negatif yükümlülükler diyalektiği dolayısıyla bir pozitif yükümlülüğün ifasını amaçlayan tüm

[51] Hakların ikili yapısı çevçevesinde yargısal denetimde hak normlarının kapsamının ve yükümlülüklerin varlık ve sınırlarının tespiti hususunda bkz. GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*, s. 286 vd.

[52] Kararlarda meşru sınırlandırma sebebinin yanlış tayin edilmiş olduğunu da anımsatalım.

[53] Halbuki tartı ölçülülük ile nesnel ve rasyonel biçimde işler. Hukukun meşruiyet zemininde yer alan tarafsızlık ve makuliyet ancak böyle bir usulle temin edilebilir. Öngörülebilirlik ve şeffaflık ancak bu şekilde sağlanabilir; bu hususlarda bkz. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights;* GÜLFİDAN, *Yaşam Hakkı - Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*. Her şeyden evvel, analitik bir usulle (ölçülülükle) işleyecek bir terazinin varlığının kabulü halinde -kefeler illa doldurulacağından- incelenen kararlarda görülenin aksine yarış halindeki menfaatlerden birini görmezden gelmek mümkün olmayacaktır. Bu kararın hukukiliği için elzemdir. Zira karşı kesenin/yarış halindeki menfaatlerden birinin yok sayılması menfaatler ve/veya menfaat grupları arasında taraf tutulduğu izlenimine yol açar. Oysa hukuk taraf tutmaz.

[54] BARAK, s. 260-277.

sınırlamalar değil tüm sınırlamalar kategorik olarak hukuka uygun bulunmalıdır. Her sınırlama hukuka uygun olduğuna göre anayasallık denetimine de hacet yoktur. AYM'nin mülahazası nihayetinde kendi varlığının reddine çıkmaktadır.

Kaynakça

ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, çev. Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2010

BARAK, Aharon*: Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, çev. Doron Kalir, Cambridge University Press, Cambridge, 2012

BORELLİ, Silvia: "Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights", *Interights Bulletin*, Cilt: XV, Sayı: 3, 2006

GERARDS, Janneke, SENDEN, Hanneke: "The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights", *International Journal Of Constitutional Law*, Cilt: VII, 2009

GÜLFİDAN, O. Serkan: *Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri -Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme-*, Yetkin, Ankara, 2021

GÜLFİDAN, O. Serkan: "Anayasa Mahkemesi'nin E. 2012/65, K. 2012/128 Sayı ve 20.09.2012 Tarihli Kararı Üzerine Kısa Bir Not/Anayasa Mahkemesi'nin Peygamberi ve Ayrımcılık Hususunda Yeni Bir Adım*", Anayasa Hukuku Dergisi/Journal of Constitutional Law/Revue de Droit Constitutionnel*, Cilt: 2, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 183-203

GÜLFİDAN, O. Serkan: "Seçmeli Din Dersleri Meselesi ve Anayasa Mahkemesi", İktidar ve Özgürlük İkilemindeki Anayasa Mahkemesi-Üç Yıllık Bilanço Çalıştayı, ANAYASA-DER, Bahçeşehir Üniversitesi, 29.10.2013, *Anayasa Hukuku Dergisi/Journal of Constitutional Law/Revue de Droit Constitutionnel,* Cilt: 3, Sayı: 5, Yıl: 2014, s. 91-106

GÜLFİDAN, Serkan: "Anayasa Mahkemesi'nin İl Ve İlçe Müftülüklerine Evlendirme Memurluğu Yetkisi Ve Görevi Verilmesi Meselesine İlişkin Kararı Üzerine Bir Not", *Hukuk Defterleri*, Sayı: 18, Mart-Nisan 2019, s. 12-22

LETSAS, George : "The scope and balancing of rights: diagnostic or constitutive", *Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Ed. Eva Brems ve Janneke Gerards, Cambridge University Press, New York, 2013

METİN, Yüksel: *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin, Ankara, 2002

ÖDEN, Merih: *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin, Ankara, 2003

ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012

SEZER, Abdullah: "Türkiye'de Din-Vicdan Özgürlüğü ve Din-Devlet İlişkisi", *Bülent Tanör Armağanı*, ed. Öget Öktem Tanör, Legal, İstanbul, 2004, s. 561-609, 575-576

SHUE, Henry: *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, 2. Baskı, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1996

SUDRE, Frédéric:"Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *Revue Trimenstrielle des Droits de l'Homme*, Sayı: 1995/23, 1995

Van Dijk, P., Van Hoof, G.J.H.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3. baskı, The Hague, Kluwer Law International, 1998

XENOS, Dimitris: *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London & New York, 2012

YÜKSEL, Saadet: *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, Alfa, İstanbul, 2015

PROPAGANDANIN İFADE HÜRRİYETİNDEKİ YERİ

Öğr. Gör. Ömer SARIASLAN*

ÖZET

Propaganda, düşüncenin dışa aktarılma yöntemlerinden birisidir. Tarihin en eski zamanlarından beri kullanılmaktadır. İfade hürriyeti temelinde ele alınmaktadır. Günümüz teknolojisindeki gelişmelerin propagandayı daha yaygın kullanılan bir araç haline getirmesi, propagandaya ulusal ve uluslararası düzeyde müdahale edilmesini gerekli kılmıştır. İfade hürriyetinin sahip olduğu güvenceler ve kapsamı dışında kabul edilen eylemler; temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması, özlerine dokunulmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinden hareket edilmesi, sınırlamanın demokratik toplum düzenine uygun ve ölçülü olması, Anayasada yer alan hürriyetlerin hiç kimse tarafından demokratik Cumhuriyete karşı kullanılamayacağı hükümleri propaganda için de geçerlidir. Bu açıdan Türkiye'nin ulusal mevzuatında propagandanın korunmayan amacına karşılık farklı suç tipleri düzenlendiği görülmektedir. Propagandanın hem korunan hem korunmayan bir alana sahip olması, bu konuda objektif değerlendirmelerin noksanlığı halinde bu ikisinin birbirine karışması riskini artırabilir. Siyasi eleştiri mi, daha yüksek oy oranı hedefi mi, teröre destek mi? Hiç şüphesiz demokrasinin nimetlerinin dağıtılmasında siyasal katılımın olmazsa olmazı rolüyle Devletin kamu düzeni ve kamu güvenliğini sağlaması görevi çatışma halindedir. Propaganda suçu, Türkiye'nin gerek mevzuatı gerek mahkeme kararlarında kısa süre içerisinde farklılaşmıştır. Bu açıdan terörü ve şiddeti meşru kılmak, teşvik etmek ve övmenin karşısındaki mücadelenin ve müdahalenin hukuki güvenlik ilkesine uyumu araştırmaya değerdir. Çalışmamızda, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasının gereği anlatılmakta; korunmaması gereken propagandaya karşı müdahale ve mücadelenin nasıl yürütüleceği, ifade hürriyetinin korunmayan kısmının siyasi ifade hürriyetinden ne şekilde ayrıştırılacağı araştırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İfade Hürriyeti, Propaganda, Şiddet, Açık ve Yakın Tehlike, Terörle Mücadele.

GİRİŞ

Propaganda, benimsenen düşüncenin yazılı, sözlü, görsel veya işitsel bir biçimde diğer kişilere ulaşmasını sağlayarak düşünceye destek bulabilmek, meşru bir alan oluşturmak, siyasi, sosyal ilgiyi çekmek gibi amaçları içerisinde barındırmaktadır. Demokratik toplum düzenin temel haklarından kabul edilmektedir. Propaganda, ifadenin dışa aktarılma biçimlerinden birisidir, karma bir yöntemdir[1]. Propaganda faaliyeti ortaya çıktığında yapılacak değerlendirme sözlerin ifade hürriyeti kapsamında olup olmadığı, barışçıl bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün gerçekleşip gerçekleşmediğidir[2]. Terör ve terörizm, her türlü aracı

* Kafkas Üniversitesi Susuz Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü Adalet Programı Öğretim Görevlisi, av.omersariaslan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2727-9374.

[1] ÖZGENÇ, İzzet: "Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, Y.2021, s. 376.

[2] ERDOĞAN, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 6. bs., Hukuk Yayınları, Ankara 2018, s.214.

kullanarak[3] görüşlerinin toplum içerisinde yayılmasını, fikirlerinin toplumda yerleşmesini amaçlaması, propagandayı korunan alanın dışına çıkartabilmektedir. Terörizmi, terörü ve şiddeti meşru kılmaya, teşvik etmeye ve övmeye yönelik hareketler demokratik toplumun değerlerine düşman olduğu için ifade hürriyeti kapsamında kabul edilmemekte, korunmamaktadır[4]. Eleştirel, alışılmamış, aşırı/farklı görülen siyasi ifadelerden; korunmayan ifadenin ayrılması önem arz etmektedir. Çünkü korunmayan kısım suç teşkil etmektedir.

Terör ile doğrudan muhatap olan devletlerin ulusun varlığına yönelmiş bu tehditten ötürü ülkeyi, demokrasiyi, kişileri ve toplumu korumak huzur ve mutluluğu sağlamak amacıyla geniş takdir hakları bulunmaktadır[5]. Hukuk devletinin gereği tüm bu süreç hukukidir. Bundan dolayı da ifade hürriyeti ve güvenlik arasında denge kurmaya çalışılmaktadır. Türkiye 1980'li yılların sonu itibariyle bu konuyu tartışmaktadır. Terörü engellemek ve suçluları cezalandırmak, kamu düzeninin sağlanması amaçlanmaktadır[6]. Terörle mücadelenin kanununun bulunması Anayasa'nın 13. maddesi gereğince zorunludur. Terör ile mücadele edilirken hürriyete karşı ortaya çıkan müdahalelerin toplumsal ihtiyaca cevap vermesi, meşru amaç ile uyumlu olması ve yetkililerin ileri sürdüğü gerekçelerin yeterli bulunması gerekmektedir[7]. Bundan hareketle, "propaganda" konusu bu çalışmamızda ifade hürriyeti temelinde değerlendirilmektedir.

I. İFADE HÜRRİYETİ ve PROPAGANDA KAVRAMI

A. İfade Hürriyeti

İfade hürriyeti demokrasinin vazgeçilmez bir unsurudur. Kişinin iç dünyasında muhafaza edilen düşünceler ifade hürriyeti olarak adlandırılamayacaktır[8]. Düşüncenin aktarımı, başka düşüncelerin oluşumunda da kaynak yaratmaktadır. Aktarmanın farklı yöntemleri ve şekilleri bulunmaktadır[9]. Kişi ve grupların düşüncelerini yaymalarında, başkalarına tesir etmesinde ifade hürriyetinin yöntemlerinden propaganda etkili bir araçtır[10]. İfade hürriyeti birçok hürriyetle iç içe geçmektedir. İnsanın asgari yaşantısını sürdürebilmesinde mutlaka sahip bulunması gereken hürriyetlerden kabul edilmektedir[11]. Uluslararası metinlerde yer almaktadır. Ancak hürriyetin güvencesinin Anayasalarda yer verilerek sağlanacağı kabul edilmektedir[12].

İfade hürriyeti siyasal, kültürel, ekonomik, bilimsel ve teknolojik birçok sahada yer almaktadır. Siyasal hakların kullanılması, yönetime katılmada siyasal boyutuyla siyasi ifade hürriyeti ön plandadır[13]. Yöneten/seçilmiş kısmında yer alan kişilerin ilgi çeken, özel veya politik hayatları detaylıca takip edilip, sert

[3] TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, Türkiye ve Terörizm, TBB tarafından oluşturulan Proje Grubu Raporu, 1. bs., Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 107, Ankara Haziran 2006, s. 237-243.
[4] ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, 3. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 545-548; Candar Şafak Dönmez Başvurusu, AYM, 5.11.2020 tarih, B. No. 2015/15672,RG.17.02.2020/31337.
[5] ARSLAN, Zühtü: Anayasa Teorisi, 1. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 217-218.
[6] TANÖR, Bülent: "Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler", *MHB*, S. 1-2, Y. 1990, s. 165-168.
[7] Erhan Urak Başvurusu, AYM, 9.06.2021 tarih, B. No. 2016/10657, § 55, RG.22.09.2021/31606.
[8] TRAGER Robert/DİCKERSON L. Donna: 21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti, (çev. A. Nuri Yurdusev), 1. bs., Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003, s. 19-20.
[9] TRAGER/DİCKERSON, s. 27; Berrin Baran Eker ve Muzaffer Özbek Başvurusu, AYM, B. No. 2015/11012, K. T. 09.01.2020, § 42.
[10] MILL, John Stuart: Hürriyet Üstüne, (çev. Mehmet Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003, s. 57.
[11] ERDOĞAN, s. 214; Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. bs., Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 60-61.
[12] ERDOĞAN, s. 152; KAPANİ, s. 217.
[13] TRAGER/DİCKERSON, s. 132.

söylemlere konu yapılabilmektedir. Yöneten/seçilmiş kişilerin başkalarının hayatlarında icrai karar alma güçleri, eleştiriye açık kapıdır. Gücün sorgulanmasındaki hoşgörü sınırı da sivil kişilere göre belirgin bir şekilde genişlemektedir[14]. İfadenin, üslubun sert olması, tepki çekmesi, polemik çıkartmayı amaçlaması, "siyasi eleştiri" kabul edilmektedir. Hürriyetin içerisinde yer almaktadır.

İfade hürriyeti bilinen tabirle mutlak değildir. Ayrıca sınırlandırmanın yanında korunmaması gerektiği kabul edilen kısımlar bulunmaktadır[15]. *"Devletin ve toplumun beğenmediği, alışılmışın dışında, şok eden, beklenmedik söz ve haberlerin korunması"* hürriyetin varlık gerekçesidir[16]. Kabulü zor olanlar korunduğu için ifade hürriyetinden bahsedilmektedir. Ancak demokratik toplum düzeninin koruyacağı noktadan sonrasının toplumsal düzensizlik yaratacağı gerçeği vardır. Terörizm, şiddet, müstehcenlik, karalama ve nefret içeriği korunmayan ifadeler olarak kabul edilmektedir. Demokrasi, fikir ayrılıklarına ve anlaşmazlıklara bünyesinde yer vermektedir. Rejimin bünyesinde kabul etmediği şiddettir[17]. Çalışmamızda da ön plana çıkan şiddet unsuru, ideoloji perdesinin arkasına gizlenendir. İfadenin içeriğinin bağlamsal bir bütünlükte[18], kime ait olduğu, eleştiri sınırı, ifadenin muhatabının kimliği, ifadenin türü, şekli ve sonuçları, ifadenin gerçekliği, ifade sahibinin üstlenmiş olduğu görev ve sorumluluğu bir arada değerlendirilerek ulaşılacak sonuçtur. İfadenin olaya uygulanması, ifadenin toplum, kamu yararı ve kişisel yarar çatışmasını dengelenmesi araştırılmaktadır[19].

B. Propaganda Kavramı

Propaganda kelimesi ilk kez Roma İmparatorluğu döneminde kullanılmıştır. Kelime manası, "*yayılması gereken şey*"'dir. Propagandanın ortaya çıkması ve gelişmesinin insanlık tarihi kadar eski bir geçmişi olduğu tespit edilmiştir. Her dernek, grup, cemaat, parti veya devlet, teşkilatlanmasının izin verdiği ölçüde propaganda yapmaktadır. Propagandanın amacı çoğaltılabilmekle birlikte; iktidar olmak için taraftar toplamak, bir düşünceyi çürütmek, benimsenen bir görüşün var olmasını sağlamak, fikrin anlatılması, benimsetilmeye çalışılmasıdır[20]. Propagandanın ilk örnekleri fotoğraf biçimindeydi. Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle birlikte birçok çeşitli yöntem kullanılmaya başlanmıştır. Hiç şüphesiz propaganda bir taraftarlık ifade etmektedir. Propagandanın amacı tesir etmektir, taraflıdır, bir bilgi verme amacı taşımamaktadır[21].

C. Hukuki Metinlerde Propaganda Hakkı

Türk mevzuatında propaganda, birçok farklı yönüyle; siyasi bir hak, desteklenen, görev olarak görülen, yasaklanan ve suç olarak düzenlenmektedir. Propaganda kelimesi Anayasa'da tek bir yerde geçmektedir. Propaganda, faaliyet olarak siyasi partilerin önemli bir hakkıdır. Siyasi Partiler Kanunu 3. maddesinde siyasi partiler tanımlanırken bu hakka da yer verilmiştir. 298 sayılı Seçimlerin Temel

[14] İNCEOĞLU, Sibel: "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa,* Editör: Sibel İNCEOĞLU, 3. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 35.
[15] SUNAY, Reyhan: Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s. 18.
[16] ARSLAN, s. 208.
[17] YAZIR, Hayati: "Demokrasi ve Siyasi Terör", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 3, S. 1, Y. 1990, s. 40.
[18] Richard Handyside/İngiltere, AİHM, B. No. 1972/5943, K. T. 07.12.1976; ARSLAN, s. 202.
[19] Gökhan Çalışkan, AYM, B. No. 2017/18316, K. T. 28.01.2020; Kenan Baş, AYM, B. No. 2017/17411, K. T. 29.11.2018.
[20] TURAN, Ersin/AYÇE Taragay, Mehmet: "Propaganda Amaçlı Kullanılan Basılı Materyalin Medyadaki Algısal Kullanımı*", 6. Uluslararası Matbaa Teknolojileri Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa, 1-3 Kasım 2018, s. 362.
[21] TURAN/AYÇE, s. 368.

Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'unda seçim propagandası, propaganda serbestliği, seçim büroları, radyo ve televizyonda propaganda, basın iletişim araçları ve internette propaganda, propaganda materyali, propaganda şekli ve süreler, çeşitli yasaklar detaylıca belirlenmiştir. Ayrıca Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 26. maddesi propaganda araçlarını düzenlemektedir.

Propaganda, bazı kanunlarda desteklenmektedir. Posta Tüzüğü'nde yurdun kalkınması, savunulması, halkın eğitimi, sağlık ve tarım mücadelelerine ilişkin resmi daire ve kurumların propagandaları reklam kabul edilmemekte; ücretsiz olarak afiş, döviz, damga, flama ve klişelerin PTT binalarına asılması ve posta gönderilerine basılması düzenlenmiştir.

Propaganda, bazı kurumların görevleri içerisinde sayılmıştır. İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, İletişim Başkanlığına Türkiye hakkındaki propaganda faaliyetlerini takip etmek, ilgili kamu kurumlarıyla işbirliği yaparak gerekli tedbiri alma; Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayın Seçme Yönetmeliği'ne göre Yayın Seçme Kurulu kütüphanelerde yer alacak yayınlarda siyasi amaçlı ve propagandaya yönelik olmayanları seçme; Su Ürünleri Kanunu eğitim ve öğretim başlığında propagandanın su ürünlerinin istihsaliyle uğraşanların mesleki bilgilerini artırmaya yönelmesi; Orman Kanunu'nda Orman Genel Müdürlüğü'nün ağaç sevgisinin yayılması ve güçlenmesi için propaganda yapması; Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da Din İşleri Yüksek Kurulu'nun dini propaganda mahiyetindeki çalışmaları takip etme; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na göre genel sağlığı korumak için propaganda yapma, görevleri verilmiştir.

Propagandayı yasaklayan hükümlerden ilki Anayasa'dır. Anayasa'nın 169. maddesine göre, ormanların korunması ve geliştirilmesine aykırı tahrip edici siyasi propaganda yapılamaz. Asker Alma Kanunu'nda askerlik hizmetine devam etmek için terör örgütlerinin propagandasını yapmamak aranmaktadır. Diğer hükümler; Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da piyasada haksız rekabet yaratacak propaganda, Elektronik Haberleşme Kanunu'nda işletmecilerin sundukları hizmetlere ilişkin abone ve kullanıcılarıyla siyasi propaganda içerikli haberleşme, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanununda suç örgütlerinin propagandasını yapmak veya yaptırmak, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nda organların seçiminde siyasi parti, sendikalar ve üst kuruluşlarının belirli bir adayların leh ve aleyhlerinde propaganda yapması, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 24. maddesi örtülü ödeneğin harcamasının siyasi partilerin propagandası için kullanılması, Türk Sivil Havacılık Kanunu'na göre uçuş esnasında propaganda faaliyeti, Milletvekili Seçimi Kanunu'na göre görevinden ayrılarak aday olma isteğinde bulunanların görev başında propaganda mahiyetinde harekette bulunmaları, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da gebeliği önleyici ilaç araçların reklam ve propagandasında belirlenen formatın dışına çıkmak, Yükseköğretim Kanunu'na göre, siyasi parti üyesi öğretim elemanları ve öğrencilerin kurum içinde siyasi parti propagandası, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nda küçüklere zararlıdır şeklinde damgalanan eserlerin propagandası, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 26. ve 31. maddelerine göre propaganda araçlarında, suç işlemeyi özendiren veya kışkırtan yazı veya resim yasaktır. Oy verme gününden önceki saat 18.00'dan sonra propaganda herkes için yasaktır. Son olarak Devlet Memurları Kanunu'nda terör örgütü propagandası yapmak yasaktır, meslekten çıkartılmayı gerektiren disiplin cezasıdır.

Propaganda suç tipi, birçok düzenlemenin konusudur. Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi, *"suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu düzenleyen hükmün 8. fıkrasında; örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişinin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını"* hüküm altına

almıştır. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 31. maddesinde iki tip propaganda suçu bulunmaktadır. Seçimlerdeki propaganda toplantısına *"engel olan veya devamına imkân vermeyecek hareket ve tertiplerle onu ihlal eden kimse altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır"*. *Oy verme gününden önceki saat 18.00'dan sonra propaganda* herkes için yasaktır. Yasağa uymamak *"üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır".* Terör örgütünün propagandasını yapma suçu, Terörle Mücadele Kanunu'nda dört farklı hüküm şeklinde düzenlenmektedir. Aşağıda detaylıca inceleneceği için burada değinilmeyecektir.

II. PROPAGANDA SUÇLARI

Propagandanın birçok suç tipi vardır. Terör ve terör örgütlerinin ifade hürriyetini araç olarak kullanması terörizmin propagandası yapma suçunu meydana getirmektedir[22]. Terörizm, sürekli bir şiddeti ve propagandayı barındırmaktadır. Terör örgütlerinin yaratacağı psikoloji, silah kullanımı kadar güçlüdür[23]. Terörizm, *"siyasal amaçlı bir dava bilinçleri silinerek şartlandırılmış ve bir robota dönüştürülmüş militanlar gerektirir. Bu militanlardan oluşan bir örgüt kurulmadıkça terörizm gerçekleşemez"*[24]. Terörizmin faaliyetlerine meşruluk kazandırma, terör örgütüne taraftar toplama ve örgütün faaliyetlerini devam ettirme amaçları karşısında, kamu gücünün kamu düzenini tesis etme görevi, propaganda suçunu bilakis terörle mücadele de ele almayı zaruri kılmıştır[25].

Terör, "korkutma, yıldırma"; terörizm, yasadışı yöntemlerle siyasal hedeflere ulaşma, değişiklik yaratma, sistemli ve süreklilik arz eden terör eylemleridir. Terör ve terörizm aynı kökten türeyen farklı kavramlardır. Farklı tanımlar yapılmaktadır. Tanımların ortak noktası, şiddet unsuruna tanımlarda yer verilmesidir. Aynı zamanda da suç teşkil etmektedir[26]. Terörün sistemli ve süreklilik arz eden durumuna eklemlenen "ideoloji" onu otopark, çek-senet gibi mafya oluşumlardan diğer örgütlerden ayırmaktadır. Terör örgütleri ideolojiyle varlık bulmaktadır. Örgütlerin lider kadrolarınca kurgulanıp tayin edilen ideolojik oluşum ve yönlendirme örgütün faaliyetinde rehberlik etmektedir. *"Terör ve terörizm dendiğinde konunun içine eylem, şiddet, dehşet, yıldırma, korkutma vb. olguların yanı sıra örgüt, örgütlenme ve ideoloji de girmektedir[27]"*.

Hem terörün hem örgüt propagandasının yapılması mümkündür. Kişi örgüt üyesi olmaksızın terör örgütünün propagandasını yapabilmektedir. Ayrı bir propaganda suçu düzenlenmeyen sistemlerde terör örgütü üyeliği[28] araştırılmayıp terör örgütüne yardım hükümleri rahatlıkla uygulanmaktadır. Ayrıca propaganda suçunu düzenlemek ile "genel norm-özel norm" kuralı ortaya çıkmakta, özel normun önceliği ilkesi gereğince faile terör örgütünün propagandası suçu uygulanmaktadır[29].

---

[22] YURTLU, Fatih: "Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 3, Y. 2016, s. 415.
[23] TBB, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 107, s. 200-201.
[24] TBB, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 107, s. 200.
[25] YÜKSEL, Cüneyt: "Uluslararası Hukukta İnternet ve Sosyal Medyanın Terörist Amaçlarla Kullanılmasına Karşı Mücadele ve Çözüm Önerileri", *Public and Private International Law Bulletin,* Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, s. 1096; YURTLU, s. 416.
[26] ÇAĞLAR, Ali: "Terör ve Örgütlenme", *Amme İdaresi Dergisi,* C. 30, S. 3, Y. 1997, s. 119-120.
[27] ÇAĞLAR, s. 123-124; TBB, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 107, s. 191-199.
[28] SÖZÜER, Adem: "Organize Suçluluk Kavramı Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler", *MÜHF-HAD*, C. 9, S. 1-3, İstanbul 1995, s. 259.
[29] ÖZGENÇ, s. 422; YURTLU, s. 423.

Uygulamada benimsenen ayrım, yardımın niteliğinin "maddi" ve "manevi" olmasına göre belirlenmektedir. Maddi nitelikte yardım TCK'nın 220/7. maddesine, maddi nitelikte olmayan yardımlar ise Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir[30].

A. Terör Örgütünün Propagandası Suçu

Terör eylemi, *"kişiler veya gruplar tarafından bir ülkedeki kurumlara, genel nüfusa veya vatandaşlara karşı şiddete başvurarak veya şiddet kullanma tehdidinde bulunarak bölücü amaçlar, aşırı uç ideolojik kavramlaştırmalar, fanatizm veya irrasyonel ve öznel unsurlarla harekete geçen kişiler veya gruplar tarafından işlenen ve resmi yetkililer, toplumdaki belli kişiler veya gruplar ya da genel halk arasında bir terör ortamı oluşturmayı hedefleyen herhangi bir suç"* şeklinde tanımlanmaktadır[31].

TBB'nin raporunda yer verilen çalışmalardan terörizmin özellikleri çıkartılmıştır. Bunlar, *"örgütlülük, nedensellik, amaç, propaganda ve PH silahı olma, asimetrik tehdit oluşturma, dış desteğe bağlılık, kural tanımama, acımasızlık ve dehşet, hedefin rasgele seçilmesi, gizlilik, yasadışılık, evrensellik[32]"* şeklindedir.

Propagandanın yasaklanan hali, bu özellikler karşısında birtakım zorlukları içermektedir. Terör örgütünün propagandasını yapma suçu, terörizme karşı çıkartılan Terörle Mücadele Kanunu'nda dört hüküm şeklinde düzenlenmektedir[33]. Basın veya yayın yolu ile terör örgütünün yöntemlerini meşru gösteren, öven veya bunlara teşvik edenler TMK'nın 6/2. maddesine göre; terör örgütünün yöntemlerini meşru gösteren, öven veya bunlara teşvik edecek propaganda yapanlar TMK'nın 7/2. maddesi kapsamında; terörü desteklediğini belli edecek şekilde örgüte ait amblem, resim, işaretleri asan veya taşıyan, slogan atan, örgüte ait üniformaları giyenler, toplantı ve gösteri yürüyüşünde bulunmasalar bile, TMK'nın 7/2-b. maddesi gereğince; son olarak kimliğini gizlemek amacıyla yüzünü kısmen veya tamamen kapatıp terör örgütü propagandasına dönüşen toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanlar TMK'nın 7/3.

---

[30] Yargıtay 3. CD., 14.12.2021 tarih, E. 2021/4002, K. 2021/10767 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 07.02.2017 tarih, E. 2013/383, K. 2017/60 sayılı kararı.

[31] YÜKSEL, s. 1095.

[32] TBB, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 107, s. 200-201.

[33] TMK 6. madde: *"İsim ve kimlik belirterek veya belirtmeyerek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basanlar veya yayınlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".*

TMK 7. madde: *"…Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (Ek cümle:17/10/2019-7188/13 md.) Haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz. Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır: a) (Mülga: 27/3/2015-6638/10 md.) b) Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşmese dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde; 1. Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması, 2. Slogan atılması, 3. Ses cihazları ile yayın yapılması, 4. Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi. (Ek fıkra: 27/3/2015-6638/10 md.) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu suçu işleyenlerin cebir ve şiddete başvurmaları ya da her türlü silah, molotof ve benzeri patlayıcı, yakıcı ya da yaralayıcı maddeler bulundurmaları veya kullanmaları hâlinde verilecek cezanın alt sınırı dört yıldan az olamaz...".*

maddesi hükümlerine göre ceza almaktadır. Terör örgütünün propagandası suçu açısından iki temel husus ortaya çıkmaktadır. İlki suç konusu terör örgütü ifadesi, diğeri suçu oluşturan fiil olarak propaganda yapmaktır. Terör örgütü mensuplarının yardım fiili ise, TCK'nın 220. maddesine göre değerlendirilmektedir [34].

TMK'da, 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı "İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile değişiklikler yapılmıştır. Konumuz açısından hem 6. maddenin hem 7. maddenin ikinci fıkralarında yapılan değişiklikler önemlidir, ayrıca 7. maddeye üçüncü bir fıkra eklenmiştir. Söz konusu Kanunun gerekçesi, AİHM'nin Türkiye aleyhinde vermiş olduğu çok sayıda ihlal kararının ortaya çıkmasına sebebiyet veren bazı kanunlarda değişiklik yapılarak insan haklarına saygı konusundaki aksakların çözülmeye çalışılmasıdır.

Propagandanın amacı belirli veya belirsiz bir kitleyi tesiri altına almaktır. Bundan dolayı iş bu suçun "doğrudan kast" ile işlenebileceğini, amaç suçu olduğunu söyleyebiliriz[35]. Suçun temel görünümünde düşüncenin alenileştirilmesi bulunmaktadır. Kişinin zihninde durmaya devam eden fikirler bu suçun unsurunu oluşturmamaktadır. Propaganda yapan kişi, açıkladığı düşünceler ile örgüte meşruiyet kazandırmaya, taraftar toplamaya çalışmaktadır. Yasa dışı olduğu düşünülen yapı, hiç şüphesiz mahkeme kararı ile terör örgütü olarak kabul görmelidir. Salt idari karar veya ilan ile "terör örgütü" nitelemesi; bu yapıyı övenlere, amblem ve işaretlerini kullananları propaganda suçunun faili durumuna düşürmeyecektir[36].

Terör örgütünün işlediği suçları ve suçun faillerini övmek, terör örgütünün propagandası suçunu oluşturmaktadır. Bu suç tipinin oluşabilmesi için övülen örgüt faaliyetlerinin mutlak surette "cebir, şiddet veya tehdit" içermesi gerekli değildir[37]. Propaganda kapsamında kullanılan ifadeler ile terör örgütü arasında bağdaştırılmanın sağlanabilmesi gereklidir. İfadeler ile terör örgütü arasında bağlantının kurulamaması halinde, propaganda suçu oluşmayacaktır. Özgenç'in katıldığımız örneğinde, "cihat" fikrini benimsemek suç değildir. Ancak PKK, DAEŞ gibi terör örgütlerinin gerçekleştirdiği insanlık dışı saldırılar işaret edilmek suretiyle "cihat" düşüncesini ifade etmek, yani yapılan bu aleniyet propaganda suçunu oluşturmaktadır. Terör örgütünün gerçekleştirdiği somut suç ile ilgili tebrik, sevinç gibi ifadeler, terör örgütü ile bağdaştırılamaması durumunda TCK'nın 215. maddesinde hüküm altına alınan "suçu ve suçluyu övme suçu" açısından değerlendirme yapılması mümkündür[38].

Terör örgütünün propagandasını yapmak suçu örgüte meşru bir alan oluşturmak, siyasi, sosyal ilgiyi çekmek gibi amaçları içerisinde barındırdığı göz önünde bulundurulduğunda, bu suçu ihtisas ederek kanun koyucu terör örgütüne yardım edilmesini önlemek istemektedir. Yargıtay'ın kararlarında ifade edildiği biçimde esasen maddi nitelikte olmayan bir yardımdır[39].

B. Propaganda, Soyut Tehlike Mi? Somut Tehlike Mi?

Bazı propagandaların suç teşkil etmesi, Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı test, ceza hukuku alanındaki önemli bir ayrıma değinmeyi gerektirmektedir. Önce zarar-tehlike suçu, sonrada tehlike suçlarını somut ve soyut tehlike ayrımıyla konumuz dışına çıkmaksızın genel hatlarıyla inceleyeceğiz. Bu

[34] ÖZGENÇ, s. 376; Yargıtay 16. CD., 25.04.2018 tarih, E. 2016/2510, K. 2018/1384 sayılı kararı.
[35] Yargıtay 3. CD., 27.12.2021 tarih, E. 2021/4476, K. 2021/11322 sayılı kararı.
[36] ÖZGENÇ, s. 377; Yargıtay 16. CD., 25.04.2018 tarih, E. 2016/2510, K. 2018/1384 sayılı kararı.
[37] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18.06.2020 tarih, E. 2017/600, K. 2020/306 sayılı kararı, karşı oy gerekçesi.
[38] ÖZGENÇ, s. 378.
[39] YURTLU, s. 414; ÖZGENÇ, s. 379.

gereklilik; tehlike suçlarının öngörülen risk yönü, tehlikenin kişinin sorumluluğunu artırması, tehlike suçunun kişinin özgürlüklerini kısıtlamasından kaynaklanmaktadır[40].

Failin gerçekleştirdiği fiil, konusuna göre iki şekilde değerlendirilmektedir. Zarar suçları ve tehlike suçları[41]. Suçun konusu, *"hareket veya hareketlerin yönelik olduğu eşya veya kişinin fiziki varlığıdır"*[42]. Zarar suçlarında hareket, harekete bağlı oluşan sonuçta zarar ve failin hareketinin neticeyi ortaya çıkardığı nedensellik bağı bulunmalıdır. Zarar suçları denildiğinde faile yüklenecek zarara ihtiyaç duyulmaktadır[43]. Zarar kavramı parasal bir ifadeyi akla getirmekle birlikte işlenen fiilin yol açacağı kayıplar "zarar" olarak ifade edilmektedir. Kasten öldürme, kasten yaralama ve hırsızlık, zarar suçlarıdır[44].

Tehlike suçlarının zarar suçlarından ayrımı, suçun konusunda zarar meydana gelme tehlikesinin bertaraf edilmesi teorik düşüncesidir. Failin hareketinin gerçekleşmesi, zarar meydana gelmeden, kanun koyucunun korunması gerekli gördüğü değere karşı yarattığı riskten dolayı cezalandırılmaktadır[45]. Çevreyi, sağlığı, trafiği, kamu güvenliğini korumak maksatlı bazı tehlike suçları hüküm altına alınmıştır. Zarar-tehlike suları ayrımında Türk Ceza Kanunu'nun sistematiğinden bazı örnekler verebiliriz. Hayata karşı suçlar, malvarlığına karşı suçlar, genel tehlike yaratan suçlardır. TCK'dan bazı maddeler, TCK'nın 97. maddesi terk suçu, *"yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendisi idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi terk eden…"*, TCK'nın 179. maddesi trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, *"kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek…başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye…".*

Tehlike suçları, somut ve soyut tehlike olarak ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçunda zarar tehlikesi "varsayıma" dayandırılmamaktadır. Gerçekleştirilen hareketin somut olayda zarar verme ihtimali aranmaktadır. Suçu ve suçluyu övme, halkı kin ve düşmanlığa tahrik böyledir. Hem bireyi hem toplumu koruma düşüncesiyle somut tehlike suçu düzenlenmektedir. Hareket, kesin ve genel ölçütlerle sabitleştirilmemiş suçun kanuni tanımı ve somut olay özellikleri göz önünde bulundurulmaktadır[46]. "*Somut tehlike suçlarında kanun koyucu, suçun konusu üzerinde zarar sonucunu doğurmaya uygun olan fakat zarar sonucunu doğurmamış olan bir hareketi cezalandırmaktadır"*[47].

Soyut tehlike suçu, kanunda düzenlenen fiilin gerçekleşmesiyle tamamlanmaktadır. Zaten tehlike suçu salt hareket suçu olarak da ifade edilmektedir. Hatta daha iyi anlaşılması için "tehlikelilik" ifadesinin kullanıldığını da görmekteyiz. Somut tehlike suçunda da tehlike bulunmakla birlikte, aralarındaki temel farkın somut tehlike suçunda bir netice taraması yapıldığı ifade edilmektedir[48].

Tehlike arayışı, Türk AYM'nin de kullanmakta olduğu, ABD Yüksek Mahkemesi testi "açık ve yakın tehlikeye" bizleri götürmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi, ifade hürriyetinin sınırlanmasında *"açık ve yakın tehlike"* testini kullanmaktadır. Yargıç Holmes tarafından ilk kez Schenk davasında kullanılan *"açık ve yakın tehlike"* testi; "ifadenin iletilme zamanı, kullanılan kelimeler, tercih edilen iletim yöntemi, önemli

[40] ERSOY, Uğur: "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", *TAAD,* Y. 11, S. 41, s. 30.
[41] ERSOY, s. 31.
[42] AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 432.
[43] ERSOY, s. 32.
[44] AKBULUT, *Ceza,* s. 434.
[45] AKBULUT, *Ceza*, s. 434-435.
[46] ERSOY, s. 35-36; AKBULUT, *Ceza*, s. 379.
[47] ERSOY, s. 39.
[48] ERSOY, s. 44-47.

atfedilen zarar ihtimali, zararın belirgin ve yakın olması durumları" test edilmektedir. Bu tehlike ölçütü, terör örgütünün propagandası suçunu somut tehlike suçu haline getirmektedir[49].

Açık ve yakın tehlike testinin özgürlükleri daha fazla sınırlayacağı, dost/düşman yaklaşımına hizmet edeceği eleştiri de doktrinde yapılmaktadır. ABD'de komünizm tehlikesine karşı anti-komünizm Kanunlar ve uygulamalarıyla farklı mahkeme kararları ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme'nin 1969 tarihli kararı sonrasında eylemin "*hukukdışı bir eyleme kışkırtması ya da eylemi doğurması"* aranmaya başlanmıştır[50].

AYM'ye göre, alenileştirilen ifadelerde; şiddete başvuruyu güçlendirici ifadelerin bulunmadığı, terör suçlarının işlenme tehlikesinin ortaya çıkmadığı, şiddete başvurmaksızın çeşitli grupların siyasi, sosyal, ekonomik sorunların çözümüne ilişkin öne sürdükleri siyasi veya toplumsal hedefleri, ideolojik ve katı olsa dahi terörizmin propaganda suçunu oluşturmamaktadır. Propaganda suçunun soyut tehlike kabul edilmesi halinde ifade, toplantı ve gösteri yürüyüşü hürriyetlerinin özgürlüklerini kısıtlayan muhalefete baskı unsuruna dönüşebileceği kabul edilmektedir[51].

Yargıtay, 2013 tarih 6459 sayılı Kanun değişikliği sonrasında kararlarında "açık ve yakın tehlike" testini uygulamaktadır. Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 09.02.2016 tarih, E. 2015/7466, K. 2016/1025 sayılı kararı, bu konudaki ilke karardır. Yargıtay'a göre, ifade hürriyetine müdahale edilmesi dört durumda mümkündür. 1) Şiddet araç olarak gösterilmeli, 2) Kişiler veya grup hedef gösterilip, intikam istenilmeli, 3) ifade edilen düşünce için şiddete başvurmak meşru bir yol olarak ileri sürülmeli, 4) Şiddetin ortaya çıkması için insanda saldırgan duyguları tetikleyecek biçimde nefret yaratılmalıdır. Farklı kararlar bulunmakla birlikte günümüzde de Yargıtay'ın somut tehlike yaklaşımı devam etmektedir. Genellikle karşı oylar suçun tamamlandığını, propaganda suçunun esasen soyut tehlike suçu olduğunu savunmaktadır[52].

Özgenç'e göre, AYM'nin kararlarında terör örgütünün propagandası suçunun somut tehlike suçu olarak araştırılması ceza hukuku teorisiyle uyumsuzdur. Çünkü, somut tehlike veya açık ve yakın tehlike testi, öncelikle ifadelerin terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren eylemler gerçekleştirmesi veya gerçekleştirme tehlikesini ortaya çıkarmalıdır. İkinci olarak da, propaganda mahiyetindeki açıklamalarda fiilin gerçekleşmesine ilişkin somut tehlikeyle nedensellik bağı kurulmalı ve ispatlanmalıdır. Bu şartlarda terörle mücadelenin imkanının yoksunluğundan bahsedilmektedir[53].

Türkiye gibi propaganda suçunun "*ayrı suç bir tipi olarak kabul eden sistemlerde*" terör örgütüne yardım mahiyeti ortaya çıksa da "genel norm-özel norm kuralıyla" özel norm faile uygulanarak terör örgütü üyesi olmayan kişilere propaganda suçundan mahkûmiyet verilmektedir. Terörizm ve terör örgütünün propagandası suçunun soyut tehlike kabul edilmesi açık ve yakın tehlike testine göre cezalandırılacak alanı artıracaktır[54]. Terör örgütünün propagandası suçları herkes tarafından işlenebilen, mağdurunun Türkiye Cumhuriyeti olduğu, konusu devletin varlığı, milletin bütünlüğü, Anayasa ve ülke

[49] ARSLAN, s. 218-219.
[50] ARSLAN, s. 214-215.
[51] Erhan Urak, AYM, 9.06.2021 tarih, B. No. 2016/10657, § 55, RG. 22.09.2021/31606.
[52] Yargıtay 3.CD., 02.12.2021 tarih, E. 2021/4871, K. 2021/10298 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.06.2020 tarih, E. 2016/1159, K. 2020/280 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18.06.2020 tarih, E. 2017/600, K. 2020/306 sayılı kararı, karşı oy gerekçesi; bkz. benzer karar Yargıtay 16. CD., 27.11.2017 tarih, E. 2017/1604, K. 2017/5426 sayılı kararı.
[53] ÖZGENÇ, s. 415-420; CİHAN, Erol: "Milli Duygulara Aykırı Propaganda Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 43, S. 1-4, Y. 1977, s. 57-61; Yargıtay 16. CD., 27.11.2017 tarih, E. 2017/1604, K. 2017/5426 sayılı kararı.
[54] ÖZGENÇ, s. 418-427.

bütünlüğünü korumakla ilişkilendirilmektedir[55]. Düşüncenin alenileştirilmesinde propagandanın suç teşkil etmesi, savunulan düşünceye taraftar çekme amacının şiddet tekelini benimseyen bir anlayışta, siyasi eleştiri ötesinde; fikrin, cebir veya telkinle başkalarına tesir ettirilme/aşılanmasıdır[56].

Liberal düşüncede fikirlerin cebir ve şiddetle kabul ettirilmeye çalışılması kesinlikle korunmamaktadır. Doğrudan cebir veya şiddet kullanılmasa da, terörizm ve terör örgütlerinin kendilerine yöntem olarak belirlediği/kullandığı cebir, tehdit ve şiddeti kutsamak, teşvik etmek ve meşru göstermek de hakkın kötüye kullanılması görülerek korunmamaktadır. Düşüncenin alenileştirilmesinde propagandanın farklılaşan yönü, yasadışı faaliyetlerin yayılıp destek görmesi, korku panik oluşturup halkta güvensizlik duygusu oluşturma amacındadır. Bizce suçun tamamlanması için elverişli araçlar kullanılmalıdır[57]. Örneğin SEGBİS'ten yürütülen duruşmadaki beyanlar propaganda suçunu oluşturmamaktadır, resmi bir makama verilen dilekçe suç teşkil edebilir ama propaganda suçu değildir. Propaganda suçunda alenileştirilen düşüncenin yayılmasında toplu olma unsuru belirleyicidir. Bireysel bir faaliyet asla değildir. İfadenin kime ait olduğu, ifadenin muhatabının kimliği, ifadenin türü, içeriği, şekli, ifadenin gerçekliği, ifade sahibinin üstlenmiş olduğu görev ve sorumluluğu incelenmeli; ifadenin olaya uygulanması, toplum, kamu yararı ve kişisel yarar çatışmasını dengelemelidir[58].

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin buluşu, "açık ve yakın tehlike" testinin terörizmin propagandası suçunda uygulanmasının ceza hukuku ilkeleriyle örtüşmediği görüşüne katılmaktayız. Propagandanın yayılması için elverişli yöntemlere başvurulup başvurulmadığını araştırmak, düşüncenin yayıldığı mecra ve ulaştığı kitle, ifade sahibi kişinin kimliği, ifadenin içeriğinde temas edilen hususlar, bunlarının tümünün birlikte değerlendirilmesi özgürlükle güvenliği dengeleyici, terörle mücadele edici bir yaklaşımdır.

III. PROPAGANDA HAKKININ SINIRLANMASI

İnsanın biricikliği, bireyin kendini ifade etmesi, hakikati araması, başkalarının hakları, ödevleri, katılımcı demokrasi[59]. Bunlar ve saymadığımız başkaca hususlar ifade hürriyetinin önemini vurgulamaktadır. Hoşgörü, bir değer olarak bireylere kendi içsel alanlarında bir sınır çekmektir. Ancak, bencillik gerçeği karşısında pozitif metinlerdeki sınırın varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Hürriyeti sınırlandırmak, açıktır ki hürriyete müdahale edilmesidir.

İfade hürriyetinin mutlak olmadığı sınırlandırılması gerektiği hususunda görüş birliği vardır. Sınırlandırma sebepleri ülkelere göre değişmektedir. ABD Anayasal düzlemde ifade hürriyetinin sınırlandırılmasından ayrılmış gözükmektedir. ABD Anayasası'nın birinci değişikliği "*ifade hürriyetinin sınırlandırılmasını yasaklamaktadır"*[60]. Amerikan toplumunun farklı dönemlere göre değişen ABD Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği ilkelerle bu boşluk doldurulmuştur[61].

Anayasanın 13. maddesi Türkiye'de temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağını düzenlemektedir. *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine*

[55] CİHAN, s. 54-55.
[56] CİHAN, s. 54-57.
[57] CİHAN, s. 51-55.
[58] Gökhan Çalışkan, AYM, B. No. 2017/18316, K. T. 28.01.2020; Kenan Baş, AYM, B. No. 2017/17411, K. T. 29.11.2018.
[59] TRAGER/DİCKERSON, s. 132.
[60] ARSLAN, s. 168.
[61] ARSLAN, s. 207; TRAGER/DİCKERSON, s. 85.

aykırı olamaz". İfadenin sahibi, muhatabı, içeriği, kişinin şeref ve haysiyeti, ifadenin topluma faydası, ifadenin çevresi gibi unsurlar dikkate alınarak çatışan değerler dengelenmeye çalışılmaktadır. İfade hürriyetinin sınırlanmasındaki temel düşünce, açığa vurulan düşüncenin kontrol edilmesinin gerekli olduğudur. Müdahalenin amacı, kişilerin ve kamunun zarara uğramasının engellenmesi kabul edilebilmektedir. Hürriyete müdahalenin zorunlu, istisnai ve toplumun yararına uygun olması araştırılmakta, düşüncenin açıklanma şekli, açıklanma yeri ve zamanı gibi unsurlar değerlendirilmektedir[62].

İfade hürriyetinin sağlanması ve korunmasında pozitif yükümlülüğü bulunan devlet, 13. madde de temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında uyulacak temel esasları belirlemekte ve kademeli bir güvence sistemi getirmektedir. Sınırlamanın ihlal oluşturmaması için madde içerisinde belirtilen güvencelerin tamamı, hürriyete yapılan müdahaleyi, ayrı ayrı uygunluk sağlamalıdır[63].

A. Kanunla Sınırlama

Kanunilik ilkesi, temel hak ve hürriyetler yasama yetkisinin niteliği gereğince düzenlenirken ve sınırlandırılırken hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine uyarak "kanunla" düzenlenmesidir[64]. Kanunilik ilkesi yerine kanunca öngörülme de denilmektedir. Sunday Times/AİHM davasında açıklandığı üzere, hukuk devletinin gereği, bireylerin hukuk dışı davranışlardan kaçınmaları, kanunun "açıklık ve ulaşabilme" gereksinimini karşılaması gerekmektedir[65]. Kanunla öngörülme amaç saptırmasını engellemektedir. Hakkın doğasından kaynaklı sebepler, kamu yararından kaynaklı sebepler, anayasada belirlenen sebepler, genel ve özel sınırlama sebeplerine[66] kanunilik ilkesi hukuki güvence getirmektedir.

İfade hürriyetinin sınırlandırma sebepleri, *"bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz"* şeklindedir.

Kanunla sınırlandırma da öncelikle akla gelen şeklendir. Şekli kanun, yasama organın kanun olarak adlandırdığı yasama işlevidir. Sınırlama, yasa dışındaki hukuki düzenlemelerle de belirli şartlarda mümkündür. AİHM, kanunla sınırlandırma ilkesinde önce şekli kanunu sonra maddi kanunu araştırmaktadır. Maddi kanun araştırmasında, kanunun içeriğinin hukuki güvenliği sağlaması gerekir; öngörülebilirlik, erişe bilirlik ve kesinlik[67]. Kanunun açıklık ve ulaşılması değerlendirmesinde, Türkiye'nin terörle mücadelesinde kanunilik ilkesi açısından eksiklikler bulunduğu eleştirisi AİHM kararlarında sıklıkla dile getirilmektedir. Bu konu, Işıkırık/Türkiye kararında tartışılmış, TCK'nın 220/6. maddesinin öngörülebilir olmadığı, Sözleşmenin 11. maddesi ile korunan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına keyfi müdahaleye yasal koruma sağlanamadığı ifade edilmiştir. Söz konusu karar, "ilke karar" kabul edilmektedir. AİHM, başvurucunun PKK'nın çağrısı üzerine şiddet eylemine dönüşen yürüyüşe katıldığını,

[62] AYM. 31.05.2018 tarih, E. 2018/69, K. 2018/47 sayılı kararı, bkz. § 10-15; Sunay, s. 74.
[63] EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 4. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 593-594; İNCEOĞLU, s. 23-24.
[64] EREN, s. 596.
[65] BEYDOĞAN, T. Ayhan: Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Cantekin Matbaası, Ankara 2003, s.97.
[66] EREN, s. 607-614.
[67] İNCEOĞLU, s. 29-31.

başvurucunun yüzünü kapatarak terör örgütü ve liderini destekleyen sloganlar attığını, ancak TCK'nın 220/6. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan müdahalenin "kanunla öngörülmemiş" olması nedeniyle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

Kararda dikkat çekilen hususlar, açıktır ki terör örgütü propagandası gerçekleşmiştir. Ancak bireylerin davranışlarını düzenlemelerine olanak sağlamak için yasanın yeterli kesinlikte bir form oluşturması gerekir. Eylemin sonuçları koşullara göre makul derece boyutunda öngörülmelidir. Elbette bütün sonuçların "mutlak bir kesinlik" biçiminde öngörülebilir olması gerekmez, bu derece katı kesinliğin yasanın çıkarılma ihtiyacına cevap vermeyeceği de açıktır. Bundan dolayı, birçok yasa, az veya çok belirsiz terimleri ifade etmektedir. Temel hakları etkileyen konular açısından sınırlı yasal takdir hakkı tanınmaktadır. Aksi durum demokratik toplumun olmazsa olmaz ilkesi hukukun üstünlüğüne aykırıdır. Temel hakları etkileyen sınırlandırmalar muğlaklık oluşturulmayacak bir şekilde belirlenmelidir[68].

Bu bağlamdaki başka bir kararda, AİHM'e bireysel başvuruda bulunan M.Ç., PKK'nın çağrısı üzerine, 22 Ekim 2008, 9 Kasım 2008 ve 14 Şubat 2009 tarihlerinde Batman'da düzenlenen gösterilere katılmıştır. PKK ve A.Ö.'yü öven sloganlar atmış, PKK'yı öven, yücelten ve açıkça propagandasını yapan şarkılar söylediği anlaşılmaktadır. "*Farklı tarihlerdeki davranışlarından ötürü, üç kez, terör örgütünün propagandasını yapma suçundan 3713 sayılı Kanun'un 7/2. maddesi gereğince mahkumiyet almıştır*". AİHM, Işıkırık/Türkiye kararına atıf yaparak, "terör örgütünün propagandası" suçları açısından ayrı bir değerlendirmeye gerek duymayarak Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir[69].

AİHM içtihatlarına uygunluk sağlamak için yapılan değişiklik sonrasında da Mahkemenin ihlal kararlarına hükmetmeye devam ettiği görülmektedir. Terör örgütünün propagandası suçunun AYM kararlarında somut tehlike suçu kabul edilmesi, Yargıtay'ın açık ve yakın tehlike ölçütünü uygulaması çözüm üretememiştir[70]. Önerimiz sınırlamanın kanunla yapılmasında; sorunların çözümünde temele inilmeli, farklı disiplinlerden faydalanılmalı, sıklıkla mevzuat değişikliği yapılmamalı, mevzuatın çokluğunun yaratacağı belirsizlik ve mahkeme kararında ortaya çıkacak istikrarsızlığa son verilmelidir[71].

B. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, AİHS'nin 8-11. maddeleri kapsamında demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüyle birlikte değerlendirilmektedir[72]. Propaganda, ilgili maddelerdeki hürriyetlerle bağlantılıdır. Sınırlama amacının somutlaştırılması ölçülülük ilkesi üzerindendir[73]. Propaganda suçunun somutlaştırılmaya çalışılması ve literatüre katkısı düşünülerek ölçülülük ilkesini demokratik toplum düzeninden ayrı bir başlıkta ele almayı daha uygun gördük.

---

[68] Murat Işıkırık/Türkiye Başvurusu, AİHM, 14.11.2017 tarih, B. No. 2009/41226, § 53-70; benzer yönde bkz. Nazlı Ilıcak/Türkiye Başvurusu, AİHM, 14.12.2021 tarih, B. No. 2017/1210; bkz. AYM'nin bu konudaki pilot kararı Deniz Yavuncu ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 23.02.2023 tarih, B. No. 2018/5126 § 20.

[69] Mustafa Çelik/Türkiye Başvurusu, AİHM, 8.12.2020 tarih, B. No. 2011/46127; benzer yönde bkz. Bakır/Türkiye Başvurusu, AİHM, 13.10.2020 tarih, B. No. 2011/2257.

[70] YILMAZ, Aslı Ekin: "İfade Özgürlüğü Bağlamında Tehlike Suçlarının Düzenlenişine İlişkin Bir Değerlendirme", *YUHFD,* C. 17, Özel Sayı, Y. 2020, s. 170-172.

[71] YURTLU, s. 432; Yargıtay 16. CD., 9.11.2015 tarih, E. 2015/1949, K. 2015/3786 sayılı kararı; Yargıtay 16. CD., 13.09.2017 tarih, E. 2016/2659, K. 2017/5018 sayılı kararı; Yargıtay 3. CD., 14.12.2021 tarih, E. 2021/4002, K. 10767 sayılı kararı.

[72] İNCEOĞLU, s. 26-27.

[73] İNCEOĞLU, s. 29.

Ölçülülük, *"hukukun genel ilkesidir"*. Olağandışı dönemler dahil uyulması gereken bir ilkedir. Sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması, hakka müdahalenin, alt ilkeler elverişlilik, gereklilik ve orantılılığa ayrı ayrı teste tabi tutulup birbirleriyle bağlantılı üçünün sağlamasının yapılmasıyla mümkündür. Elverişlilikte, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmak amacıyla getirilen kanuni araçların amaca ulaşılmasındaki katkısına bakılmaktadır. Gereklilik, hak ve hürriyetleri sınırlamak istisnai bir durum olduğundan dar yorumlanmakta. Bu yüzden de sınırlamaya elverişli araçlardan "en az sınırlayıcı olanı" tercih edilmektedir. Son olarak, meşru amaç bakımından elverişli ve gerekli önlemin *"amacı gerçekleştirecek oranda kullanıp kullanılmadığı"* orantılılık testinde sınanmaktadır[74].

Sınırlandırmanın kanunilik ilkesine uygun bulunmaması durumunda genellikle diğer ölçütler değerlendirilmeksizin ihlal kararı verilmektedir[75]. Çalışmamızda propaganda hakkını somutlaştırmamız gerekmektedir. Propaganda suçuna ölçülülük açısından yaklaştığımızda, *"milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi ve suçluların cezalandırılması"* amacını sağlamak için terör örgütünün propagandasını suç olarak düzenlemek elverişli kabul edilebilir. Diğer alt unsurlar açısından da bazı mahkeme kararlarına bakacağız.

Öncelikle terör örgütünün propagandası kabul edilen bazı kararlar incelenecektir. Birinci örnekte, yüzü gizlemek başvuru konusudur. Gerekçe, terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantılarda "*kimliğini gizleyen kişiler hakkında"*, iyi niyetleri açısından şüphe duyulması için yeterli şüphe kabul edilmiştir. Mahkemeye göre, bu kişilerin tertip ettiği veya katıldığı toplantılar "barışçıl toplantı" kavramı dışındadır[76]. Toplantı ve gösterilerin barışçıl olması hakkın doğal sınırıdır. İkinci örnekte, bildirimsiz gösteri yürüyüşünde, *''PKK Halktır Halk Burada, PKK'yı yaratan Öcalan'a Bin Selam, Kürdistan Faşizme Mezar Olacak"* şeklinde slogan atılmıştır. PKK'yı destekleyen kişilerin terör örgütünün propagandasını yaptıkları kabul edilmiştir[77]. Üçüncü örnek, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararına göre propaganda suçu, *"terör örgütünün düşüncesini yaymak amacıyla slogan atma, bildiri/gazete/dergi/kuşlama vs dağıtmak/satmak, resim/yazı/bayrak/pankart asmak/taşımak, mesaj göndermek, konuşma/basın açıklaması yapmak gibi faaliyet (övmek, yüceltmek, haklı, meşru göstermek) lerdir".* Bu belirleme, 3713 sayılı Kanunun 7. maddesinin 2. fıkrasının b bendine göre yapılmaktadır[78]. Dördüncü örnekte, HDP milletvekillerinin Bursa ilindeki tanıtım etkinliğinde; *"Ez Kürdistanım ve Ha Gerilla"* türkülerini seslendiren kişinin davasıdır. Yargıtay, söz konusu türkülerin sözlerini, terör örgütünün cebir ve şiddet içeren yöntemlerini övdüğü kabul etmiş, 3173 sayılı Kanunun 7/2. maddesi gereğince terör örgütünün propagandası suçundan mahkûmiyet gerektiğine hükmetmiştir[79]. Son örnekte, üniversite öğrencisi başvurucu, fakülte önünde 250 civarı kalabalık ile "*PKK burada, Hizbul Şeytan Nerede*" ve "*Dişe Diş Kana Kan Seninleyiz Öcalan, Direne Direne Kazanacağız*" şeklinde slogan attığı görülmektedir. Sloganlar şiddet tonunu yükseltmiştir. Şiddetin övülmesi ve teröre destek haline dönüşmüştür. Sözler, saldırıları kışkırtıcı, PKK'nın korkutuculuğu ve şiddete başvurmaya cesaretlendirici nitelenip, propagandadan verilen ceza da ifade hürriyetinin ihlali kabul edilmemiştir. Başvurucunun 10 ay hapis cezasına çarptırılması ve HAGB

[74] EREN, s. 618-620.
[75] Mustafa Çelik/Türkiye Başvurusu, AİHM, 8.12.2020 tarih, B. No. 2011/46127; benzer yönde bkz. Bakır/Türkiye Başvurusu, AİHM, 13.10.2020 tarih, B. No. 2011/2257.
[76] Ferhat Üstündağ Başvurusu, AYM, 17.07.2018 tarih, B. No. 2014/15428, RG. 28.09.2018/30549; Nahide Eren Başvurusu, AYM, 21.04.2021 tarih, B. No. 2014/2134.
[77] Mervan Kayhan Başvurusu, AYM, 28.01.2021 tarih, B. No. 2017/34577.
[78] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 07.02.2017 tarih. E. 2013/383, K. 2017/60 sayılı kararı.
[79] Yargıtay 16. CD., 21.06.2021 tarih, E. 2019/7744, K. 2021/4175 sayılı kararı.

kararına hükmedilmiştir. Denetim süreci caydırıcı, "hapis cezası ve adli para cezasına" göre daha hafif bir önlem olarak orantılı görülmüştür[80].

Terör örgütünün propagandası kabul edilmeyen kararlar: birinci örnek karar, 11.01.2016 tarihinde 1.128 akademisyenin imzası ile yayımlanan *"Barış İçin Akademisyenler Bildirisi"* veya *"Bu Suça Ortak Olmayacağız Bildirisi"* olarak ifade edilen bildiridir. Söz konusu bildiri Hendek olayları olarak isimlendirilen ülkemizin Doğu Anadolu ve Güneydoğu Anadolu bölgesinde yaşanılan olaylara yöneliktir, bildiri kamuoyunu yakından ilgilendiren bir konuya odaklanmıştır. Bildiriden dolayı başvuru yapanlar ve diğer imzacıların önemli bir kısmı ceza almıştır. AYM'ye göre, bildiri dili sert, kamu otoritelerini suçlayan rahatsız edici kabul edilmektedir. Kamu görevlilerine yöneltilen eleştiride seçilen ifadeler, *"yıkım*, *katliam*, *işkence*, *sürgün*, *kasıtlı ve planlı kıyım"* şeklindedir. AYM, bireysel başvuruda sözlerin doğru veya yanlış olması değil, terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde olup olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. AYM'nin gerekçesi, bildiride terörün övülmesi, terörizme destek, şiddete başvuru, silahlı direniş veya başkaldırı görülmemiştir. Mahkemeye göre, bildirinin içeriğinin toplumun büyük çoğunluğunun düşüncesi ile örtüşmediği açıktır. Bundan dolayı da açıklamanın koruma noktası artmaktadır. Yapılan müdahale, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilmemiştir. 8-8 oylama sonucunda, Mahkeme başkanının oyuna tanınan üstünlük ile Anayasanın 26. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir[81].

İkinci örnek karar Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, karara konu olay: "*parti yönetimi ve üyelerinin de bulunduğu yaklaşık 180 kişilik bir topluluğun Bulanık ilçe parti binasından…Belediye İş Merkezi'nde bulunan parti binasının önüne geldikleri, saat 12.00 sıralarında topluluğun olaysız şekilde dağıldığı, basın açıklaması ve yürüyüş esnasında katılımcılar tarafından; 'be serok jiyan nabe, PKK halktır halk burada, Kürdistan faşizme mezar olacak, T.C. şaşırma bizi dağa taşırma, T.C.'nin piçleri yıldıramaz bizleri, Bulanık ovası Apocular yuvası, vur gerilla vur Kürdistanı kur, baskılar bizi yıldıramaz, gençlik Aponun fedaisidir, geliyor geliyor apocular geliyor, AKP'yi basarız Erdoğan'ı asarız, disa disa serhildan serok'ime Öcalan, em kine apo cine' şeklinde sloganların atıldığı ve yine katılımcılar tarafından; sarı zemin üzerine yeşil-kırmızı yazı ile yazılı 'ya onurlu bir çözüm ya da görkemli bir direniş', siyah bez üzerine beyaz renk yazı ile; '15 Şubat Uluslararası Soykırım Gününü şiddetle kınıyoruz', beyaz, kırmızı, sarı, yeşil ve mor zemin üzerine kırmızı-siyah renk yazı ile 'ji bo jiyanek bi rumet an azadi an azadi' şeklinde pankartların taşındığı, esnafların kepenk açmadıkları, iş yerlerinin kapalı olduğunun tespit edildiği…"* şeklindedir. Çoğunluk görüşüne katılmayan 9 üyenin karşı oyuyla terör örgütünün propagandası suçunun oluşmadığına karar verilmiştir[82].

Barış İçin Akademisyenler Bildirisindeki devleti suçlayıcı ifadelerin benzerini AİHM, Sürek/Türkiye başvurusunda değerlendirmiş, Zana/Türkiye kararında da vurguladığı gibi terör örgütünün yoğun saldırısının bulunduğu bir zamanda saldırıları artıracak devlet görevlilerinin suçlandığı sorumlu gösterildiği toplumsal etki gücü yüksek söylemlerin şiddet riskinden bahsetmiş, müdahaleyi ihlal görmemiştir[83]. Hendek olayları olarak bilinen belli şehirlerde özerklik ilan edilip sivillere, kamu görevlilerine ve güvenlik kuvvetlerine yönelik doğrudan yoğun saldırılar, yüzlerce asker ve polisin hayatını kaybettiği üzücü

[80] Baver Mızrak Başvurusu, AYM, 09.01.2020 tarih, B. No. 2015/19280, RG. 17.03.2020/31071; benzer karar Erhan Urak, AYM, 9.06.2021 tarih, B. No. 2016/10657, § 55, RG. 22.09.2021/31606.

[81] Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 26.07.2019 tarih, B. No. 2018/17365, RG. 19.09.2019/30983; Hendek olaylarında bir TV programına bağlanarak Hendek olaylarıyla ilgili kamu görevlilerini eleştiren benzer bir karar Ayşe Çelik Başvurusu, AYM, 9.05.2019 tarih, B. No. 2017/36722, RG. 10.05.2019/30770.

[82] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.06.2020 tarih, E. 2016/1159, K. 2020/280 sayılı kararı.

[83] Sürek/Türkiye Başvurusu (1), AİHM, 08.08.1999, B. No. 1995/26682.

hadiseler karşısında, AYM'nin zor zaman tezini[84] söz konusu başvuruda başarılı kullanmadığını düşünmekteyiz.

C. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

Demokratik toplum düzeninin gereklerine uyma, hakkı sınırlama *"milli güvenlik, kamu düzeni, sağlık ve ahlakın korunması"*, müdahalenin de *"zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılaması"* ve *"izlenen meşru amaçla orantılı olması"* gerekmektedir. Ölçütte kast edilen demokrasi, *"çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük"* unsurlarına yer vermektedir[85]. Kişinin hakkı, toplumun menfaati ve demokratik toplumların terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini savunma hakkı arasında denge kurulması zorunlu bir ihtiyaçtır. İfade hürriyetinin koruması dışına çıkarıp, hangi faaliyetlerin propaganda suçuna karşılık geldiğini tespit etmek çok yönlü bir araştırmayı gerektirmektedir[86]. Terör örgütünün eylemlerinin yıkıcılığı kadar tehlikeli bir durum da örgütün yasadışılığının meşru gösterilmesi, övülmesi, teşvik edilmesi ve örgütün tuzağına özellikle çocukların düşürülmesidir[87].

Mücadelenin *"acil toplumsal bir ihtiyaca cevap vermesi, hedeflenen meşru amacın müdahale ile uyumu"*, devlet yetkililerinin olay karşısında ileri sürdüğü gerekçelerinin yeterli bulunmasıdır. Ancak uluslararası toplumun terörizme karşı ortak bir tavır meydana getirmesindeki eksiklik, kimi ülkelerin dış siyasetleri gereği terörist grupları sempatik gösterme gayretleri terörle mücadelede zafiyet doğurmaktadır[88]. Bu yüzden terör ile doğrudan muhatap olan devletlerin korunmayan ifadelerle mücadele etmeleri önceliklidir. Siyasi ifade hürriyetinin korunan özel alanı[89], terörle mücadele de oluşmayan konsensüs, ülkelerin haklı gerekçelerini ortaya koymalarında objektifliği bozmaktadır.

Avrupa Konseyi'nin 2005 tarihli Türkiye'nin de tarafı olduğu Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin başlangıç kısmı zorlayıcı toplumsal ihtiyaç tespit etmiştir, *"terörizmi önlemek için etkin önlemler almayı ve özellikle, terör suçlarını işlemeyi alenen tahrike, terörist saflara katmaya ve eğitime karşı mukabelede bulunmayı arzu ederek, terör suçları ve bu Sözleşmede zikredilen diğer suçların, her kim tarafından işlenirse işlensin, hiçbir koşulda siyasal, felsefi, ideolojik, ırksal, etnik, dinsel ve diğer benzeri mahiyetteki mülahazalarla haklı gösterilemeyeceğini kabul ederek ve tüm tarafların bu suçları önlemek…, bu Sözleşmenin mevcut ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin ilkeleri değiştirme niyetinde olmadığını kabul ederek"* mutabık kalmışlardır.

Bu konudaki örneğimiz AİHM'nin ROJ TV kararıdır. Danimarka makamlarının ROJ TV'nin yayın lisansını iptal etmesi ve para cezasına çarptırması dava konusudur. Mahkeme, Türkiye'de güvenlik güçlerine karşı çatışmaya katılmayı teşvik eden tek yanlı haberlerin, PKK'ya katılmayı övmesi, güvenlik görevlileri ile çatışmada öldürülen kişilerin kahraman gösterilmesinin PKK'nın propagandası olduğu, bu durumun sempati şeklinde ifade edilmeyeceğine hükmetmiş, hakkın kötüye kullanma yasağı gereğince başvuru kabul edilemez bulunmuştur[90].

[84] JUERGENS, Ann: "Anayasa Mahkemeleri ve Güvenlik ile Özgürlük Arasındaki Denge", *Anayasa Yargısı*, S. 34, Y. 2017, s. 25-29.
[85] ARSLAN, s. 156-160.
[86] YÜKSEL, s. 1096.
[87] YÜKSEL, s. 1109.
[88] YAZIR, s. 46.
[89] İNCEOĞLU, s. 33.
[90] ROJ TV/Danimarka Başvurusu, AİHM, 17.04.218, B. No. 2014/24683.

Terör örgütünün propagandası suçunda AYM'nin uyguladığı demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk testi aşağıdaki gibidir: *"içinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan, çeşitli grupların şiddete başvurmaksızın ulaşmayı düşündükleri toplumsal veya siyasal hedeflere, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin düşünce açıklamaları, ideolojik ve katı olarak nitelendirilseler bile, terörizmin propagandası olarak kabul edilemez"*[91]. Terör örgütü PKK'nın kurucusu ve yapılan söz konusu şiddet eylemlerinin birincil sorumlusu A.Ö.'yü *"politik bir lider ve toplumsal sorunların demokratik yollarla çözümünde meşru bir aktör olarak"* gören söylemleri, terör örgütünü öven, cebir, şiddet veya tehdit içeren faaliyetlere teşvik mesajı şeklinde kabul edilmemektedir[92]. Benzer şekildeki sloganların yoğun çatışma ortamının bulunduğu bir zamanda gerçekleşmesi durumunda ise, terör suçlarını işlemeye teşvik, terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine teşvik ettiğine hükmedebilmektedir[93].

Bu bağlamdaki AYM kararında, Abdullah Öcalan'ın yazdığı kitabın toplanarak imha edilmesi başvuru konusudur. **AYM'nin kararındaki kitapta yer alan cümlelerden bazıları**: *"…Nitekim PKK'nın çıkış döneminde meşru savunma araçları tereddütsüz biçimde kullanılmıştı. PKK bir nevi milis güç olarak kendisini örgütlemek zorundaydı. Aksi halde bir gün bile ayakta kalamazdı* ***(sayfa 307)";*** *"bu süreçte başından itibaren PKK öncülüğünde özellikle 15 Ağustos Hamlesi'yle gelişen ve çok zorlu geçen bir direniş süreciyle sadece Kürt gerçeğinin varlık olarak tasfiyesi durdurulmamış, özgürlük yolunda da önemli mesafeler katedilmiştir. Dış hegemonik güçlerin* ***(başta ABD, İngiltere ve Almanya)*** *yoğun desteğiyle (karşılığında ekonomik olarak küresel finans sistemine teslim olma, bölgesel politikalarına tam destek verme, askeri alanda NATO gizli ordusu gladionun Türkiye bölümünün büyüyerek savaşta kullanılmasına onay verme) sürdürülen özel savaşta, bir avuç hain ve işbirlikçi dışında, varlık ve özgürlük savaşındaki Kürtler yalnız bırakılmış ve tecrit edilmiştir…****(sayfa 173)";*** *"…Kürtlük sadece özgürlük hareketi olarak değil, bizatihi varlık (dil yasağında görüldüğü gibi ontolojik varlık olarak da) olarak sona erdirilmeye çalışılmıştır. Bu eşi görülmemiş kırım hareketine karşı PKK öncülüğünde geliştirilen Özgürlük hareketi, birçok eksikliğine ve yanlışlıklarına rağmen, sadece Kürt kültürel varlığını kesinleştirmekle kalmamış, özgürleşen varlık olarak da önemli bir aşamaya taşımıştır. Bu yönlü gelişmeler diğer Kürdistan parçalarını da etkisi altına almış; Güney Kürdistan'da ulus devletçi yanı ağır basan bir siyasi oluşuma yol açarken, Doğu ve Güneybatı Kürdistan'da halkın büyük uyanışı, Özgürlük hareketine katılımı ve demokratik özerkliklerini geliştirmeleriyle sonuçlanmıştır'* ***(sayfa 178)***" şeklindedir[94]. Kitabın yazıldığı dönem çatışmanın olmaması, "demokratik çözüm" konusundaki uzlaşı talebi nedeniyle, şiddeti övdüğüne hükmedilmemiştir. Aksine, el koyma kararına dayanarak toplanılan kitapların bir kısmının kanunda düzenlenen usule uymaksızın imha edilmesi, oy çokluğuyla demokratik toplumda gereksiz kabul edilmiştir[95].

IV. ÖZGÜRLÜK ve GÜVENLİK

Demokrasinin önemli bir sınavı giderek artan terörizmdir. Terörün tüm yöntemleri meşru gören ilkesizliği, demokrasinin etkili hukuki yöntemleri zamanında kullanmasında ciddi zorluklar yaratmaktadır[96]. Korunmaması gereken ifadelerden korunacak olanları ayırmak güçleşmektedir. Sınırlandırmanın sınırının

[91] Candar Şafak Dönmez Başvurusu, AYM, 5.11.2020 tarih, B. No. 2015/672, § 63, RG. 17.12.2020/31337; Yargıtay 16. CD., 10.06.2021 tarih, E. 2019/5192, K. 2021/3875 sayılı kararı.
[92] Meki Katar Başvurusu, AYM, 3.10.2019 tarih, B. No. 2015/4916, RG. 18.12.2019/30982.
[93] Baver Mızrak Başvurusu, AYM, 09.01.2020 tarih, B. No. 2015/19280, RG. 17.03.2020/31071.
[94] Abdullah Öcalan Başvurusu, AYM, 25.06.2014 tarih, B. No. 2013/409, § 27-35.
[95] Abdullah Öcalan Başvurusu, AYM, 25.06.2014 tarih, B. No. 2013/409.
[96] YAZIR, s. 48.

aşılması veya yasaklanması gereken ifadelerin serbestliği, özgürlük ve güvenlik açığı yaratmaktadır. Propagandanın ifade hürriyetindeki yeri değerlendirilirken "kanunilik, meşru amaç, ölçülülük ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütlerine" terörle mücadelenin hassasiyeti[97] karşısında "özgürlük ve güvenlik" bakış açısının eklemlenmesini gerekli atfediyoruz.

A. Özgürlük ve Güvenlik Dengesi

İfade hürriyeti, demokrasinin vazgeçilmez bir unsurudur. Demokrasiler, kendi güvenliklerini tehlikeye atacak sınırsız bir propagandaya katlanmak yükümlülüğü altında değildir[98]. Kamu düzeni, hürriyetin sınırlandırılmasında ulusal ve uluslararası metinlerde kabul edilen meşru bir gerekçedir. Güvenlik kavramını bu başlıkta tek boyutuyla ele almamaktayız[99]. Özellikle, Anayasal görev olarak devlet tarafından sağlanan fiziksel güvenlik "barış"; keyfi devlet eyleminden kaçınılması, hayat tarzlarının muhafaza edilmesi, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerinin korunması "maddi" veya "hukuki güvenlik"[100].

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere özgürlük ve güvenlik iç içedir. Şiddet ve özgürlük bir arada bulunmamaktadır. Şiddet, tehlikeyi işaret etmektedir. Müdahale/mücadele edilmelidir. Devletin asli görevidir. Vatandaşın sahip olduğu, korunması için anlaşılan, muhafaza edilmesi gereken iki insani değer vardır. Devletin garantörlüğündeki hayatımız ve anayasanın garantörlüğündeki özgürlüğümüz[101]. Özgürlük ve güvenlik, birisinden vazgeçilemediği gibi, ne az ne çok olmalı her ikisi "dengede" bulunmalıdır.

Olağandışı durumlarda, korkunun hâkim olduğu bir atmosferde insan haklarına saygı azalmakta ve çok kırılgan hadiseler yaşanmaktadır. Özgürlük aleyhine denge bozulmaktadır. Ancak olağandışı durumlarda da hukuken belirli ve öngörülebilir bir süreçte zorlukların üstesinden gelinmelidir. Bu minvalde ABD'de bilenen bazı güvenlikçi kabul edilmeyecek örneklerden bahsedeceğiz. İlki, 1940-1950'li yıllarda ABD'deki "kızıl korkusu" dur. Robin Hood hikayesinin yasaklanması, Gazap Üzümlerinin komünist eser kabul edilmesi, işten çıkarılmalar, hapse atılmalar gibi hadiselerle doludur. 1954 yılına kadar kızıl korkusunun figür ismi Wisconsin senatörü dövüşçü McCarthy "kolu sıvalı" Amerikalıyı temsil etmiştir.

İkincisi, 11 Eylül saldırısı sonrasında ABD ve Avrupa'daki "yeşil korkusu" dur. Vahim olayları tetiklemeye devam etmektedir[102]. 11 Eylül 2001'de Dünya Ticaret Merkezi İkiz Kulelerine yapılan saldırıdan 3 gün sonra çıkartılan Askeri Güç Kullanma Yetkisi Yasası, yani tutuklu kişilerin hükümet tarafından istediği bölgeye özelikle Guantanamo'ya götürüldüğü, kimsenin tutukluluğa itiraz hakkının bulunmadığı süreç, 2008 yılında Yüksek Mahkeme'nin 5'e 4 oyu ile, temel haklardan *"vatandaşlık hakkı tanınmamış düşman savaşçıları bile kapsadığına"* hükmetmesiyle terörle mücadele hukuki bir çerçeveye evrilmeye başladı. Bu ara dönemde, düşman ilan edilen ülkenin vatandaşı olduğu veya Müslüman olduğu gerekçesiyle tutuklamalar yapıldı[103].

[97] TBB, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 107, s. 66-71.
[98] YAZIR, s. 41.
[99] YILMAZ, s. 165.
[100] JAKAB, András: "Breaching Constitutional Law on Moral Grounds in the Fight Against Terrorism: Implied Presuppositions and Proposed Solutions in the Discourse on 'the Rule of Law vs. Terrorism'", *Oxford University Press and New York University School of Law,* C. 9, S. 1, s. 63.
[101] JAKAB, s. 65.
[102] ARSLAN, s. 185-192.
[103] JUERGENS, s. 25-29.

Çalışmamızda yer verdiğimiz mahkeme kararlarında yukarıdaki örneklerdeki davranışlar veya benzerleri değil, Mahkemeye konu ifadelerin terör örgütü propagandası olup olmadığı incelenmektedir. Başta AYM olmak üzere söz konusu başvurularda ABD'de ortaya çıkmış bozulmuş dengenin Türkiye'de de bulunduğu düşüncesiyle hareket edildiği görülmektedir. Yapılan bu değerlendirme bizce eksiktir. Yurt içinden veya sınırı aşıp gelen terörist saldırılarda Türkiye uzun yıllardır sivil/kamu görevlisi, çeşitli yaş grubundan birçok kişinin yaralanması veya hayatını kaybetmesi, halen de farklı terörist grupların Türkiye'ye karşı saldırı yapması Türkiye'nin herkesçe bilinen durumudur[104]. Türkiye'deki mahkeme kararlarında PKK terör örgütü ve saldırılarıyla ilgili çok sayıda karar olmasına rağmen[105] korunmaması gereken ifadeler korunarak terazinin güvenlik kefesi göz ardı edilmektedir.

TBMM'nin "13.02.2013 tarihli Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu'na" göre, 7.918 kamu görevlisi 5.557 sivil terör ve şiddet olaylarında hayatını kaybetmiştir. Maalesef rapor sonrasındaki 10 yıl içinde de terör saldırıları ve kayıplar devam etmiştir. Terör eylemlerini gerçekleştiren PKK'nın , "KADEK, KONGRA/GEL, TÜDEK, KKK, KCK, PJAK, PÇDK, PYD, ARGK, ERNK, HPG, HRK, TAK, YPG" gibi isimlerde kullandığı bilinmektedir[106]. PKK, Avrupa ve Ortadoğu'da örgütlenmiş, Irak ve Suriye'de kamplar kurmuştur[107]. Demokrasi ideali, tehditlere karşı, araç-amaç dengesini gözeten önlemler almayı engellememektedir[108].

B. Hakları Kötüye Kullanma Yasağı

Hakları kötüye kullanma yasağı, her hak için geçerlidir. İfade hürriyetinin korumadığı şiddet, terör örgütünün propagandasını yapma suçuna dönüşmektedir. Yasak, AİHS'nin 17. maddesinde düzenlenmiştir. 17. madde, *"bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz"* şeklindedir. AİHM'nin temel hak ve hürriyetlerin bireysel veya toplu olarak kötüye kullanıldığına hükmettiği önemli ilke kararları bulunmaktadır. Terörün ve savaş suçlarının teşviki ve meşru gösterilmesi (Roj TV/Danimarka), şiddetin teşvik edilmesi (Hizb ut - Tahrir/Almanya), totaliter ideolojilerin teşviki (German Communist Party (KPD)/Almanya), nefretin tahrik edilmesi (Glimmerveen ve Hagenbeek/Hollanda), homofobi (Molnar/Romanya), dini nefret (Norwood/Birleşik Krallık), Yahudi soy kırımının inkârı (Garaudy/Fransa).

Anayasa'nın 14. maddesi de temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması yasağını hüküm altına almaktadır. Hakkı kötüye kullanmanın yasaklanması hukukun genel bir ilkesidir. Böyle bir düzenleme

[104] Selahattin Demirtaş Başvurusu, AYM, 21.12.2017 tarih, B. No. 2016/25189, RG. 01.02.2018/30319, § 10-13.

[105] Selahattin Demirtaş Başvurusu, AYM, 21.12.2017 tarih, B. No. 2016/25189, RG. 01.02.2018/30319, § 12, *"Türk yargısı, PKK'nın silahlı bir terör örgütü olduğuna dair çok sayıda karar vermiştir. Bu bağlamda -yurt dışında iken yakalanıp Türkiye'ye getirilen- Abdullah Öcalan; silahlı terör örgütü PKK'yı kurduğu ve yönettiği, devletin hâkimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya yönelik eylemlerde bulunduğu sabit görülerek Ankara 2 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesinin (DGM) 29/6/1999 tarihli kararıyla mahkum edilmiştir. Anılan kararda PKK'nın kurulduğu günden itibaren yaygın ve sürekli bir şekilde binlerce adam öldürme, silahlı çatışma, köy basıp ev yakma, yol kesme, adam kaçırma, silahlı gasp, uyuşturucu ticareti gibi hukuk dışı, insanlıkla bağdaşmayan, yasalara göre her biri ayn ayn ağır cezalan gerektiren eylemleri gerçekleştirdiği , bu eylemlerle devlet otoritesini zayıflatmak, hukuk düzenini sarsmak, ülkenin kalkınmasını ve büyümesini engellemek suretiyle vatan ve millet bütünlüğünü parçalamak istediği ifade edilmiştir. Söz konusu mahkûmiyet hükmü Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 22/ 11/1999 tarihli ilamıyla onanmıştır".*

[106] Selahattin Demirtaş Başvurusu, AYM, 21.12.2017 tarih, B. No. 2016/25189, § 18.

[107] JAKAB, s. 77.

[108] YAZIR, s. 43.

bulunmasa dahi hakkın kullanılması başka hakları ortadan kaldıracak, başkalarına zarar verecek bir şekle dönüştürülemeyecektir[109]. Hakkın kötüye kullanılması, kişinin hukuk düzeninde sahip olduğu olanaklarla hukuk dışı amaçlarını perdelemesi, başkalarının hakkını gasp etmesi, neticede menfaatleri ihlal etmesidir[110]. Sözleşme'nin tanıdığı temel hak ve hürriyetlerin tahribine veya yok edilmesine yönelik tutum ve davranışlar yasaklanmaktadır. Kötüye kullanma, hem devlet hem de kişi/gruplar için yasaklanmıştır[111].

AİHM'nin Eyüp ve diğerleri başvurusundaki değerlendirmesi, terörün propagandasını önlemede tatbik edilmesi mümkün bir karardır. Demokratik toplumdaki faaliyetler, programlar ve siyasi eylemler demokrasinin temel ilkelerine uyumlu olmalıdır. Siyasal faaliyetler, AİHS'nin hükümlerinin korumasından faydalanmaktadır. Faaliyetler, tanımlanan sınırlar içerisinde gerçekleşmektedir. Devletin yasal veya anayasal yapısında değişiklik yapılmak istenilebilir. AİHM, burada iki kriteri araştırmaktadır. Birincisi, değişiklik hedefinde kullanılan araçlar yasal ve demokratik. İkincisi, önerilen değişikliğin kendisi temel demokratik ilkelerle uyumlu olmalıdır. Bu iki kriterden çıkan sonuç; liderleri şiddet kullanmayı teşvik eden veya demokrasiye saygı duymayan veya demokrasinin tanıdığı hak ve özgürlükleri hiçe saymayı amaçlayan bir siyasi teşekkül demokrasinin güvencesinde yer almamaktadır. Kişi ve grupların AİHS'deki haklarını kullanması, Devletin kurumlarını veya başkalarının hak ve özgürlüklerini tehlikeye atamaz. Siyasal haklar, bireysel veya topluca şiddetin üreme alanına, demokratik ilkelerin reddini somutlaştırmaya dönüştürülemez[112].

Hakları kötüye kullanma yasağı devlet için de geçerlidir. AİHM, siyasi partinin kapatılmasını istisnai bir yöntem kabul etmektedir. Batasuna/İspanya kararında kamu güvenliği, diğerlerinin haklarını ve özgürlüklerini korumak açısından söz konusu partinin kapatılması tedbiri demokratik toplumda gerekli atfedilmiştir. İfade hürriyetinin korunmayan kısmına, Batasuna kararında değinilmektedir. Şiddet, şiddetin yüceltilmesi evrensel düzeyde kınanmalıdır. Terör örgütleri ve kişilere sadece aktif desteği değil, pasif desteğe karşı da bastırıcı tedbir alma devletlerin yükümlülüğüdür. Bahsedilen pasif destek örgüte üye olmaya gerek duyulmaksızın manevi olarak desteklendiği, propagandadır.

AİHM'e göre, İspanya Bask Bölgesi, otuz yılın üstünde terörizm geçmişinden dolayı birtakım hassasiyetler barındırmaktadır. Kararda şiddeti kınamamak ön planda düşünülse de, tüm siyasi partiler şiddeti kınamaktayken, bu şiddet geçmişine karşı sessiz kalmak, üstü kapalı destek vermek, mevcut şiddet eylemleriyle birleşen bir unsurdur. Siyasal ifadelerin yayılma alanı ve siyasetçilerin tesir gücü karşısında ihmal veya tepkisizlikleri de açıkça destekleyici eylemler kadar güçlü sonuçlar yaratmaktadır. Bu yüzden Batasuna'nın tepkisizliğinin terörle işbirliği içinde, şiddete yönelmiş eylem ve davranışların parçası olduğuna hükmedilmiştir. Siyasi parti, ETA'nın saldırılarını kınamamanın ötesinde terörist stratejiye katkı sunmuştur. Siyasi partinin liderleri ve üyeleri, eylem ve konuşmalarında kuvvet kullanmayı reddetmemiş, terörizmle bağlantılı isimler yüceltilmiştir. Sonuç olarak, kapatılan siyasi partinin toplumsal kargaşaya sebep olma ve kamu düzenini bozma tehdidi yeterli düzeyde kanıtlanmıştır.[113]

[109] EREN, s. 636-638.
[110] EREN, s. 640-647.
[111] Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu, AYM, 01.07.2021 tarih, B. No. 2019/10634 § 88-95.
[112] Eyüp ve Diğerleri Başvurusu/Fransa, AİHM, 08.01.2021 tarih, B. No. 2014/77400.
[113] Herrı Batasuna ve Batasuna/İspanya, AİHM, 30.06.2009 tarih, B. No. 2004/25803 ve 2004/25817, § 81-93.

SONUÇ

Propaganda, çalışmamızda ifade hürriyetiyle birlikte değerlendirilmektedir. İfade hürriyetiyle aynı güvencelere, sınırlandırmalara ve yasaklara tabidir. "*Kanunilik, meşru amaç, ölçülülük ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütlerine"* uyularak sınırlandırılmaktadır. Terörizm, şiddet, müstehcenlik, karalama ve nefret propaganda içinde korunmayan kısımdır. Bu içerikte ifadeler, hakkın kötüye kullanılması kabul edilmektedir. Propagandanın önemli bir siyasi hak, desteklenen ve görev olarak görülen boyutu bulunmakla birlikte yasaklanan propaganda suç tipi olarak düzenlendiğinden ön plana çıkan kısımdır.

Korunmayan veya yasaklı ifadelerin temel hareket noktasının şiddet olduğu görülmektedir. Propaganda şiddetle birleşmesi; cebir, şiddet ve tehdidi, propaganda aracıyla meşru gösterme veya övme ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik etmektir. Terör ve terörizm, toplumsal kargaşa yaratmak için tüm yasadışı yöntemlere başvurmaktan geri durmamaktadır. Terörizmin sürekli şiddet unsuru etkili bir propaganda ile desteklenmektedir. Hem terörün hem örgüt propagandasının yapılması mümkündür. Terör örgütlerinin lider kadrosunun tekelindeki şiddetle bütünleşen ideolojileri, propaganda sayesinde siyasi ifade hürriyetiyle bağdaşır hale getirilmeye çalışılmaktadır. Terör eylemlerine meşruiyet kazandırma, taraftar toplama ve faaliyetlerin siyasal bir perde arkasında gizlenmesi, devletlerin kamu düzenini koruyabilmek için terör ve terörizmle mücadele etmesinde tedbir almalarını gerekli kılmaktadır. Çevreyi, sağlığı, trafiği korumak amacıyla öngörülen tehdide karşı oluşturulan tedbirler, kamu güvenliğini tehdit eden terörizm karşısında da Terörle Mücadele Kanunu ve terör örgütünün propagandası suçu ihtisas edilmiştir. Terörle mücadele Türkiye'nin uzun yıllardır gündeminde bulunan ciddi hassasiyetler barındıran bir konudur.

Terörizmin yarattığı tehdit; devletin insan hakları, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, demokrasi, ülkesel bütünlüğü koruma, suçluları önleme, cezalandırma, toplumsal huzuru sağlama görevleriyle çatışmaktadır. Kanun koyucunun takdiri tüm bu tehditleri bertaraf etme yönünde, zarar ortaya çıkmadan tehdit üzerinden hareket ederek, terör örgütünün propagandası suçunu tehlike suçu olarak hüküm altına almaktan yana olmuştur. Terörizmin hedefi ve yöntemleri, devletin temel görevlerini yerine getirmesinde dehşetli bir problem yaratıcıdır. Zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılamak, özgürlükleri korumak ve düzeni sağlamanın dengelenmesi de gerekmektedir. Çalışmamızın da konusu olduğu üzere, terörle mücadelenin öncülü hukuki boyutunu ele almaktayız. Terörle Mücadele Kanunu'nu ilga etmek gerçek dışı bir teoridir. Kanunun varlığı yanında, kanunun hukuki güvenceyi sağlaması da gerekmektedir. Çok fazla mevzuat düzenlemesi, terörizmin önlenmesi politikasında belirli ve öngörülebilir olma problemi yaratmaktadır. Ayrıca kanunlarda sıklıkla yapılan değişiklikler sistemi bozduğu gibi mahkeme kararlarında da istikrasızlık yaratmaktadır. Katılmadığımız mahkeme kararlarında, "terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edici" ifadelerin neredeyse tatbikini araması, bizce propagandanın tesirindekilerce gerçekleştirilecek bir saldırıya karışmasının araştırılmasıdır. Bu, terör örgütlerinin şiddeti yöntem benimsemesi, kutsal liderlik yaklaşımını ve terör örgütlerinin gerçekdışı silahı bırakma sözleri veya söylemleri sonrası tekrar saldırı düzenlemelerine engel olacak ilkelerinin yokluğunu, her şeye ve herkese saldıracaklarının göz ardı etmektir.

İncelediğimiz mahkeme kararları PKK ve Öcalan'la ilgili olduğundan bunlardan ayrıca bahsetmeyi zaruri kılmaktadır. Açıklamalarımız tüm terör örgütleri için de geçerlidir. PKK, Abdullah Öcalan'ın lideri olduğu birçok terör saldırısının sorumlusu, halen de saldırılarına devam eden "tehlikeli" bir terör örgütüdür. Terör örgütü olması Mahkeme kararlarında da kabul edilmiştir. Şiddet, şiddete destek, şiddete

teşvik, şiddete sessiz kalmak, fikirlerin açık pazarı ve çözülmesi istenilen problemlerin demokratik yöntemler ve çoğulculuk içerisinde ifade edilmesi değildir. Şiddete bulaşmış, şiddetle özdeşmiş kişileri meşru görmek veya kutsallaştırmak veya övmek, terör örgütünün propagandası suçunu ortaya çıkarmaktadır.

Terör eylemleri, toplumu korkutma, yıldırma amacıyla siyasal hedeflere yasadışı yollardan ulaşmaya çalışmaktadır. Terörizm içerisindeki ideoloji onu mafya tarzı oluşumlardan ayırmaktadır. Örgütlerin lider kadroları tarafından robotlaştırılmış militanlarına buyrulan ideolojileri örgütün faaliyetindeki yegâne rehberdir. Bu açıdan, siyasi ifade hürriyeti terör örgütünün propagandasından mutlak surette ayıklanmalıdır. Şiddeti yöntem olarak benimseyen, şiddet kullanmayı teşvik eden, şiddete başvurmayı reddetmeyen, demokrasiye saygı duymayan, kurumları, başkalarının hak ve özgürlüklerini tehlikeye atan, siyasal hakları bireysel veya topluca şiddetin üreme alanı olarak gören yaklaşımlar, demokratik güvencelerden faydalanmamalıdır. Kamu düzeninin yokluğunda hiçbir hürriyetin hayat bulamayacağı açıktır. Demokrasi ideali ve ifade hürriyeti, binlerce yurttaşını terör saldırısında kaybeden bir ülkenin güvenlik ve özgürlüğü bir arada sağlamasına imkân tanımaktadır. Yasaklanması gerekenlerin serbestliği; eleştirel, şok edici, beğenilmeyen, rahatsız edici, alışılmamış siyasi ifadelere karşı toplumsal hoşgörünün yitirilmesine de sebebiyet verebilir. Neticesinde, siyasi ifadelere karşı hoşgörüsüzlük artacak ve çoğulculuktan uzaklaşılacaktır. Hem yasaklı düşünceyi ayıklayamamak, hem karşı düşünceyi "yasaklı düşünce" atfetmek, tam da terör örgütlerinin aradığı, yer edinebileceği, taraftar toplamaya açık siyasi atmosferi yaratmaktadır. Düşüncelerimizi açıklarken, güvenliğimiz de sağlanmalıdır. Şiddet, demokratik bir toplumda gerekli değil, şiddetin önlenmesi toplumsal zorunlu bir ihtiyaçtır. Şiddet ve terör, "hiçbir şart ve aşamada siyasal, felsefi, ırksal, etnik, dini ve benzeri mahiyetteki" yaklaşımlarla haklılığı ispata tabi değildir.

Kaynakça

ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, 3. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

ARSLAN, Zühtü: Anayasa Teorisi, 1. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

BEYDOĞAN, T. Ayhan: Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Cantekin Matbaası, Ankara 2003.

CİHAN, Erol: "Milli Duygulara Aykırı Propaganda Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 43, S. 1-4, Y. 1977, ss. 45-63.

ÇAĞLAR, Ali: "Terör ve Örgütlenme", *Amme İdaresi Dergisi,* C. 30, S. 3, Y. 1997, ss. 119-133.

ERDOĞAN, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 6. bs., Hukuk Yayınları, Ankara 2018.

EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 4. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

ERSOY, Uğur: "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", *TAAD,* Y. 11, S. 41, ss. 27-64.

JAKAB, András: "Breaching Constitutional Law on Moral Grounds in the Fight Against Terrorism: Implied Presuppositions and Proposed Solutions in the Discourse on 'the Rule of Law vs. Terrorism'", *Oxford University Press and New York University School of Law,* C. 9, S. 1, ss. 58-78.

JUERGENS, Ann: "Anayasa Mahkemeleri ve Güvenlik ile Özgürlük Arasındaki Denge", *Anayasa Yargısı*, S. 34, Y. 2017, ss. 25-32.

İNCEOĞLU, Sibel: "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa,* Editör: Sibel İNCEOĞLU, 3. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2013.

KAPANİ, Münci**:** Kamu Hürriyetleri, 7. bs., Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.

MILL, John Stuart: Hürriyet Üstüne*,* (çev. Mehmet Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003.

ÖZGENÇ, İzzet: "Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 2, Y. 2021, ss. 373-431.

SÖZÜER, Adem: "Organize Suçluluk Kavramı Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler", *MÜHF-HAD*, C. 9, S. 1-3, İstanbul 1995, ss. 255-271.

SUNAY, Reyhan: Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001.

TANÖR, Bülent: "Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler", *MHB***,** S. 1-2, Y. 1990, ss. 165-173.

TURAN, Ersin/AYÇE Taragay, Mehmet: "Propaganda Amaçlı Kullanılan Basılı Materyalin Medyadaki Algısal Kullanımı*", 6. Uluslararası Matbaa Teknolojileri Sempozyumu***,** İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa, 1-3 Kasım 2018.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, Türkiye ve Terörizm, TBB tarafından oluşturulan Proje Grubu Raporu, 1. bs., Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 107, Ankara Haziran 2006.

TRAGER Robert/DİCKERSON L. Donna: 21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti, (çev. A. Nuri Yurdusev), 1. bs., Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003.

YURTLU, Fatih: "Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***,** C. 20, S. 3, Y. 2016, ss. 411-435.

YÜKSEL, Cüneyt: "Uluslararası Hukukta İnternet ve Sosyal Medyanın Terörist Amaçlarla Kullanılmasına Karşı Mücadele ve Çözüm Önerileri", *Public and Private International Law Bulletin,* Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan*,* ss. 1089-1112.

YAZIR, Hayati: "Demokrasi ve Siyasi Terör", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 3, S. 1, Y. 1990, ss. 35-49.

YILMAZ, Aslı Ekin: "İfade Özgürlüğü Bağlamında Tehlike Suçlarının Düzenlenişine İlişkin Bir Değerlendirme", *YUHFD,* C. 17, Özel Sayı, Y. 2020, ss. 155-176.

İDARE HUKUKUNDA YENİ BİR KAVRAM OLARAK E-İDARİ İŞLEM[*]

Arş. Gör. Dr. Simge DEMİR BAYRAM[**]

ÖZET

Toplumsal değişimlerin yanı sıra bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler ile birlikte küreselleşmenin de etkisiyle tüm dünyada dijitalleşme meydana gelmiştir. E-dönüşüm olarak da ifade edilen söz konusu dijitalleşme, zaman ve mekân sınırlarını zorlayarak öncelikle toplumu ve devlet yapılanmasını etkilemiş olup, sonrasında toplum ile birlikte şekillenen ve toplumsal ihtiyaçları karşılama fonksiyonu olan hukuku da etkilemiş, tüm hukuk dallarında dijitalleşme ile ilgili çeşitli kavramların ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Dijitalleşme, diğer hukuk dallarında olduğu gibi idare hukukunda da imkanlar ve farklılıklar yaratmış, idarenin de bilişim teknolojileri olarak da adlandırılan bilgi ve iletişim teknolojilerine dahil olması sonucunu doğurmuştur. Söz konusu gelişme ile idarenin elektronikleşmesinin sonucunda en başta genel olarak e-iletişim, e-yönetim, e-devlet ve e-idare kavramları gündeme gelmiştir. Bu genel kavramlar kapsamında e-devlet hizmetleri, e-belediye, e-ihale ve e-adalet gibi alt kavramlar da ortaya çıkmıştır. Bu değişim neticesinde klasik devlet-idare kavram ve ilişkisinden, elektronik devlet-elektronik idare kavram ve ilişkisine geçiş gerçekleşmiştir.

İdare hukukunda dijitalleşme ile ortaya çıkan kavramlar kapsamında idare hukukunun merkezi konuları arasında yer alan, idare tarafından bir idari görev yahut işlevin yerine getirilmesi için yapılan idari işlemlerin de elektronikleşmesi ve böylece e-idari işlem kavramının idare hukukuna dahil olması söz konusu olmuştur. Klasik idari işlemlerde olduğu gibi e-idari işlemin de tek yanlılık, icrailik, kanunilik, kamu gücüne dayalı olma özelliklerinin bulunmasının yanı sıra, dijital ortamdan yerine getirilen e-idari işlemin sahip olduğu nitelikler doğrultusunda klasik idari işlemlerden farklı olarak, elektronik iletişim araçları ile meydana getirilme şeklinde de bir özelliği bulunmaktadır. Keza klasik idari işlemlerde olduğu gibi e-idari işlemlerin de yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları bulunmakta olup, bu unsurlardan özellikle yetki ve şekil unsurları dijitalleşme gereğince klasik idari işlemlere göre farklı özellik arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: E-İdari İşlem, E-İdari İşlemin Unsurları, E-İdari İşlemin Özellikleri, E-İdare, İdare Hukukunda Dijitalleşme

[*] Çalışmada yararlanılan kaynakların temininde TÜBİTAK 2214-A bursu kapsamında Deutsches Forschungsinstitut Für Öffentliche Verwaltung'ta yapılan araştırmanın katkısı bulunması nedeniyle TÜBİTAK'a teşekkürlerimi sunarım.
[**] Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, simgedemir@outlook.com, ORCID ID: 0000-0001-9425-4148.

ADMINISTRATIVE ACT AS A NEW CONCEPT IN ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

In addition to social changes, digitalization has occurred all over the world with the effects of globalization as well as developments in information and communication technologies. Aforementioned digitalization, which is also referred to as e-transformation, primarily has affected the society and the state structure by pushing the boundaries of time and space, and then it has also affected the law, which is shaped with the society and has the function of meeting social needs, and the emergence of various concepts related to digitalization in all branches of law has provided.

Digitalization has created opportunities and differences in administrative law, as in other branches of law, and has resulted in the inclusion of the administration in information and communication technologies, also called information technologies. With aforementioned development, as a result of the electronicization of the administration, the concepts of e-communication, e-management, e-government and e-administration first and foremost in general came up. Within the scope of these general concepts, sub-concepts such as e-government services, e-municipality, e-procurement and e-justice have also emerged. As a result of this change, there has been a transition from the classical state-administration concept and relationship to the electronic state-electronic administration concept and relationship.

Within the scope of the concepts that emerged with the digitalization in administrative law, the administrative acts made by the administration to fulfill an administrative duty or function, which are among the central issues of administrative law, have also become electronic and thus the concept of e-administrative act has been in question to include in administrative law. As in classical administrative acts, e-administrative acts also have the characteristics of being unilateral, enforceable, legal and based on public power. In addition, the e-administrative act, which is carried out from the digital environment, has a feature in the form of being created with electronic communication tools, unlike classical administrative acts in line with its characteristics. Likewise, as in classical administrative acts, e-administrative acts also have elements of authority, form, reason, subject and purpose, among these elements, especially the elements of authority and form, present different characteristics compared to classical administrative procedures as required digitalization.

Keywords: E-Administrative Act, Elements of E-Administrative Act, Characteristics of E-Administrative Act, E-Administration, Digitalization in Administrative Law

GİRİŞ

Hukuk, toplumun ihtiyaçlarına göre şekillenmekte, bu nedenle de toplumun değişmesi ve gelişmesinden hukuk dalları da etkilenmektedir. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler öncelikle günlük hayatımızda yerini almış ve toplumu değiştirmiş, dijitalleşmeye neden olmuş, teknolojik ve sosyal gelişmeler geleneksel devlet örgütlenmesinin yetersiz olduğunu göstermiştir. Yetersizliğin önlenmesi amacıyla devletler de dijitalleşmeye başlamıştır. Yeni devlet yapılanması hukuki altyapı kurulması ihtiyacını doğurmuştur. Bu değişim sonucunda oluşan toplumsal ihtiyaçlar ile hukuki altyapı ihtiyacı hukuk dallarında etki göstererek yeni çalışmaların ve tanımlamaların yapılmasını gerektirmiş, yeni ihtiyaç alanları doğurmuş ve bu alanlar hukukun inceleme ve düzenleme alanları olmuştur. Dijitalleşmeden etkilenen bir hukuk dalı olan idare hukukunda da yeni kavramlar ortaya çıkmış olup, söz konusu kavramlardan biri olan e-idari işlemler de çalışmamıza konu edinilmiştir.

Çalışmamızda ilk olarak bilgi ve iletişim teknolojilerinin toplumu etkilemesi ve hukuk dallarından idare hukukuna olan etkisi ve bu alanı dijitalleştirmesi incelenecek olup, söz konusu gelişmelerle ortaya çıkan yeni kavramlar açıklanacaktır. Akabinde idare hukukunun dijitalleşmesi sonucunda idare hukukunun ana konularından biri olan idari işlemlerin de dijitalleşmesi ile ortaya çıkan e-idari işlemler kavram, başlıca özellikler ve unsurlar çerçevesinde mevzuat, yargı kararları ve öğreti ile birlikte mercek altına alınacak olup, sonuç kısmında konuya ilişkin değerlendirmeler yapılacak ve öneriler getirilecektir.

I. İDARE HUKUKUNDA DİJİTALLEŞME

Bilgi ve iletişim teknolojileri, 1975'ten sonra hızlı bir gelişme göstererek günlük hayata adapte olmuş, yeni düşünce tarzları ve değişik davranış şekilleriyle tanışılmasını sağlamıştır[1]. Bilgisayar ile bilgisayara bağlı teknolojiler, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hayatın her evresine hâkim olmaya ve hukuk ile kamu yönetiminde kavram ile ilişkilerin alışılagelmiş formlarını zorlamaya, onları değiştirmeye başlamıştır. Bilgisayar teknolojilerindeki gelişmeler, zaman ve mekân üzerine var olan algıyı değiştirmeye başlamış, insanlar arasındaki iletişimi dünya kapsamına taşıyarak kolaylaştırmıştır[2].

Gelişen bilgisayar ağları üzerinden ses, görüntü ile metinlerin iletilmesi olanakları, günümüzde günlük hayatın bir unsuru olmanın yanı sıra, insanların iş hayatında ve kamu alanında değişimi de tetiklemiştir[3]. Bilgi ve iletişim teknolojilerinde hızlı gelişimden öncelikle özel sektörde başarılı bir şekilde

[1] OĞURLU, Yücel: İdare Hukukunda "E-Devlet" Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.5.
[2] CHOU, David C.: "Is The Internet The Global Information System?", *Decision Line*, Mart 1999, pp.4-6, s.4.
[3] OĞURLU, s.5.

yararlanılmış olup, akabinde kamu sektöründe kullanılmaya başlanmış ve sektörü hızla değiştirmiştir[4]. Bu gelişmeler, idare hukukunda da beklenmeyen imkân ile farklılıklar meydana getirmiştir[5].

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişim ve değişim, idare hukuku ve kamu yönetimini de etkilemiş, gerek Türkiye'de gerekse dünya genelinde "e-" öntakısı geleneksel kavramlara eklenerek, "elektronik" araçları açıklayan yeni kavramlar benimsenmiştir. Genel olarak "e-" öntakısı ile benimsenen ilk kavramlardan başlıcaları e-iletişim, e-yönetim, e-devlet ve e-idaredir. Söz konusu genel kavramlar kapsamında e-devlet hizmetleri, e-belediye, e-ihale ve e-adalet gibi idare hukuku açısından oldukça önemli olan alt kavramlar da ortaya çıkmıştır[6].

E-iletişim, kitle iletişim araçları ve akıllı teknolojiler vasıtasıyla hiçbir sınır olmaksızın iletişimin kopmamasının amaçlandığı bir iletişim şekli olarak tanıma kavuşmuştur[7]. Son yıllarda akıllı telefon, tablet ve e-sosyal ağların da dâhil olduğu[8] e-iletişimin asıl konusu internet[9], bilgisayar, cd, e-mail, disket gibi araçlar aracılığıyla bilgi aktarımını sağlamaktır. Bu kapsamda telefon ve bilgisayar faxı da yer almakta olup, kâğıda bağlı olmaları nedeniyle bu araçların bu kapsamda yer alması eleştirilmektedir[10].

E-yönetim, kamu hizmetlerini, hükümet idaresini, demokratik süreçleri ve vatandaşlar, sivil toplum, özel sektör ve devlet arasındaki ilişkileri desteklemek amacıyla bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımını içermektedir[11]. Devleti yeniden icat etme hareketinin[12] etkisiyle ortaya çıkan e-yönetim, kamu ve devlet otoriteleri arasındaki dijital işlemleri güçlendiren dijital devlet bilgisi şeklinde de tanımlanmaktadır[13].

[4] OĞURLU, s.10.
[5] OĞURLU, s.1-2.
[6] OĞURLU, s.14.
[7] DENK BİLGİ: "Elektronik İletişim Nedir?", (https://www.denkbilgi.com/elektronik-iletisim-nedir.html, E.T.27. 04.2023).
[8] YEŞİL, Yeliz/FİDAN, Fatma: "Türkiye'de Y Kuşağının E-İletişim Kullanımı: Üniversite Öğrencileri Üzerinde Bir Araştırma", *Balkan and Near Eastern Journal of Social Sciences Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi*, C.03, Sa.01, Y.2017, ss.100-109, s.104.
[9] AYDEMİR, Cahit: "Elektronik Ticaret", *İnternet ve Toplum*, Anı Yayıncılık Eğitim ve Danışmanlık San. Tic. Ltd. Şti., Ankara 2005, ss.146-159, s.149.
[10] EREN, Hayrettin: E-Dönüşüm Sürecinde İdari İşlemler (Elektronik İdari İşlemler), Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.5.
[11] DAWES, Sharon S.: "The Evolution and Continuing Challenges of E-Governance", *Public Administration Review (Special Issue)*, December 2009, Vol. 68, pp.S86–S101, s.S86.
[12] HOLMES, Douglas: eGov, an eBusiness Strategies for Government, Nicholas Brealey Publishing, London 2001, s.1; WIEDERHOLD, Simon: The Role of Public Procurement in Innovation: Theory and Empirical Evidence, ifo Institut, München 2012, s.27; ZEKA, Egin, "ICT and e-Governance: The web portals of Istanbul Metropolitan Municipality", *Planlama*, C.24, Sa.1, Y.2014, ss.35-41, s.36.
[13] ZEKA, s.36.

E-devlet ile kamu hizmeti sunumunda değişim meydana gelerek dijital ortamdan görülmeye başlamış[14], idari makamların vatandaşlar ile etkileşime geçmesine ön ayak olmuştur[15]. Kısaca devletin operasyonel işlevlerinin dijitalleştirilmesi[16] olarak da açıklanan ve platform, usul ile hizmet kapsamında farklı tanımlara sahip olan e-devletin[17] idare hukuku açısından tanımı ise internetin yanı sıra, diğer dijital araçlarla kamuya dair bilgi ile hizmetlerin çevrimiçi olarak teslim edilmesi[18]; bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla kamu hizmetlerinin üretilerek, bireylere sunulması[19]; idari işlerin kolaylaştırılması için iletişim ve bilişim teknolojilerinden yararlanılmasıdır[20].

E-idare ise e-devlet kavramının içinde yer alıp, daha dar bir alanı kapsayan, yalnızca idare ve kamu hizmeti ile ilgili kısımlarda, sadece yürütmenin içinde özellikle idare ile ilgili durumlar açıklanmak istediğinde bahsedilen bir kavramdır. E-idare, idarenin kamu hizmetleri ile kamu hizmetlerine ait bilgileri paylaşma olanağı yaratmak amacıyla bilgisayar teknolojilerinden yararlanması olarak açıklanmaktadır[21].

E-devlet hizmetleri, yalnızca kamu sektöründeki hizmetleri kapsayan dijital kamu hizmetleridir[22]. Dijital kamu hizmetleri olarak da ifade edilebilen e-devlet hizmetleri, bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla kamuda sağlanan her işlem ve hizmetin elektronik mecraya aktarılması ile dijital mecradan verilen hizmetler olarak da kısaca tanımlanabilmekte, kamunun hizmet verdiği alanlarda idarenin bilgi ve iletişim teknolojilerinden faydalanarak bilgi toplumu ile ortaya çıkan ihtiyaçları giderebileceği, vatandaşlara bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla sağlanan ve onların yararlanmalarına imkan yaratan kamu hizmetleridir[23].

E-belediye, şehre dair bilgilerin güncel teknoloji temelinde bilgi ve iletişim teknolojileri destekli çalışmalar ile yönetilmesi ve bu bilgilerden şehir ile toplum faydasına birçok bilgi üretilmesi ile etkin olarak

---

[14] MKUDE, Catherine G./WIMMER, Maria A.: "Strategic Aspects For Successful E-government Systems Design: Insights From A Survey In Germany", *Electronic Government,* Springer, Heidelberg New York Dordrecht London 2014, s.301.

[15] OECD, OECD Information Technology Outlook Icts and the Information Economy, OECD Publications Service, Paris 2002, s.212.

[16] FINGER, Mathias/PECOUD, Gaelle: "From E-Government to E-Governance? Towards a Model of E-Governance", *ElectDronic Journal of E-Government*, V.1, I.1, Y.2003, pp.52-62, s.53.

[17] OĞURLU, s.22-26; DEMİR BAYRAM, Simge: Kamu Hizmetinde Dijital Dönüşüm ve E-ihale Süreci, (Danışman: SANCAKDAR, Oğuz), (Yayınlanmış Doktora Tezi), Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2023, İzmir, s.40.

[18] WEST, Darell M.: "State and Federal E-Government in the United States", *Providence*, September 2001, pp.1-23, s.3.

[19] MOON, M. Jae: "The Evolution Of E-Government Among Municipalities: Rhetoric or Reality?", *Public Administration Review*, Vol.62, I.4, July/August 2002, pp.424-433, s.425; GÜNGÖR, Servet: "Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Bir Olgu E-Devlet", *Türk İdare Dergisi*, Sa. 457, Aralık 2007, ss.125-140, s.126.

[20] ERDAL, Murat, "Elektronik Bilgi Çağında Kamu Yönetimi ve Bir Yerel Yönetim Uygulaması: İstanbul Büyük Şehir Belediyesi", *I. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi*, Kocaeli Üniversitesi Yayınları, Kocaeli 2002, ss.165-180, s.165.

[21] OĞURLU, s.18-19,26.

[22] OĞURLU, s.19.

[23] DEMİR BAYRAM, s.40.

vatandaşa hizmet verilmesinin[24] yanı sıra, yeni bir hizmet üretimi gerekmeksizin var olan kamu hizmetinin elektronik ortamdan sunulmasıdır[25]. Çağın teknolojik altyapısıyla klasik belediye anlayışından çıkılarak hareket edilmesini sağlayan e-belediye[26], zaman ile mekân sınırı olmaksızın, belediyenin internetten sunduğu hizmetlere erişilmesidir[27].

E-ihale ise ilan aşamasından nihai seçimin gerçekleşmesine kadar ihale sürecinin çevrimiçi olarak geçekleştirilmesidir[28]. Diğer bir tanımla e-ihale, 4734 Sayılı Kanun'a dahil idarelerce gerçekleştirilecek mal, hizmet alımları ve yapım işlerinin web-tabanlı teknolojiyle çevrimiçi olarak istekliler arasındaki en avantajlı teklifi veren özel hukuk kişisine bırakılmasıdır[29]. E-ihale kısaca kamu ihalelerinin dijital mecraya aktarılması şeklinde ifade edilebilmesinin yanı sıra, idarelerin kamunun ortak ihtiyacı olan kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi amacıyla ihtiyacı olan hizmet, mal veya yapım işinin özel hukuk kişilerinden temin edilmesi için ihale konusu işin tespitinden sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar geçen tüm ihale sürecinin elektronik ortamdan yapılmasıdır[30].

E-adalet, günümüzde yaygın olarak uygulanmakta olan UYAP projesi ile sağlanmaktadır. E-yargı olarak da ifade edilebilmekte ve adli hizmetlere çevrimiçi olarak erişilebilmesini sağlamakta ve yargıyı hızlandırmaktadır[31]. Bu sistem ile Adalet Bakanlığı organizasyonuyla savcılıklar, icra daireleri, mahkemeler, cezaevleri ve tutukevleri birbirine bir elektronik ağ ile bağlanmakta, aynı çatı altında toplanmaktadır[32].

II. E-İDARİ İŞLEM KAVRAMI

Teknolojik ilerlemeler ile internetin yayılması, ekonomik yararlar ve yaşam koşullarına dair birçok pozitif değişiklik getirmiş olup[33], devletin teknolojik gelişmeler ile çağdaş yöntemlerden yararlanarak vatandaşa hizmet vermeyi esas alan yeni bir yapılanma ihtiyacı doğmuştur. Bu yeni yapılanmaya uyum

[24] ERDAL, s.169; HENDEN, H. Burçin/HENDEN, Rıfkı: "Yerel Yönetimlerin Hizmet Sunumlarındaki Değişim ve E-Belediyecilik", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2005, C.4, Sa.14, ss.48-66, s.52.
[25] OĞURLU, s.237.
[26] ÇAKIR, Canan: "E-Belediye Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Sosyal ve Beşeri Bilimleri Dergisi*, C.7, Sa.1, Y.2015, ss.1-15, s.5.
[27] FISTIKÇIOĞLU, Reşit: E-devlet Uygulamaları ve E-belediye: Gaziantep Büyükşehir Belediyesi Örneği, (Danışman: BALCI İZGİ, Berna), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, Gaziantep, s.39.
[28] BHATNAGAR, Subhash: E-Government: From Vision to Implementation-A Practical Guide With Case Studies, Sage Publications, New Delhi 2004, s.78.
[29] BOZ, Selman Sacit: "Elektronik İhale (E-İhale)", *Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA)*, 2013-1, Y.16, ss.9-31, s.12.
[30] DEMİR BAYRAM, s.105.
[31] OĞURLU, Yücel: "E-Government Applications and Its Effects on Public Services in Turkey", *Proceedings of the 7th European Conference on E-Government*, Academic Conferences Limited, Netherlands 2007, ss.395-404, s.402, [E-Government]; OĞURLU, s.301.
[32] OĞURLU, Yücel/KÜÇÜKALİ, Canan: "Focus on ICT in Turkish Judicial System", *European Commission For The Efficiency of Justice (CEPEJ)*, IRSIG-CNR, Italy 2007, ss.50-62, s.54.
[33] MADSEN, Christian O./BERGER, Jasper Bull/PHYTHIAN, Mick: "The Development In Leading E-Government Articles 2001-2010: Definitions, Perspectives, Scope, Research Philosophies, Methods and Recommendations: An Update Of Heeks and Bailur", *Electronic Government*, Springer, Heidelberg New York Dordrecht London 2014, s.19-20.

sağlayamayan ülkelerin değişen dünyada kendilerine yer bulamayacağı[34] düşüncesiyle idare de bu değişimden etkilenerek elektronik ortamda var olmak durumunda kalmıştır[35]. E-idari işlem de bu gelişmelerin ve ihtiyacın karşılanması amacıyla meydana getirilmiştir.

E-idari işlem, her ne kadar öğretide ve mevzuatta tanıma kavuşamamışsa da e-iş ile idari işlem tanımından yola çıkılarak tanım yapılması söz konusudur[36]. E-iş, her çeşit iş bağlantıları ile bu iş bağlantılarına ilişkin bölümlerin elektronik mecrada yerine getirilmesidir[37]. Kısaca, bir işin yerine getirilmesinin elektronik ortamda yapılmasıdır[38]. Hukuki bir işlem olan idari işlem[39], idari makamlar tarafından kamu gücü kullanılmak suretiyle bir idari görevin yahut işlevin yerine getirilmesi amacıyla gerçekleştirilen, hukuk dünyasında bir yenilik yahut değişiklik yaratan, idarenin tek taraflı iradesi ile hukuki sonuç meydana getiren irade beyanları[40], tasarruflardır[41].

Geniş anlamda e-idari işlem, klasik iletişim yollarına başvurmadan, elektronik teknolojiyle elektronik iletişim araçları aracılığıyla yapılan idari işlemdir. Dar anlamda e-idari işlem ise internet üzerinden, yazılım yani program içerisinde ve dijital teknolojiyi temel alarak tesis edilen idari işlemdir[42]. Diğer bir tanımla e-idari işlem, idarenin idare fonksiyonuna dair elektronik iletişim araçları vasıtasıyla meydana getirdiği, kamu gücü ayrıcalığını temel alan, hukuki sonuç doğurma amacına yönelik, tek yanlı irade beyanıdır[43]. Kanaatimizce e-idari işlem, üçüncü kişiler üzerinde hukuki bir sonuç doğurmak, hukuk dünyasında yenilik yahut değişiklik yaratmak üzere, idari makamlar tarafından kamu gücünden yararlanılarak, idari görevin yahut işlevin gerçekleştirilmesi amacıyla idarenin tek yanlı iradesiyle elektronik iletişim araçlarından yararlanılarak, elektronik ortam üzerinden oluşturulan işlemlerdir.

E-idari işlem, klasik idari işlemden hukuki olarak farklılık arz etmemektedir. E-idari işlemin klasik idari işlemden farkı yapılış yöntemine ilişkindir; ancak e-idari işlem kavramının, yapılan işlemi klasik idari işlemler ile elektronik ortamdan yapılan ilan ve duyurulardan ayırmaya yardımcı olduğu[44] belirtilmektedir.

---

[34] ALTINTAŞ, Hakan: "Sanal Bürokrasiden E-Devlete Teorik Yaklaşımlar", *II. Ulusal Bilgi Ekonomi ve Yönetim Kongresi*, Kocaeli Üniversitesi, İİBF Yayını, İzmit 2003, ss.19-32, s.20.
[35] EREN, s.137.
[36] EREN, s.139.
[37] TOPALOĞLU, Mustafa: Bilişim Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2005, s.84.
[38] AYDEMİR, s.150.
[39] ERKUT, Celal: İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51, Ankara 1990, s.9-10; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s.121.
[40] SANCAKDAR, Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/US DOĞAN, Eser/KASAPOĞLU TURHAN, Mine/SEYHAN, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.311.
[41] ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umum, Esasları C.I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.385.
[42] ÇAKMAK, Münci: "İdare Hukuku ve İnternet", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.IX, Sa.1-2, Haziran-Aralık 2005, ss.285-314, s.288.
[43] EREN, s.141.
[44] ÇAKMAK, s.288.

E-idari işlemin idari işleme göre yapılış farkı ise klasik idari işlem ıslak imza ile tesis edilirken, e-idari işlemin e-imza ile tesis edilmesidir[45].

III. E-İDARİ İŞLEMİN BAŞLICA ÖZELLİKLERİ

A. Tek Yanlılık

İdari işlemler, idari işlemin ilgililerinin rızası yahut iznine tabi olmaksızın idari makamlar tarafından gerçekleştirilen tek yanlı irade beyanı sonucunda ilgililer için yeni bir hukuki durum yaratmakta, var olan hukuki durumlarında değişikliğe sebep olmakta yahut söz konusu hukuki durumu kaldırmaktadır[46]. Kamu yararı amacıyla tesis edilmesi ve idarenin iradesinin ilgililerinin iradesinden üstün kabul edilmesi[47] nedeniyle idari işlemlerin ilgililerinin başvurusunun akabinde tesis edilmesi işlemin tek yanlı olma özelliğini değiştirmemektedir[48].

E-idari işlemler de ilgililerinin rızası ya da izni aranmaksızın idari makamlar tarafından tek yanlı irade beyanı ile yapılarak ilgililer için yeni hukuki durumlar yaratmakta, var olan hukuki durumu değiştirmekte ya da kaldırmaktadır. Bu sebeple, elektronik ortamdan tesis edilen idari işlemler olarak kısaca açıklanabilen e-idari işlemler de klasik idari işlemler gibi tek yanlı olma özelliğini haizdir.

B. İcrailik

İdari işlemin icrai olması, ilgililerin rızaları olmadan, idarenin tek yanlı iradesi ile tesis ettiği işlemin hukuki sonuç doğurabilmesi ve ilgililerin hukuki durumlarında değişikliğe sebep olabilmesi için başka hiçbir işleme ihtiyacı olmamasıdır[49]. Kural olarak idari işlemler, yapıldıkları esnada, henüz yürürlüğe girmeden, üçüncü kişilerin durumuna etki etmeden önce icrailik özelliğini haiz durumda olur[50].

İdarenin icrai olmayan idari işlemleri de bulunmaktadır. Bunlardan biri gösterici işlem olarak ifade edilebilen, idarenin belli konu ya da sorunlara dair düşünce, niyet yahut tasarılarını açıklayan nitelikteki işlemleridir. Bir diğeri ise hazırlık işlemleri olarak adlandırılabilen icrai karar alınabilmesi için hazırlayıcı nitelikte olan işlemlerdir. İdarenin kendi kuruluşu ve işleyişini düzenleyen tedbir ile kararlar da icrai olmayan işlemler arasında yer almaktadır[51].

Kamu gücüne dayalı ve kamu yararı amacına yönelik olan e-idari işlemler de tesis edildiği andan itibaren hukuk aleminde sonuç doğurmakta olup, klasik idari işlemlerden bu yönleri ile ayrılmamaktadır.

---

[45] EREN, s.141.
[46] ERKUT, s.12-17; GÜNDAY, s.124; GÖZLER, Kemal/GÜRSEL, Kaplan: İdare Hukuku, Ekin Yayıncılık, Bursa 2019, s.247.
[47] ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.405; GÜNDAY, s.124.
[48] CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s.74.
[49] ERKUT, s.119; GÜNDAY, s.124; GÖZLER/KAPLAN, s.251.
[50] AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s.322.
[51] GÜNDAY, s.124; GÖZLER/KAPLAN, s.252-253.

Klasik idari işlemlerde olduğu gibi her e-idari işlemin icrai olması söz konusu olmayıp, gösterici işlem, hazırlık işlemi yahut idarenin kuruluşu veya işleyişine ilişkin olan e- idari işlemler icrailik özelliği taşımamaktadır.

C. Kanunilik

Kanunilik özelliği ile idari işlemin hem kanuni bir temeli olduğu hem de hukuka uygun kabul edildiği ifade edilmektedir[52]. Öğretide kimi görüş tarafından hukuka uygunluk karinesinden yararlanma özelliği[53] öğretide bizim de katıldığımız kimi görüş tarafından ise kanunilik özelliği olarak açıklanan[54] bu özellik, kanunlara uygun yapılması[55] anlamına gelmesinin yanı sıra, idari işlemlerin kamu yararını gerçekleştirmek için tesis edilmeleri nedeniyle tesis edildikleri zamandan itibaren hukuka uygunluk karinesinden faydalanmaları ve hukuki sonuç doğurmaları demektir[56]. Diğer bir ifadeyle idari yargının vereceği iptal kararı ile aksi ispat edilinceye kadar idari işlemlerin hukuka uygun kabul edilmesi[57], önceden yargı denetimine bağlı kalmaksızın hukuka uygun olduğunun varsayılmasıdır[58].

Elektronik ortamdan tesis edilen e-idari işlemler de idari işlemlerde olduğu gibi kanuni dayanağı haiz olmaları ve tesis edildikleri andan itibaren hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaları, idare tarafından uygulanabilmeleri, hukuki sonuç doğurmaları nedeniyle kimi görüş tarafından hukuka uygunluk karinesinden yararlanma olarak da adlandırılabilen kanunilik özelliğini taşımaktadır.

D. Kamu Gücüne Dayalı Olma

İdari işlemler, kamu gücünü temel alarak yapılmaktadır. İdare tarafından tesis edilen işlem, idareye kamu gücü kullanma yetkisini veriyorsa, söz konusu işlem idari işlem olarak nitelendirilmektedir. İdare tarafından açıklanan iradede kamu gücünü kullanma yetkisi bulunmuyorsa, bu işlem özel hukuk usulleri uyarınca tesis edilen ve idari işlem olarak nitelendirilmeyen bir tasarruf olarak açıklanmaktadır[59].

E-idari işlemler de klasik idari işlemlerde olduğu gibi kamu gücüne dayalı olarak yapılmakta, bu özelliği ile klasik idari işlemlerden ayrılmamaktadır. Zira idarenin tasarrufunun idari işlem olarak nitelendirilebilmesi için olması gereken en temel özelliklerin başında gelen kamu gücüne dayanma,

[52] GÖZLER/KAPLAN, s.255; SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s.313.
[53] GÜNDAY, s.125-126; EREN, s.143; GÖZLER/KAPLAN, s.255.
[54] TAN, Turgut: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s.227; SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s.313.
[55] TAN, s.227.
[56] EREN, s.143.
[57] SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s.313-314.
[58] GİRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/KAHRAMAN, Berk: İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2012, s.1108.
[59] SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s.314.

elektronik ortamdan tesis edilen idari işlemlerde de en temel özelliklerin başında gelmekte, aksi takdirde söz konusu tasarruf e-idari işlem olarak adlandırılamamaktadır.

E. Elektronik İletişim Araçları ile Meydana Getirilme

Klasik idari işlemlerin özellikleri arasında yapılış usulüne ilişkin bir özellik yer almazken, e-idari işlemlerin özellikleri arasında niteliği gereği yapılış yöntemine göre bir özellik olarak elektronik iletişim araçları ile meydana getirilme özelliği bulunmaktadır. Bu özellik, e-idari işlemi klasik idari işlemlerden ayırmaktadır[60].

E-idari işlem, telekomünikasyon teknolojisi, özellikle bilgisayar ile açık ağ ortamı da denilen internetin kullanılmasıyla[61] idarece yerine getirilmektedir. Bilişim teknolojilerinin kullanıldığı telefon, bilgisayar, fax vb. elektronik iletişim araçları, e-idari işlemlerin tesisi aşamasında rol almaktaysa da internet, en önemli rolü üstlenen konumundadır. İnternet ile birlikte işin şekli, kapsamı ve hızı değişime uğramıştır. E-idari işlemin tanımında dahi elektronik iletişim araçları ile meydana getirilme özelliği yer almakta, bu nedenle de bu özellik ana özelliklerinin başında gelmektedir.

IV. E-İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI

Özel hukuk işlemlerinden farklılık gösteren idari işlemler, serbest bir şekilde tesis edilememekte, idare belli unsurlara uyarak idari işlemleri yapmaktadır. Söz konusu unsurlar, idari işlemi meydana getiren ortak yapıcı unsurlar olup, bunların kalıp görevi gördüğü belirtilmektedir[62]. E-idari işlemlerde de geçerli olan bu unsurlar, yetki, şekil, sebep, konu ve amaçtır.

A. Yetki Unsuru

İdari işlemlerde yetki, idari makamın belirli bir işlemi yapabilmeye ehil olması, idari makamda bulunan kişilerin idare adına işlem yapabilme ehliyeti[63] olarak açıklanmakta ve en önemli unsur[64] olarak nitelendirilmektedir. Karar alma yetkisi olarak da açıklanan idari işlemde yetki[65], kamu düzeninden olup, idari işleme karşı açılan iptal davasının her aşamasında gerek davacı tarafından hukuka aykırılığı ileri sürülebilmekte gerekse yargı mercii tarafından resen dikkate alınabilmektedir[66].

[60] EREN, s.147.
[61] AYDEMİR, s.149.
[62] YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.115-116.
[63] GÖZLER/KAPLAN, s.274.
[64] ÖZAY, s.481.
[65] GÜNDAY, s.134.
[66] ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.372.

İdari işlemler, herhangi bir idari makam tarafından tesis edilememekte, yalnızca anayasa ve kanunlarda belirtilen yetkili idari makamlar tarafından tesis edilmelidir[67]. Bu durumun istisnası yetki paralelliği ilkesi[68] olup, aksine hüküm bulunmaması halinde idari işlemi yapmaya yetkili olan makamın, değiştirmeye, kaldırmaya yahut geri almaya da yetkili olmasıdır[69]. Yetkisiz bir makamca tesis edilmiş bir idari işlem hukuka aykırı olup, bu hukuka aykırılık sonradan yetkili makamın açıklaması ile hukuka uygun hale gelememektedir[70].

Yetki unsuru çerçevesinde önemli olan bir konu ise yetki devri ile imza devridir. İstisnai bir durum olan yetki devri ile yetkili olan bir makam söz konusu yetkisini kanunun açıkça öngördüğü konularda, belli bir süreliğine, söz konusu süre içerisinde kendisi yetkisini kullanmamak kaydıyla, başka bir idari makama devredebilmektedir[71]. İmza devrinde ise idari işlem tesis etme yetkisi imzayı devreden makamda kalmaya devam etmekte, yalnızca işlemin imza ile belgelendirilmesi konusunda yetki kişisel ve somut bir şekilde belli bir kamu görevlisine devredilmektedir[72].

E-idari işlemlerde de geçerli olan yetki unsuru kuralları uyarınca yetkili makam, anayasa yahut kanunda düzenlenmeli, yetkinin bir kanuni dayanağı olmalıdır. Yetki unsuru klasik idari işlemlerde olduğu gibi kamu düzenindendir. Yetkisiz makam tarafından tesis edilen e-idari işlemler de sonradan yetkili makam tarafından onaylansa dahi hukuka uygun hale gelememekte, sakatlığı giderilememektedir. Yetki devri ve imza devir kuralları e-idari işlemlerde de geçerli olup, kanunda açıkça düzenlenmesi halinde gündeme gelebilmektedir. E-idari işlemlerde de idari işlemlerde benimsenmiş olan yetki paralelliği ilkesi geçerlidir[73].

Yetki unsuru, kişi, konu, yer ve zaman açısından özellik göstermekte olup, bu açılardan ayrı ayrı incelenmelidir[74].

1. Kişi Yönünden Yetki

Kişi yönünden yetki, idarenin görev alanındaki bir konuda hangi idari makamın işlem yapmaya yetkili olduğunu belirlemektedir[75]. Diğer bir deyişle kişi yönünden yetki, bir kamu tüzel kişisi tarafından

[67] AÇDOYURAN, S. Burak: "İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, Sa.1-2, Y.1999, ss.1-19, s.1; ALAN, Nuri: Hukukla Kırkbir Yıl, Danıştay Matbaası, Ankara 2003, s.88; GÜNDAY, s.134; KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri C.II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.51.
[68] GÜNDAY, s.135.
[69] ALAN, s.88-89; GÜNDAY, s.135; AKYILMAZ, Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.103-104.
[70] DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.401; GÖZLER/KAPLAN, s.276.
[71] DURAN, s.402-403; AKYILMAZ, s.115; GÖZLER/KAPLAN, s.280; KALABALIK, s.60.
[72] DURAN, s.402-403; AKYILMAZ, s.119; GÖZLER/KAPLAN, s.280; KALABALIK, s.63.
[73] EREN, s.157,151.
[74] GÜNDAY, s.135; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.355.
[75] GÜNDAY, s.136.

yapılan bir idari işlemin o kamu tüzel kişisi adına irade beyan etmeye ve böylece idari işlem yapmaya yetkisi olan kişiler tarafından tesis edilmesidir[76].

Kişi yönünden yetki açısından geçerli olabilmesi için işlem yapılırken açıklanan iradenin medeni hukuk bakımından ayırt etme gücünü haiz olması ve işlemin idare adına irade beyan etmeye yetkili kişi tarafından yapılmış olması[77] gerekmektedir. Aksi takdirde, ayırt etme gücü bulunmayan yahut idareye tamamen yabancı bir kişinin iradesi ile o işlemin tesis edilmesi halinde iradenin varlığından söz edilememekte, o işlem idari işlem olarak sayılamamakta ve idareye izafe edilememektedir[78].

E-idari işlemlerde kişi yönünden yetkinin tespit edilmesi klasik idari işlemlere göre daha zordur. E-idari işlemlerde işlemi yapan kişinin medeni hukuk açısından ayırt etme gücü olup olmadığının belirlenmesi ilk başta yapılamamakta olup, bunun elektronik ortamdan yapılan işlemlerin en zayıf noktası olduğu belirtilmektedir. Güvenliğin ve güvenilirliğin de sağlanması gerekmekte, bunları ise 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu (EİK) ile düzenlenmiş olan e-imza sağlamaktadır[79]. Elektronik ortamdan yapılan bir idari işlemin ayırt etme gücü olan bir kimse tarafından yapılıp yapılmadığının belirlenmesinde de güvenli e-imza rol almaktadır. Güvenli e-imza ile imzalanmış bir e-idari işlemi tesis eden kişinin kimliği doğrulanmakta[80] ve hatta ayırt etme gücü olan bir kimse tarafından tesis edildiği güvence altına alınmış olmaktadır[81]. E-idari işlemin kişi yönünden yetki konusundaki diğer bir zayıf noktası ise e-idari işlemin yetkili kişinin elinden çıkıp çıkmadığının belirlenmesidir. Bu zayıf nokta da güvenli e-imza ile çözüme kavuşmaktadır. Güvenli e-imza haricindeki diğer e-imzalarda e-idari işlemin tesis eden kişinin elinden çıkıp çıkmadığına ilişkin güvence verilememekte; ancak güvenli e-imza ile işlemin yetkili birim ile kişinin elinden çıktığı güvence altına alınmaktadır[82].

2. Konu Yönünden Yetki

İdari işlemlerde konu yönünden yetki, belli konulara dair işlemlerin hangi idari makamlarca yapılacağını belirlemektedir. Kanunlar, her idari kuruluşun yetkisi kapsamındaki konuları, diğer bir deyişle

[76] GÖZLER/KAPLAN, s.289.
[77] ONAR, s. 300-302; GÜNDAY, s.136.
[78] GÜNDAY, s.136.
[79] ERGÜN, Ömer: "Dijital İmza", *İnternet ve Toplum*, Anı Yayıncılık Eğitim ve Danışmanlık San. Tic. Ltd. Şti., Ankara 2005, ss.257-279, s.258.
[80] ROSSNAGEL, Alexander: "Zur Regelung des Elektronischen Rechtsverkehrs", *Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996, pp.652-683, s.654; ERGÜN, s.258-259.
[81] EREN, s.152.
[82] EREN, s.152.

görevlerini tayin etmekte[83] olup, her yetkili kişi her işi yapamamaktadır[84]. Zira bu konu Danıştay kararlarında da incelenmiştir[85].

E-idari işlemlerde konu yönünden yetki, iki aşamalı incelenmektedir. İlk olarak bir işlemin elektronik mecrada tesis edilip edilemeyeceğidir. E-idari işlemin yapılmasını öngören yahut yapılmasını yasaklayan herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bu konudaki boşluğu, idarenin düzenleyici işlemleri doldurmaktadır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre elektronik ortamdan hangi idari işlemlerin yapılabileceği hangilerinin yapılamayacağına ilişkin boşlukları doldurmak için idari usul kanununa ihtiyaç duyulmaktadır. Böylece kanunla çerçeve belirlenmiş olacak, bu alanın düzenlenmesi yalnızca idareye bırakılmayacaktır[86]. İkinci olarak ise elektronik mecrada yapılabilecek işlemler yönünden, işlemi yapmaya ilişkin idari birimlerin konu açısından yetkiye dikkat etmesi gerekliliğidir. Her idari birim yalnızca kendi görevi ile sınırlı olan e-idari işlemler tesis etmelidir. Yasama ile yargı organlarının görev alanına dahil olan bir konuda tesis edilen e-idari işlem, fonksiyon gaspı nedeniyle hukuka aykırı olmaktadır. İdari işbölümüne aykırı tesis edilen, ağır ve bariz yetki tecavüzü olan e-idari işlemler, yok hükmünde ele alınarak, iptal yaptırımı ile karşı karşıya kalabilmektedir[87].

3. Yer Yönünden Yetki

İdari işlemlerin yer yönünden yetkisi, bir konuda işlem tesis etmeye yetkisi bulunan makamların bu yetkiyi haiz oldukları coğrafi alanı açıklamaktadır[88]. Her makam yahut görevli olanın, haklarında yetkisini haiz olduğu kişi, olay, durum ile eşyanın bulunduğu yahut geçtiği yer, yöre ile bölge gibi yetkinin yer açısından sınırını belirleyen bir çevresi bulunmaktadır[89]. Kimi idari makam tüm ülkede idari işlem tesis etmeye yetkili iken kimi idare yalnızca belirli bir coğrafi alanda idari işlem yapma yetkisini haizdir[90].

E-idari işlemler açısından idari işlemi yapan idari makamın, kişinin yerinin tespiti de kendine özgü zorluklar barındırmaktadır. İşlemin hangi yerdeki idari birimde olduğunun belirlenmesi en başta anlaşılamayabilir. Bu sorunun çözümü için de güvenli e-imzanın kullanılması gerekmektedir[91]. Kanaatimizce güvenli e-imza ile imzalanan e-idari işlemin hangi coğrafi alandan imzalandığının tespit

[83] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.364.
[84] YAYLA, s.116.
[85] Danıştay 2. D'nin, 07.02.2007 tarih ve E.2006/1719 K.2007/406 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=2d-2006-1719.htm&kw=`2006/1719`&cr=danistay#fm, E.T.18.05.2023); Danıştay 6. D'nin, 22.12.2006 tarih ve E.2004/8089 K.2006/6505 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=6d-2004-8089.htm&kw=`2004/8089`&cr=danistay#fm, E.T.18.05.2023).
[86] EREN, s.154.
[87] EREN, s.154.
[88] ATAY, s.253.
[89] YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel: Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983, s.41; KALABALIK, s.59.
[90] AÇDOYURAN, s.6.
[91] EREN, s.155.

edilebilmesi sayesinde yer yönünden yetkili makam tarafından tesis edilme güvencesi sağlanmış olmaktadır.

4. Zaman Yönünden Yetki

İdari işlemde zaman yönünden yetki, idari makamların işlem yapma yetkilerini kullanabilecekleri zaman aralığı şeklinde açıklanmaktadır. İdare adına işlem yapma yetkisini haiz olan bir kamu görevlisi yalnızca görevde bulunduğu süre zarfında işlem yapabilmektedir[92]. Kanunlarda düzenlenen sürelerin güvence niteliğinde mi yoksa sürat kazandırma amacıyla mı olduğuna göre hukuka aykırılık hali değişmektedir. Güvence sağlama niteliğinde olan sürelerin geçmesi halinde idari işlem yapma yetkisi sona ermekte ve yapılan işlem, zaman yönünden yetki kurallarını ihlal etmesi nedeniyle yetki yönünden sakat olmaktadır. İdari işlemin yapılmasına sürat kazandırmak için belirlenen sürelerin aşılması halindeyse yapılacak olan idari işlem, zaman yönünden yetki açısından hukuka aykırılık teşkil etmemektedir[93].

E-idari işlemde zaman yönünden yetkinin belirlenmesi, yapılış zamanının belirlenmesinin zor olması nedeniyle zorluk taşımaktadır. Bunun nedeni ise yapılış zamanının yetkililer tarafından kolay bir şekilde değiştirilebilir olmasıdır. Bu durumun önlenmesi için idarenin elektronik mecrada idari işlemin yapılış zamanına müdahale edemeyeceği, değiştiremeyeceği bir sistemin kurulması ve benimsenmesi gerekmektedir. Günümüzdeki sistemde ise bu durumun önlenmesinin yolu, zaman damgalı güvenli e-imzaların kullanılmasıdır. Güvenli e-imzanın kullanılması ile e-idari işlemin yapılış zamanı belirlenebilmekte ve güvence altına alınabilmekte, böylece zaman yönünden yetki unsuru açısından hukuka uygun e-idari işlem tesisi sağlanabilmektedir[94].

B. Şekil Unsuru

Şekil unsurunun kapsamında usul unsuru da yer almaktadır. Şekil ile usul unsuru esasında farklı anlamları haiz olmasına karşın şekil, üst kavram şeklinde ele alınmakta, bu yönde Danıştay kararları[95] da bulunmaktadır. Usul unsuru, İYUK.m.2'de diğer unsurlar ile birlikte düzenlenmemekte, madde metninde şekil olarak belirtilen idari işlemin unsuru, uygulamada şekil ve usul olarak anlaşılmaktadır[96].

---

[92] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.357; KALABALIK, s.56; GÖZLER/KAPLAN, s.291.

[93] GÜNDAY, s.139; GÖZLER/KAPLAN, s.292; YILDIRIM, Ramazan/ÇINARLI, Serkan: Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II, Astana Yayınları, Ankara 2019, s.81-82.

[94] EREN, s.156.

[95] Danıştay'ın şekil unsurunu, usul unsurunu da kapsayacak şekilde açıkladığı bir kararına bkz.: "*…İdari işlemlerde şekil, işlemin hukuken geçerlik kazanmasının önemli ögelerinden birisini oluşturmaktadır. O kadar ki, bir işlemin tesisinde, yasanın, düzenleyici tasarrufların veya yerleşmiş içtihatların öngördüğü koşullara uyulmamış olması o işlemi hükümsüz kılabilir veya ip taline neden olabilir…*", Danıştay 5. D'nin 22.11.1988 tarih ve E.1988/2845 K.1988/2749 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1988-2845.htm&kw=`1988/2749`&cr=danistay#fm, E.T.23.06.2023).

[96] ÖZAY, s.491; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.510.

Şekil, hukuk düzeninde değişiklik yaratmaya dair iradenin kendisiyle açıklandığı şey, dış dünyaya fiziki olarak yansıması[97], iradeyi dışa açıklama kalıbı, aracı[98] olarak açıklanmaktadır. İdari işlemde şekil, genel olarak yazılı bir metin, bir başlık, imza, bazı ekler ile krokiler gibi ilk bakışta görülmektedir[99]. İdari işlemlerde şekil, yetki unsuru gibi en önemli unsurlardan biri[100] olarak değerlendirilmektedir. İdari işlemin aksi öngörülmedikçe hangi şekil kurallarına göre yapıldıysa aynı şekil kurallarına göre değiştirilmesi, geri alınması yahut kaldırılması şekilde paralellik ilkesi olup idari işlemlerde uygulanmaktadır.

E-idari işlemler de her ne kadar farklı özellik gösterse de klasik idari işlemler gibi şekil unsuru kurallarına tabi olup, şekilde paralellik ilkesi de klasik idari işlemlerde olduğu gibi e-idari işlemlerde de uygulanmaktadır[101].

Usul unsurunu ele alırsak usul, bir amaca ulaşılması için izlenen yöntem, yol ve stildir. İdari usul, idari makamca hukuki sonuç elde etmeye ilişkin gerçekleştirilen idari işlem ile idari sözleşmelerin meydana geliş şartlarının tespit edilmesi, hazırlanması ve yapılmasıdır[102]. Kamu görevlilerinin idari işlemi tesis ederken ihmal yahut ihtiyatsızlık yapmamaları, işlemin sonuçlarını daha iyi düşünebilmeleri için usul kuralları bireylere güvence sağlamakta[103] ve idari işleme göre değişiklik göstermektedir[104]. Keza usul kurallarına ilişkin Danıştay kararları[105] da bulunmaktadır. İdari işlemin yapılması esnasında takip edilmiş olan usul kurallarına, aksine bir hüküm bulunmadıkça değiştirilmesi, kaldırılması ve geri alınmasında da uyulması anlamına gelen usulde paralellik ilkesi[106] usul unsuru açısından önem taşımaktadır.

Usul kuralına aykırılığın türüne göre idari işlemin hukuka aykırılığı belirlenmekte, tüm usule aykırılıklar işlemin iptalini gerektirmemektedir. Asli usul eksiklikleri iptale sebep olabilirken, tali usul eksiklikleri esaslı olmayan usul eksikliği olarak nitelendirilerek, idari işlemi sakatlamamakta ve sonradan düzeltilebilmektedir[107]. İdari işlemin usul yönünden sakatlığına ilişkin Danıştay Kararları[108] da bulunmaktadır.

---

[97] GÖZLER/KAPLAN, s.299.
[98] EREN, Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.279.
[99] YAYLA, s.122.
[100] YENİCE/ESİN, s.47.
[101] EREN, s.162.
[102] AKYILMAZ, s.69.
[103] GÜNDAY, s.143.
[104] YENİCE/ESİN, s.52; KALABALIK, s.78.
[105] Danıştay 13. D'nin 12.12.2006 tarih ve E.2005/1759 K.2006/4714 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2005-1759.htm&kw=`2005/1759`&cr=danistay#fm, E.T.23.05.2023).
[106] GÖZLER/KAPLAN, s.313; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.384.
[107] YAYLA, s.125; GÜNDAY, s.149.
[108] Danıştay 11. D'nin 14.11.1997 tarih ve E.1996/6510 K.1997/4061 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-1996-6510.htm&kw=`1996/6510`&cr=danistay#fm, E.T.23.05.2023); Danıştay 5. D'nin 02.07.1992 tarih ve E.1992/2004 K.1992/2168 sayılı kararı (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1992-2004.htm&kw=`1992/2004`&cr=danistay#fm, E.T.23.05.2023).

E-idari işlemler için de geçerliliğini koruyan usul unsuruna dair ilkeler kapsamında usulde paralellik ilkesi de yer almaktadır. E-idari işlemlerde de klasik idari işlemin yapılış sürecinde öngörülmüş olan usul kurallarına uygun hareket edilmelidir. Bu duruma örnek olarak teklif usulü öngörülmüş olan bir kararnamenin elektronik ortamda meydana getirilmesinde de elektronik olarak ilgili mercii tarafından teklifin yapılması gerekliliği bulunmaktadır. Genel İdari Usul Kanunu ile e-idari işlemler bakımından uyulması gerekli olan, özellikle güvenliğin oluşturulmasıyla ilgili, ek usul kurallarının dikkate alınması ve düzenlenmesi gerekmektedir[109].

1. Yazılı Şekil

Özel hukukta şekil serbestisi varken, idare hukukunda şekil şartı esastır. Bunun nedeni ise idari işlemi yapacak olan idarenin ajanının hukuki sonuçlarına ilişkin daha iyi düşünebilmesinin sağlanması[110], idare edilenlere de güvence yaratılmasıdır[111]. İdare hukukunda şekle bağlı olmayan idari işlemler istisnadır[112]. Bu istisnalar zımni kararlar, olağanüstü hallerde yahut acele durumlarda sözlü emirdir[113].

İdare işlemlerde şekil, hem geçerlilik şartı hem de ispat şartı olarak ele alınmaktadır. Yazılı olmayan bir idari işlem hem sakat yani hukuka aykırı olacak hem de ispat edilemeyecektir[114]. Genel kanı bu yönde olmasına karşın, idare adına açıklanan iradenin varlığının önemli olduğu, şeklinin yazılı, sözlü ya da bir işaretle olmasının önemli olmadığını savunan görüşler[115] de bulunmaktadır.

Öğretinin yanı sıra mevzuat ele alındığında idari işlemlerde yazılı şekil şartının var olduğu AY.m.125/3, "*İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.*", İYUK.m.1/2, "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.*" ve İYUK.m.7 dava açma süresinin hesabında "*İdari uyuşmazlıklarda; yazılı bildirimin yapıldığı*" zamanın esas alınması düzenlemelerinden anlaşılmaktadır. İdari işlemlerin yürürlüğe girmesinin de genel olarak yazılılık şartına bağlı olduğu belirtilmektedir. Keza idari yargılama usulündeki yazılılığın, işlemlerin tesisindeki yazılılığın uzantısı olduğu da ifade edilmektedir[116]. Kanun yahut düzenleyici işlemlerde düzenlenmese de aksi belirtilmedikçe idari işlemlerde yazılılık şekil şartının zorunlu olduğu ifade edilmektedir[117]. Genel İdari Usul Kanun Tasarısı.m.31 de "*İdari işlemler, kural olarak yazılı şekilde yapılır.*" düzenlemesi ile idari işlemlerde yazılı şekli benimsemiş olup,

[109] EREN, s.189.
[110] ONAR, s.307-308.
[111] ROSSNAGEL, s.674-675; YENİCE/ESİN, s.47-48; GÜNDAY, s.143; ATAY, s.258.
[112] ÖZAY, s.491.
[113] YAYLA, s.123.
[114] EREN, s.160.
[115] OĞURLU, s.176.
[116] ZABUNOĞLU, Yahya: "İdari Yargılama Usulü Genel İlkeler Pozitif Düzenlemeler", *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1983, s.97.
[117] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.382.

ülkemizde büyük bir eksiklik olan bu düzenlemenin bir an önce kanunlaşmasının gerektiğini düşünmekteyiz.

Şekle bağlı olmama ilkesi ülkemizde geçerli olmamakla birlikte[118], yazılılık olarak açıklanan şekil şartına göre idari işlemin temeli olan iradenin, yazılı bir metin olarak düzenlenmesinin ardından yetkili makam olarak düzenleyen idarenin ajanı tarafından ıslak imza ile imzalanması gerekmektedir[119].

Yazılı olan idari işlemin açık, kime hitap ettiği, neyi içerdiği anlaşılabilir olmalıdır[120]. Bu zorunluluğun yanı sıra, metnin altına ad ve soyad ile birlikte kendine özgü yazı işareti anlamına gelen imzanın atılması da şarttır[121]. Metindeki ilave yahut çıkıntılar da imza altına alınmalıdır[122]. İdari işlemin niteliğine göre gerekli imza sayısı değişime uğramaktadır. Birden fazla imzalı bir idari işlemdeki imzalardan biri yahut birkaçı yeterli sayıda yetkili makamın imzası ise işlem hukuka uygun sayılmakta, gereksiz atılan imzalar işlemi sakat hale getirmemektedir[123]. İmzanın bulunmaması halinde ise idari işlem yok hükmündedir[124]. Zira Danıştay'ın da idari işlemde bulunması gereken unsurlara ilişkin kararları[125] bulunmaktadır.

Yazılılık haricinde ek şekil şartları arayan kanunların kapsamında olan idari işlemlerin istenen şekil şartlarını da taşıması gerekmekte, aksi halde bu idari işlemlerin hukuka aykırılığı gündeme gelmektedir[126].

Elektronik araçlar vasıtasıyla beyan edilen iradeler de hukuki açıdan irade beyanı olarak ele alınmakta ve kanuni açıdan geçerli olması yazılı şekil şartına bağlı olmayan işlemler için esas alınarak elektronik ortamdan yapılabilmektedir[127]; ancak şekil şartının olduğu işlemlerin elektronik ortamda yapılıp yapılmayacağı konusu açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle değerlendirmeye açık durumdadır[128].

---

[118] YENİCE/ESİN, s.47-48; AKYILMAZ, s. 124-127.
[119] GÖZLER/KAPLAN, s.300.
[120] GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku C.I, Ekin Yayıncılık, Bursa 2013, s.715; YAYLA, s.123-124.
[121] AKYILMAZ, s.197.
[122] KESER BERBER, Leyla: İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.124.
[123] GÖZLER, s.714; AKYILMAZ, s.197-198.
[124] GÜNDAY, s.167.
[125] Danıştay 5. D'nin 21.11.1996 tarih ve E.1996/795 K.1996/3565 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1996-795.htm&kw=`1996/795`&cr=danistay#fm, E.T.17.07.2023); Danıştay 5. D'nin E.1984/1307, K.1986/1108 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1984-1307.htm&kw=`1984/1307`&cr=danistay#fm, E.T.17.07.2023).
[126] GÖZLER, s.726-727.
[127] ŞENOCAK, Zarife: "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.50, Sa.2, Y.2001, ss.97-135, s.123-124.
[128] EREN, s.166.

2. Elektronik Şekil

İdari işlemlerin elektronik ortamda yaratılan bir belge ile meydana getirilmesine elektronik şekil denilmektedir. E-idari işlemlerin en önemli unsuru şekil unsurudur; çünkü bu unsur, dijital mecrada meydana getirilen idari işlemler açısından tartışmanın odağını oluşturmaktadır. E-idari işlemlerin şekli, klasik idari işlemlerden ayrımını, farkını ortaya koymaktadır[129].

Günümüzde e-idari işlemlerin yapılış sürecinin birçok evresi elektronik mecrada oluşturulmakta, oluşturulduktan sonra da gerekli belgelerin çıktısı alınmak suretiyle ıslak imza ile imzalanarak saklanma yoluna gidilmekte, bu yöntem de çıktıların zamanında alınmaması, davaya konu edilmeleri halinde geçmişe dönük olarak oluşturulması nedeniyle karışıklıklara neden olmaktadır. E-idari işlemin tüm aşamalarının elektronik ortamdan yürütülmesi ve tamamlanması, işlem zamanını da açık bir şekilde gösterdiği için mevcut sorunları önlemektedir. Keza elektronik şeklin benimsenmesiyle hangi işlemlerin çıktı alınmasının gerektiği belli olduğu için bu karışıklık önlenmekte, hatta çıktı almaya gerek kalmadan elektronik arşiv yöntemiyle saklanma imkânı da doğmaktadır[130].

E-idari işlem de esasında yazılı bir metin üzerinde yapılmakta, yalnızca bu yazılı metin elektronik ortamda yer almaktadır. Klasik idari işlemde irade beyanı ve imzayı kapsayan yazılı metnin bulunduğu ortam, fiziki ortam ve kâğıt üzerinde olmasına karşın, e-idari işlemde bu unsurlar materyale bağlı olarak bulunmamakta, kanaatimizce e-irade beyanı ve e-imza olarak ifade edebileceğimiz e-idari işlem unsurları, duyu organlarımız ile algılamamızın mümkün olmadığı, uydular ile evrensel bir ağ aracılığıyla iletilen[131] bir elektronik ortamda bulunmaktadır. Bu ortama, elektronik kâğıt da denebileceği belirtilmektedir[132].

E-idari işlemin irade beyanı, beyanda bulunan tarafın, beyanının geçerliliğini sağlamak üzere kendisinin yapması gereken her şeyi yaptığı ve elektronik ortamda gönder tuşuna bastığı anda oluşmuş sayılmaktadır[133]. E-idari işlemin diğer bir unsuru olan imza ise çeşitli yöntemlerle yapılabilmektedir. En basit yöntem olan el yazısı imza yani ıslak imzanın tarayıcı ile taranarak elektronik ortama aktarılması ya da bilgisayar ekranına el ile imza atılması yöntemi olup, basit e-imza olarak adlandırılan bu yöntem kolay taklit edilebilir olması nedeniyle eleştirilmekte ve güvenli olarak görülmemektedir[134]. Diğer bir yöntem ise bilgisayar ortamında meydana getirilen idari işlem metinlerinin, bilgisayar ortamında imzalanması anlamına gelen güvenli e-imza ile imzalanması olup, bu yöntem en güvenceli yoldur. Elektronik şekil kapsamında basit e-iletişim araçlarından olan basit e-imza ile ve hatta basit bir e-posta ile bile bir idari işlemin onaylanmasının elektronik olarak mümkün olması[135] nedeniyle e-idari işlemlerde elektronik şeklin

[129] EREN, s.167.
[130] ROSSNAGEL, s.654; EREN, s.167.
[131] KESER BERBER, s.135.
[132] EREN, s.168.
[133] EREN, s.168.
[134] ROSSNAGEL, s.660; KESER BERBER, s.126.
[135] SCHMITZ, Heribert/SCHLATMANN, Arne: "Digital Verwaltung?-Das Dritte Gesetz Zur Änderung Verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften", *NVwZ*, 2002, pp.1281-1294, s.1284; KUNSTEIN, Florian: Die

uygulanmasına dair yapılacak düzenlemelerde güvenliğin sağlanması için hangi işlemlerde hangi e-imzanın kabul edildiğinin belirtilmesi gerektiği[136] ifade edilse de kanaatimizce elektronik şekil ile yalnızca nitelikli e-imza da denilen güvenli e-imza ile imzalanmış olan e-idari işlemlerin hukuka uygun kabul edildiği düzenlenmelidir.

3. Yazılı Şekil-Elektronik Şekil Ayrımı

İdari işlemde yazılılığı şekil şartı olarak kabul edersek, e-idari işlemin yapılış şeklinin hukuka uygunluk açısından ele alınması gerekmektedir. Yazılılığı dar olarak yorumlayan bir görüşe göre idari işlemin metninin mutlaka kâğıt üzerinde olması gerekmektedir. Bu görüş, yazı, elektronik daktilo, bilgisayar, matbaa yahut herhangi bir teknikle yazılırsa yazılsın, basılırsa basılsın, idari işlemin şekil açısından geçerli olabilmesi için kâğıt üzerinde olması gerektiğini belirtmektedir[137]. Öncelikle kâğıt üzerinde olan metnin, sonradan bilgisayara aktarılması geçerliliğini etkilememekte; ancak yalnızca bilgisayar ortamında olan ve maddi ortamda, kâğıt üzerinde bir örneği bulunmayan idari işlem, yazılılık şekil şartını sağlamamaktadır[138]. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre yazılılık şartı, e-imza niteliği gereği yazma olarak sayılmadığı ve elle kâğıda yazılmadığı, yalnızca bilgisayarda tuşa basıldığı düşünülürse e-imza ve e-belgeyi dışladığı söylenebilmektedir; ancak yazılılık şartı, bilgisayar tuşuna basmak suretiyle elektronik mecrada meydana getirilen şeyin de sonuçta bir kaşe ve mühür gibi bir yazı türü olduğu söylenebileceği yaklaşımı ile geniş yorumlanabilmektedir[139]. Bu geniş yorumdan yola çıkarak, bazı elektronik şekillerin de yazılılık kuralını karşıladığı kabul edilebilmektedir. İdarece hazırlanan ve bünyesinde kamusal bir irade beyanı içeren, kişilerin hukuki durumlarında etkide bulunan, telex, fax ve mektup gibi hazırlanmış işlemler de yazılı şekilde idari işlemlerden sayılmaktadır[140]. Keza uygulamaya baktığımızda da fax uygulamasının yıllardır benimsenmesi ve uygulanması, idari işlemde yazılılık şekil şartının söz konusu geniş yoruma esasen karşı olmadığını göstermektedir[141]. Bu görüşte olanlar tarafından Anayasa ve İYUK'taki yazılılığa ilişkin düzenlemeleri de geniş yorumla ele alarak, kanunda açıkça yazılılık şekil şartı öngörülmeyen hallerde, idarenin elektronik mecrada tek yanlı iradesi ile hukuka uygun bir şekilde, geçerli idari işlem oluşturabileceği belirtilmektedir[142].

E-idari işlemler açısından yazılılık şekil şartını aşma yöntemlerini incelersek bu yöntemlerden ilkinin irade beyanının okunabilir harflerle belirlenebilir olmasını ve kime ait olduğunun anlaşılmasını gerektiren ve el yazısı ile imzayı şart olarak aramayan metin şeklinin kabulü[143] olduğu düşünülebilirse de

Elektronische Signatur als Baustein der Elektronischen Verwaltung, Tenea Verlag Ltd., Bristol, Niederlassung, Berlin 2005, s.125.

[136] EREN, s.168.

[137] KESER BERBER, s.123,181; GÖZLER, s.712.

[138] GÖZLER, s.712.

[139] ROSSNAGEL, s.661-663,676; EREN, s.169.

[140] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.382.

[141] NOTTHOFF, Martin/PAPE, Gerhard: "Prozeßrechtliche Probleme bei der Verwendung von Telefax", *NJW*, V.6, 1996, pp.417-426, s.417 vd.; KUNSTEIN, s.114-115.

[142] EREN, s.170.

[143] KESER BERBER, s.183,187.

hukuka uygun idari işlemlerden söz edilebilmesi için irade beyanı ve imzayı içeren şekil şartının varlığı nedeniyle bu yöntemin idare hukukunda kabul edilmesi zordur[144].

Diğer bir yöntem ise yazılı şeklin alternatifi olan elektronik şeklin kanuni düzenlemelerde benimsenmesi yoluyla hukuki zemine oturtulmasıdır. Elektronik şekil, ıslak imzanın yerine geçen ve ıslak imza fonksiyonunu sağlayan e-imza ile belgenin imzalanmasını şart koşmaktadır. Alternatifli kanuni düzenlemenin benimsenmesi yöntemi ile bir yandan yazılı şeklin, diğer yandan da elektronik şeklin kullanılabilmesi sağlanacaktır[145].

Son yöntem ise yazılı şeklin fonksiyonlarını yerine getirerek elektronik şeklin fonksiyonel eşitliği sağlamasıdır. Elektronik şeklin fonksiyonel eşitliği sağladığının söylenebilmesi ve yazılı şekil gibi benimsenmesi için yazılı şeklin fonksiyonlarını mümkün mertebede yerine getirmesi gerekmektedir. Yazılı şekil şartının ispat, anlaşılabilirlik, süreklilik, sonuçlandırma, tutarlılık, kimlik belirleme, açıklama, doğrulama ve uyarı gibi fonksiyonları[146] bulunmaktadır. Elektronik şeklin kalıcılık sağlama ve süreklilik; tasdik, doğrulama ve teyit; gerçeklik ve dürüstlük; uyarı; kimliği ispat etme; sonuçlandırma; ispat fonksiyonlarını yerine getirerek yazılı şekil şartını sağlayabileceği belirtilmektedir[147]. Son yöntem gelişmiş e-imza ile mümkün olmaktadır[148].

Farklı yorumlanmaya açık olan yazılılık kavramını, ıslak imza ve bir belgenin somut hale gelmesi şeklinde düşünüp, dar yorumlarsak, ikisinin de elektronik olarak gerçekleşememesi nedeniyle e-iletişimi kapsam dışında bırakmış oluruz. Her ne kadar yazılılık şartı, e-iletişimi ilkesel anlamda kapsam dışında tutmaktaysa da bu dar yorum günümüzdeki ihtiyaçları karşılamamakta, genişletilmesi gerekmektedir. Örnek olarak ele aldığımız fax, esasında bir kopyadır; ancak geniş yorumlarsak yazılılığın fonksiyonlarını karşıladığı görülmektedir. Bu yorum, fax dışındaki e-iletişim açısından da uygulanmaya müsaittir. E-imza ile e-dokümanın yazılılık fonksiyonlarını yerine getirmesine olanak yaratılarak, elektronik şekille de hukuka uygun idari işlemler yapılabilmektedir[149]. Bu bağlamda yazılılık kavramının geniş yorumlanmasıyla e-idari işlemlerin hukuken geçerli olarak yapılması mümkün olmaktadır[150]. Kanaatimizce yazılılık denildiğinde dar yorumla yalnızca maddi ortamda, kağıt üzerinde yapılan idari işlemlerin anlaşılması yazılılık şekil şartını sağladığı, kağıt üzerinde olmayan her idari işlemin geçerli olmadığı sonucuna varmamıza neden olacağı görüşüne katılmamakta, günümüzde oldukça yaygın olan, hayatımızın her alanına işleyen bilişim teknolojilerinin idarenin işleyişini ve dolayısıyla idari işlemleri de etkilediği, elektronik araçlar vasıtasıyla elektronik ortamdan e-irade beyanı ve e-imzayı kapsayan bir yazı türü içererek, sözlü bir beyana

[144] EREN, s.170.
[145] KESER BERBER, s.187-188.
[146] STORR, Stefan: "Elektronische Kommunikation in der Öffentlichen Verwaltung", *MMR*, 2000, pp.579-584, s.580; KUNSTEIN, s.116; AKYILMAZ, s.196-197.
[147] ROSSNAGEL, s.675; ŞENOCAK, s.125-128; KESER BERBER, s.195-197; KUNSTEIN, s.121-122; EREN, s.171-173.
[148] YALTI, Billur: Elektronik Ticarette Vergilendirme, Der Yayınları, İstanbul 2003, s.261,265.
[149] SCHMITZ/SCHLATMANN, s.1283.
[150] KUNSTEIN, s.114,117,118; EREN, s.173-174.

dayanmadan tesis edilmesi nedeniyle geniş yorumla e-idari işlemlerin de yazılılık şartını sağladığını düşünmekteyiz.

4. Elektronik Şekil Düzenlemesi

İYUK.m.31'deki *"…elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır…"* hükmü gereğince elektronik şeklin, İYUK.m.7'de belirtilen yazılı şekle ek olarak düzenlendiği kanaatindeyiz. Bu hüküm gereğince idari yargıdaki elektronik işlemlere ilişkin hususlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri esas alınmaktadır. Bu konuyu inceleyen Danıştay kararları[151] da bulunmaktadır.

Elektronik İmza Kanunu'nda e-şekil, güvenli e-imzayla işaretlenmiş e-dokümanlar olarak açıklanmaktadır. Bu bağlamda aksi bir düzenleme ile öngörülmedikçe Elektronik İmza Kanunu ile elektronik şeklin yazılı şeklin fonksiyonlarını yerine getirdiği görülmektedir. Her ne kadar Elektronik İmza Kanunu'ndan önce savunulan bir görüşe göre fonksiyonları sağlamış olsa dahi e-imzalı bir belgenin Borçlar Kanunu'nun adi yazılı şekle dair şartlarını yerine getirmediği[152] belirtilse de bizim de katıldığımız bir görüşe göre temelde yazılı şekil şartı e-iletişime engel olmamakta, aksine bu şart güvenli e-imza ile imzalanmış e-dokümanlarla da yerine getirilebilmektedir[153]. Bu durumun istisnası ise belli bir elektronik olmayan evrakın doldurulması yahut gazetede ilan verilmesi gibi bazı işlemler bakımından ek şartlar getirilmesi ile elektronik şeklin dışlanmasıdır[154]. Keza Danıştay'ın da idari işlemin elektronik olarak düzenlenemeyeceği yönünde bir kurala yer verilmemesi nedeniyle e-şekil ile düzenlenmesinde bir mani olmadığını açıkladığı kararları[155] bulunmaktadır.

EİK.m.5'teki *"Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur."* düzenlemesi ile güvenli e-imza, önemli bir hukuki güvenceye kavuşarak, güvenli e-imzayla oluşturulan elektronik belgelerin yazılı belge ile aynı hukuki sonuç doğuracağı netlik kazanmıştır. EİK'teki tanıma göre

---

[151] Danıştay 10. D'nin 27.6.2022 tarih ve E.2022/3463 K.2022/3563 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2022-3463.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023); Danıştay 6. D'nin 17.6.2022 tarih ve E.2022/4740 K.2022/7204 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=6d-2022-4740.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023); Danıştay İ.G.D.D.G.K'nun 15.6.2022 tarih ve E.2022/1760 K.2022/2146 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2022-1760.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023); Danıştay 13. D'nin 13.6.2022 tarih ve E.2022/2606 K.2022/2609 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2022-2606.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023); Danıştay 6. D'nin 27.05.2022 tarih ve E.2022/3814 K.2022/6377 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=6d-2022-3814.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023).

[152] ŞENOCAK, s.128.

[153] STORR, s.579-580; EREN, s.175-176.

[154] KUNSTEIN, s.125; EREN, s.176.

[155] Danıştay 10 D'nin 10.02.2022 tarih ve E.2019/719 K.2022/622 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2019-719.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023).

e-imza, basit imza ve güvenli e-imza şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilmektedir[156]. Kanundaki e-imza tanımı ele alındığında, bu tanımın güvenli e-imza tanımı olduğu görülmektedir[157]. Belirli bir sayısal şifre kodlanmaksızın bilgisayar ekranına el ile atılan imza, biometrik yahut dijital imza ile el ile atılmış imzanın taranarak elektronik ortama aktarılmasının ardından elektronik ortamda saklanılarak kullanılması, basit e-imza olarak vasıflandırılabilmektedir. Gelişmiş e-imza olarak da adlandırılabilen güvenli e-imza ise basit e-imzanın veri bütünlüğünü korumasının yanı sıra imzalayanın kimliğinin tespit edilmesini de mümkün hale getirmektedir. EİK.m.5'teki düzenleme ile e-belge ile yazılı belge denk hale gelmiştir; ancak yalnızca bu düzenlemenin idare hukukuna ve dolayısıyla e-idari işlemlere uygulanmasının yeterli olmadığı gerek idari işlemlerin gerekse e-idari işlemlerin hem yetki unsuru hem şekil unsurunu da kapsayacak şekilde yapılış usulüne dair düzenlemelere ihtiyaç olduğu ortada olup, bu ihtiyacın giderilmesi gerekmektedir[158].

İYUK.m.31, HMK.m.205 ve EİK.m.5 bir arada değerlendirilerek, güvenli e-imzanın önemi anlaşılmaktadır. Bu hükümler uyarınca güvenli e-imza, elle atılmış imza ile aynı hukuki sonucun elde edilmesini sağlamakta olup, delil değeri taşımaktadır. Hatta güvenli e-imza ile imzalanmış belgelerin delil değerinin, elle atılmış ıslak imzalı belgelere göre daha üstün olduğu belirtilmektedir[159]. Keza Danıştay'ın da güvenli e-imzanın ıslak imza ile aynı sonuç doğurmasını incelediği kararları[160] bulunmaktadır.

10.06.2020 Tarihli 31151 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Resmi Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, güvenli e-imzanın kullanılması ile meydana getirilen yazışmalarda uyulacak kuralları düzenlemektedir. İdari kurumların genelinde başvurulmakta olan elektronik işlemlerin hızlı ve güvenli olarak yerine getirilebilmesi ve bu işlemlerde kullanılacak olan e-imzalarda önem arz eden durumlar söz konusu yönetmelikte hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeler ile idari kurumlarda başvurulan e-işlemlerde basit e-imza kullanımının önüne geçilmiş, güvenli e-imza kullanılacağı konusu açıklığa kavuşmuştur[161].

---

[156] FALCIOĞLU, Mete Özgür: Karşılaştırmalı Hukuk ve (Amerikan Hukuku ve Viyana Antlaşması) Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.95; BİÇKİN, İnci: "Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler", *TBB Dergisi*, Sa.63, Y.2006, ss.109-126, s.111.

[157] ORTA, Mesut: Elektronik İmza ve Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.103-104.

[158] EREN, s.176.

[159] YILMAZ, Mustafa, "*Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Hukukta ve İdari Yargılama Hukukunda Delil Niteliği*", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, Sa.3, Y.2016, ss.3435-3486, s.3470-3471,3473; DEMİR BAYRAM, s.213.

[160] Danıştay 4. D'nin 28.02.2022 tarih ve E.2018/823 K.2022/1160 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=4d-2018-823.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023); Danıştay 8. D'nin 08.12.2021 tarih ve E.2021/7137 K.2021/6092 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2021-7137.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023); Danıştay 8. D'nin 25.01.2022 tarih ve E.2021/8052, K.2022/212 K.T.25.1.2022 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2021-8052.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023).

[161] SARI, Ömür Kadri: İdare Hukuku Bağlamında E-Devlet Dönüşümü ve Uyap, (Danışman: CİN KARAGÖZ, Emine), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, Kırıkkale, s.104-105; DEMİR BAYRAM, s.216-217.

C. Sebep Unsuru

Sebep unsuru, yetkili makamı idari işlem yapmaya yönlendiren, yapmasını gerekli kılan ve işlemden önce mevcut olan ve dayanağını oluşturan maddi bir olay ve hukuki durum[162] yahut hukuki bir işlem[163], saik[164] olarak açıklanmaktadır.

İdarenin bir işlemi yapabilmesi için onu yapma yetkisini haiz olması yeterli görülmemekte, yapabilmesi için gerçek ve hukuka uygun sebep yahut sebepleri olmalıdır[165]. İdarenin idari işlemi yaparken gerekçeli olarak yapması şart olmasa da idari işlemin iptali nedeniyle dava açılması halinde, yargı makamına idari işlemin sebebini açıklamak zorundadır[166]. Keza Danıştay'ın da sebep unsuru yönünden idari işlemin sakat olduğu halleri konu edinen Danıştay kararları[167] bulunmaktadır.

Sebep unsurunun kanunlarda açık bir şekilde düzenlenme durumu söz konusu olduğunda, idari işleme sebep olan bir olayın yanı sıra, olayın kanunun aradığı şartları haiz olması gerekmektedir[168]. Kanunda idari işlemin sebep unsuru, belirsiz kavramlarla düzenlendiği durumlarda Danıştay'ın takip ettiği iki yöntem bulunmaktadır. Belirsiz kavramın anlamına odaklanarak, öne sürülen olayların bu kavram çerçevesinde ele alınıp alınamayacağını araştırmakta yahut kanunda gösterilen sebebe kısıtlayıcı bir anlam yüklemeden, idare tarafından öne sürülen olayların nitelendirilmesini sağlayarak, bu kavram kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini belirlemektedir[169]. İdari işlemin sebep unsurunun kanunda hiç belirtilmediği hallerde ise idarenin takdirinde olup, bu hallerde idarenin geniş takdir yetkisinin olduğu ve yargı denetimine tabi tutulamayacağı belirtilmekte[170]; ancak geniş bir takdir yetkisi bulunsa da bu takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığına[171] dikkat çekilmektedir.

İdari işlemlerin kamu yararı amacıyla gerçekleştirilmesi nedeniyle bu amaca yönelik bir sebebinin olması gerektiği kabul edilmektedir[172]. Kısaca kanunda belirtilen sebep dışında bir sebebe dayalı yapılan idari işlemin yargı yerince kanunda belirtilen sebebe dayalı yapıldığının kabul edilmesi olan sebep ikamesi, sebep unsuru açısından önemli bir uygulamadır[173].

---

[162] YAYLA, s.130.
[163] ÖZAY, s.455; GÖZLER, s.769.
[164] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.398.
[165] CANDAN, s.147; YILDIRIM/ÇINARLI, s.85.
[166] GÜNDAY, s.145-146.
[167] Danıştay 12. D'nin 15.05.2006 tarih ve E.2003/2833 K.2006/1968 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2003-2833.htm&kw=`2003/2833`&cr=danistay#fm, E.T.24.05.2023); Danıştay 11. D'nin 22.01.2007 tarih ve E.2006/2398 K.2007/375 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2006-2398.htm&kw=`2006/2398`&cr=danistay#fm, E.T.24.05.2023).
[168] EREN, s.192.
[169] ALAN, s.95.
[170] ONAR, s.298.
[171] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.401.
[172] GÜNDAY, s.153; GÖZLER, s.769.
[173] ALAN, s.96.

E-idari işlemlerin sebep unsuru açısından klasik idari işlemlerde geçerli olan kurallar geçerli olup, hukuka uygun bir e-idari işlem için açıklamış olduğumuz sebep unsuru kurallarına uyulması, yetkili makamın gerçek ve hukuka uygun bir sebebe dayanarak e-idari işlemi tesis etmesi gerekmekte[174], e-idari işlemlerde sebep ikamesi de uygulanabilmektedir.

D. Konu Unsuru

İdari işlemin konusu, doğurduğu hukuki sonuç, hukuk dünyasında yarattığı değişiklik[175], etki[176] şeklinde açıklanmaktadır. Maddi yahut hukuki olabilen[177] idari işlemlerin konusunun, önceden hukuk kurallarıyla belirlenmiş olması nedeniyle idarenin yahut ilgililerin serbestliği söz konusu değildir[178].

İdari işlemin geçerliliği, konusunun meşru ve mümkün olmasına bağlıdır[179]. İdari işlemin konusunun meşru olması, ahlaka, hukuka ve kamu düzenine uygunluğu anlamına gelmekteyken, mümkün olması ise işlemden beklenen sonucun gerçekleştirilebilir özellikte olmasıdır. Konusunun gerçekleşmesi mümkün olmayan yahut hukuka, ahlaka ya da kamu düzenine aykırı konusu olan idari işlem, konu unsuru açısından hukuka aykırı yani sakat olmakta ve iptali söz konusu olabilmektedir[180].

İdari işlemlerin sebep ve konu unsuru bağlantılı olup, bu iki unsurun arasında ölçüsüzlük yahut kopukluk olması halinde idari işlemin sebep yahut konu açısından hukuka aykırılığı söz konusu olmaktadır[181]. Kanunun açıkça yasakladığı bir konuda idari işlem yapılması halinde de işlem, konu yönünden sakat olmaktadır[182]. Belli statüdekilere uygulanabilecek hükümler, söz konusu statü dışındakilere uygulanırsa, idari işlemin sakatlığı gündeme gelmektedir[183]. İdari işlemin sebep unsuru yönünden sakatlığına ilişkin Danıştay kararları[184] da bulunmaktadır.

Unsur sakatlığı olmayan, hukuka uygun bir e-idari işlemden bahsedilebilmesi için açıklamış olduğumuz klasik idari işlemlerin konu unsuru kurallarına uyulması gerekmektedir. İdare idari işlemi, elektronik ortam üzerinden oluştururken klasik idari işlemlerde olduğu gibi bir hukuki sonuca yönelik yapmaktadır. E-idari işlemlerin de konu unsuru, hukuk kuralları ile çerçevesi çizilmiş olan hukuki sonuçlar

[174] EREN, s.195.
[175] KALABALIK, s.93.
[176] YAYLA, s.132.
[177] ONAR, s.311; MERMUT, Güler: "İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık", *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler 1,* Güneş Matbaası, Ankara 1976, ss.295-329, s.322.
[178] ONAR, s.312-313.
[179] GÜNDAY, s.158.
[180] EREN, s.195-196.
[181] ONAR, s.313; GÖZLER, s.811-814.
[182] GÖZLER, s.808-809.
[183] KALABALIK, s.94.
[184] Danıştay 12. D'nin 13.12.2006 tarih ve E.2006/1186 K.2006/5993 sayılı kararı (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2006-1186.htm&kw=`2006/1186`&cr=danistay#fm, E.T.24.05.2023); Danıştay 8. D'nin 11.02.1999 tarih ve E.1996/940 K.1999/416 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-1996940.htm&kw=`1996/940`&cr=danistay#fm, E.T.14.05.2023).

olup, hukuka uygun e-idari işlemler bu çerçeve dışına çıkılarak yapılamamakta, aksi takdirde sakatlığı söz konusu olmaktadır.

E. Amaç Unsuru

Amaç, idari işlemden beklenen sonuç ve varılmak istenen neticedir[185]. Her idari işlemin bir amacı bulunmaktadır ve kanunda yer alsın yahut almasın genel ve değişmez amacı kamu yararının sağlanmasıdır[186]. Kamu yararının ne olduğuna ilişkin belirleme yasama organı tarafından yapılmaktayken, uyuşmazlık halinde ise ilke ile kuralları yorumlamak suretiyle yargı organınca yapılmaktadır[187].

İdari işlemlerin amaç unsuru yönünden sakat olması, kamu yararı amacı dışında başka bir amaç gözetilerek yapılması halinde söz konusu olmakta, bu durumda idari işlemin sakatlığı gündeme gelmekte ve iptal yaptırımı ile karşı karşıya kalabilmektedir[188]. Bu yönde Danıştay kararları[189] da bulunmaktadır. İdarenin tasarruf yetkileri ile öngörülen amaç haricinde bir amaç için idari işlemi yapması halinde söz konusu olan yetki saptırması[190] amaç unsuru açısından önemlidir.

Amaç unsuruyla sebep unsuru, sıkı bir ilişki içerisindedir. İdari yargı mercii, amaç unsuru ile sebep unsurunun birleştiği idari işlemlerde, genel olarak daha objektif özellik göstermesi ve amaç unsurunun ortaya konulmasındaki güçlük sebebiyle sebep unsuruna yoğunlaşarak karar vermektedir[191]. Sebep unsurunda bulunan sakatlığın, amaç unsurunda da sakatlığa neden olabildiği belirtilmektedir[192]. Danıştay'ın da kamu yararı çerçevesinde yapılan amaç unsuru denetimi ve idari işlemin bu nedenle iptaline ilişkin kararları[193] bulunmaktadır.

Amaç unsuru yönünden sakatlığı bulunmayan, hukuka uygun bir e-idari işlem olması için açıklamış olduğumuz klasik idari işlem amaç unsuru kurallarına uyulması gerekmektedir. E-idari işlemlerin amaç unsuru kurallarında klasik idari işlemlere göre fark bulunmamakta, idari işlem amaç unsuru kurallarına

---

[185] ONAR, s.316; GÖZLER, s.851.
[186] DÜNDAR, Erol: "Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştay'ı İçtihatlarına Göre)", *DD.,* Y.3, Sa.12-13, Ankara 1974, ss.43-71, s.47-48; GÖZLER, s.853-854; GÜNDAY, s.160.
[187] ÖZAY, s.500.
[188] ALAN, s.99; ÖZAY, s.501.
[189] Danıştay 6. D'nin 24.11.1998 tarih ve E.1997/4439 K.1998/5786 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=6d-1997-4439.htm&kw=`1997/4439`&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023).
[190] DUEZ, Paul: "Yetki Saptırma, İdari Tasarruflarda Maksat Unsuru", (Çev. DEMİREL, Hakkı), *DD.*, Y.19, Sa.74-75, Ankara 1939, ss.38-41, s.38; GÜNDAY, s.161-162; GÖZLER, s.852-853.
[191] ALAN, s.100.
[192] SEZGİNER, Murat: İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık, (Danışman: ARSLAN, Süleyman), (Yayınlanmış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991, Konya, s.59,85,98; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.416,419.
[193] Danıştay 2. D'nin 15.11.2006 tarih ve E.2006/1053 K.2006/3272 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=2d-2006-1053.htm&kw=`2006/1053`&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023); Danıştay 5. D'nin 20.09.1994 tarih ve E.1994/4960 K.1994/4062 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1994-4960.htm&kw=`1994/4960`&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023).

uyulmaması halinde e-idari işlemin amaç unsuru yönünden sakatlığı ve iptal edilebilmesi söz konusu olmaktadır[194].

SONUÇ

Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler ve toplumsal ihtiyaçlar neticesinde dijitalleşme ile diğer e-öntakılı yeni kavramlarla birlikte idare hukukuna dahil olan e-idari işlemlerin tek yanlılık, icrailik, kanunilik, kamu gücüne dayalı olma şeklinde başlıca özellikleri bulunmakta olup, bu özellikleriyle klasik idari işlemlerden ayrılmazken, klasik idari işlemlerden farklı olarak, elektronik ortamdan yapılması nedeniyle elektronik iletişim araçları ile meydana getirilme özelliği de bulunmaktadır.

E-idari işlemler de klasik idari işlemler gibi yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarını haiz olup, sebep, konu ve amaç unsurları açısından klasik idari işlemler ile aynı kurallara tabi olmakta; ancak yetki ve şekil unsuru açısından farklılık göstermektedir. E-İdari işlemler de klasik idari işlemlerde olduğu gibi unsurları açısından sakatlığı halinde İYUK.m.2 gereğince iptal davasına konu olabilmektedir.

Yetki unsuru bakımından bir e-idari işlemin kişi, konu, yer ve zaman açısından hukuka uygunluğunun tespiti klasik idari işlemlere göre daha zor yapılmakta, bu tespitin doğru bir şekilde yapılabilmesi ve güvenceye alınabilmesi için güvenli e-imza ile yapılması gerekmektedir.

Şekil unsuru bakımından tartışmaları sona erdirerek idare hukukunu e-iletişime uygun hale getirebilmek için öncelikle AY.m.125'in hükmünde "yazılı veya elektronik" şeklinde değişiklik yapılmalı, e-idari işlemin anayasal altyapısı bu sayede sağlanmalıdır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda şeklin uyarlanması konusuna ilişkin değişiklikler yapılmalı, elektronik şeklin yazılı şekle eşit olduğu belirtilmelidir. Kanaatimizce her ne kadar HMK atfı ile e-imzanın önemi ve etkisi belirlenebilse de İYUK'ta e-imzaya ilişkin açıkça bir hüküm getirilmesi, günümüzde idare hukukunda dijitalleşme sonucunda elektronik ortamdan yapılan e-idari işlemlerin artması nedeniyle hukuki güvenceye kavuşması önem taşımaktadır.

E-idari işlemin unsurlarını kapsayacak, yapılış usulünü açıklayacak ve tartışmaları sona erdirecek kanuni düzenlemelere ihtiyaç olduğu açıktır. Bu ihtiyacın giderilmesi için yönetmelik yahut adsız düzenleyici işlemler yerine, tasarı olarak hazırlanan; ancak kanunlaşması mümkün olmayan Genel İdari Usul Kanunu'nun bir an önce elektronik idari işlemleri de kapsayacak hükümler ile birlikte uygulamaya geçmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu şekilde bir düzenleme ile yazılı belgeler ile e-belgeler ayrıştırılmış olacak ve e-idari işlemler kanuni temele kavuşmuş olacaktır.

Genel İdari Usul Kanun Tasarısı idari işlemin şekli başlıklı 31. maddesinde "*elektronik ortamda ya da otomatik bir araç ile yapılan idari işlemde, elektronik imza ya da güvenliği garanti edilmiş mekanik*

[194] EREN, s.202.

araçlarla da imza atılabilir." ve 7. maddesinde "*başvuru, gerekli düzenlemeler yapılmış olmak kaydıyla, elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir.*" hükümleri düzenlenmiştir. Bu hükümlerin yanı sıra şekle bağlı olmama ilkesinin benimsenebileceği düşünülebilirse de daha düşünülerek yapılmasını sağlaması ve güvence yaratması göz önünde bulundurulduğunda bu yöntemin yerine "yazılı veya elektronik şekil" şeklinde alternatifli kanuni düzenleme yapılabileceği kanaatindeyiz. Önemle belirtmemiz gerekmektedir ki "yazılı veya elektronik" ifadesi tüm e-iletişimi kapsamakta, güvenli e-imza yahut güvenli olmayan e-imzayı yani basit e-imzayı, hatta e-imza olmayan e-iletişimi de bu kapsama dahil etmektedir. E-idari işlemin değiştirilememesi, taklit edilememesi amacıyla daha güvenilirlik sağlanması gerekmekte, bu noktada da güvenli e-imza devreye girmektedir. Bu bağlamda güvenli e-imza kullanımına yönelik ek düzenlemelerin de yapılması gerekmektedir. Hangi alanlar ve idari işlemlerin elektronik şekil ile yapılabileceği hangilerinin yapılamayacağı da açıkça hüküm altına alınmalı, bu düzenlemelere aykırı olarak e-idari işlem tesisi mümkün olmamalı, tesis edilmesi halinde hukuka aykırı olacağı dikkate alınmalıdır.

Kaynakça

AÇDOYURAN, S. Burak: "İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, Sa.1-2, Y.1999, ss.1-19.

AKYILMAZ, Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

ALAN, Nuri: Hukukla Kırkbir Yıl, Danıştay Matbaası, Ankara 2003.

ALTINTAŞ, Hakan: "Sanal Bürokrasiden E-Devlete Teorik Yaklaşımlar", *II. Ulusal Bilgi Ekonomi ve Yönetim Kongresi*, Kocaeli Üniversitesi, İİBF Yayını, İzmit 2003, ss.19-32.

ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

AYDEMİR, Cahit: "Elektronik Ticaret", *İnternet ve Toplum*, Anı Yayıncılık Eğitim ve Danışmanlık San. Tic. Ltd. Şti., Ankara 2005, ss.146-159.

BHATNAGAR, Subhash: E-Government: From Vision to Implementation-A Practical Guide With Case Studies, Sage Publications, New Delhi 2004.

BİÇKİN, İnci "Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler", *TBB Dergisi*, Sa.63, Y.2006, ss.109-126.

BOZ, Selman Sacit: "Elektronik İhale (E-İhale)", *Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA)*, 2013-1, Y.16, ss.9-31.

CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005.

CHOU, David C.: "Is The Internet The Global Information System?", *Decision Line*, Mart 1999, pp.4-6.

ÇAKIR, Canan: "E-Belediye Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Sosyal ve Beşeri Bilimleri Dergisi*, C.7, Sa.1, Y.2015, ss.1-15.

ÇAKMAK, Münci: "İdare Hukuku ve İnternet", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.IX, Sa.1-2, Haziran-Aralık 2005, ss.285-314.

DAWES, Sharon S.: "The Evolution and Continuing Challenges of E-Governance", *Public Administration Review (Special Issue)*, December 2009, Vol. 68, pp.S86–S101.

DEMİR BAYRAM, Simge: Kamu Hizmetinde Dijital Dönüşüm ve E-ihale Süreci, (Danışman: SANCAKDAR, Oğuz), (Yayınlanmış Doktora Tezi), Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2023, İzmir.

DENK BİLGİ: "Elektronik İletişim Nedir?", (https://www.denkbilgi.com/elektronik-iletisim-nedir.html, E.T.27.04.2023).

DUEZ, Paul: "Yetki Saptırma, İdari Tasarruflarda Maksat Unsuru", (Çev. DEMİREL, Hakkı), *DD.*, Y.19, Sa.74-75, Ankara 1939, ss.38-41.

DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

DÜNDAR, Erol: "Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştay'ı İçtihatlarına Göre)", *DD.,* Y.3, Sa.12-13, Ankara 1974, ss.43-71.
ERDAL, Murat, "Elektronik Bilgi Çağında Kamu Yönetimi ve Bir Yerel Yönetim Uygulaması: İstanbul Büyük Şehir Belediyesi", *I. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi*, Kocaeli Üniversitesi Yayınları, Kocaeli 2002, ss.165-180.
EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
EREN, Hayrettin: E-Dönüşüm Sürecinde İdari İşlemler (Elektronik İdari İşlemler), Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
ERGÜN, Ömer: "Dijital İmza", *İnternet ve Toplum*, Anı Yayıncılık Eğitim ve Danışmanlık San. Tic. Ltd. Şti., Ankara 2005, ss.257-279.
ERKUT, Celal: İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51, Ankara 1990.
FALCIOĞLU, Mete Özgür: Karşılaştırmalı Hukuk ve (Amerikan Hukuku ve Viyana Antlaşması) Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
FINGER, Mathias/PECOUD, Gaelle: "From E-Government to E-Governance? Towards a Model of E-Governance", *ElectDronic Journal of E-Government*, V.1, I.1, Y.2003, pp.52-62.
FISTIKÇIOĞLU, Reşit: E-devlet Uygulamaları ve E-belediye: Gaziantep Büyükşehir Belediyesi Örneği, (Danışman: BALCI İZGİ, Berna), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, Gaziantep.
GİRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/KAHRAMAN, Berk: İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2012.
GÖZLER, Kemal/GÜRSEL, Kaplan: İdare Hukuku, Ekin Yayıncılık, Bursa 2019.
GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku C.I, Ekin Yayıncılık, Bursa 2013.
GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2015.
GÜNGÖR, Servet: "Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Bir Olgu E-Devlet", *Türk İdare Dergisi*, Sa. 457, Aralık 2007, ss.125-140.
HENDEN, H. Burçin/HENDEN, Rıfkı: "Yerel Yönetimlerin Hizmet Sunumlarındaki Değişim ve E-Belediyecilik", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2005, C.4, Sa.14, ss.48-66.
HOLMES, Douglas: eGov, an eBusiness Strategies for Government, Nicholas Brealey Publishing, London 2001.
KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri C.II, Gözden Geçirilmiş, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
KESER BERBER, Leyla: İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
KUNSTEIN, Florian: Die Elektronische Signatur als Baustein der Elektronischen Verwaltung, Tenea Verlag Ltd., Bristol, Niederlassung, Berlin 2005.
MADSEN, Christian O./BERGER, Jasper Bull/PHYTHIAN, Mick: "The Development In Leading E-Government Articles 2001-2010: Definitions, Perspectives, Scope, Research Philosophies, Methods and Recommendations: An Update Of Heeks and Bailur", *Electronic Government*, Springer, Heidelberg New York Dordrecht London 2014.
MERMUT, Güler: "İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık", *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler 1,* Güneş Matbaası, Ankara 1976, ss.295-329.
MKUDE, Catherine G./WIMMER, Maria A.: "Strategic Aspects For Successful E-government Systems Design: Insights From A Survey In Germany", *Electronic Government,* Springer, Heidelberg New York Dordrecht London 2014.
MOON, M. Jae: "The Evolution Of E-Government Among Municipalities: Rhetoric or Reality?", *Public Administration Review*, Vol.62, I.4, July/August 2002, pp.424-433.
NOTTHOFF, Martin/PAPE, Gerhard: "Prozeßrechtliche Probleme bei der Verwendung von Telefax", *NJW*, V.6, 1996, pp.417-426.
OECD: OECD Information Technology Outlook Icts and the Information Economy, OECD Publications Service, Paris 2002.

OĞURLU, Yücel: "E-Government Applications and Its Effects on Public Services in Turkey", *Proceedings of the 7th European Conference on E-Government*, Academic Conferences Limited, Netherlands 2007, ss.395-404 [E-Government].
OĞURLU, Yücel: İdare Hukukunda "E-Devlet" Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
OĞURLU, Yücel/KÜÇÜKALİ, Canan: "Focus on ICT in Turkish Judicial System", *European Commission For The Efficiency of Justice (CEPEJ)*, IRSIG-CNR, Italy 2007, ss.50-62.
ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umum, Esasları C.I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
ORTA, Mesut: Elektronik İmza ve Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
ROSSNAGEL, Alexander: "Zur Regelung des Elektronischen Rechtsverkehrs", *Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996, pp.652-683.
SANCAKDAR, Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/US DOĞAN, Eser/KASAPOĞLU TURHAN, Mine/SEYHAN, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
SARI, Ömür Kadri: İdare Hukuku Bağlamında E-Devlet Dönüşümü ve Uyap, (Danışman: CİN KARAGÖZ, Emine), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, Kırıkkale.
SCHMITZ, Heribert/SCHLATMANN, Arne: "Digital Verwaltung?-Das Dritte Gesetz Zur Änderung Verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften", *NVwZ*, 2002, pp.1281-1294.
SEZGİNER, Murat: İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık, (Danışman: ARSLAN, Süleyman), (Yayınlanmış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991, Konya.
STORR, Stefan: "Elektronische Kommunikation in der Öffentlichen Verwaltung", *MMR*, 2000, pp.579-584.
ŞENOCAK, Zarife: "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.50, Sa.2, Y.2001, ss.97-135.
TAN, Turgut: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
TOPALOĞLU, Mustafa: Bilişim Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2005.
WEST, Darell M.: "State and Federal E-Government in the United States", *Providence*, September 2001, pp.1-23.
WIEDERHOLD, Simon: The Role of Public Procurement in Innovation: Theory and Empirical Evidence, ifo Institut, München 2012.
YALTI, Billur: Elektronik Ticarette Vergilendirme, Der Yayınları, İstanbul 2003.
YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel: Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983.
YEŞİL, Yeliz/FİDAN, Fatma: "Türkiye'de Y Kuşağının E-İletişim Kullanımı: Üniversite Öğrencileri Üzerinde Bir Araştırma", *Balkan and Near Eastern Journal of Social Sciences Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi*, C.03, Sa.01, Y.2017, ss.100-109.
YILDIRIM, Ramazan/ÇINARLI, Serkan: Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II, Astana Yayınları, Ankara 2019.
YILMAZ, Mustafa, "*Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Hukukta ve İdari Yargılama Hukukunda Delil Niteliği*", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, Sa.3, Y.2016, ss.3435-3486, s.3470-3471,3473.
ZABUNOĞLU, Yahya: "İdari Yargılama Usulü Genel İlkeler Pozitif Düzenlemeler", *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1983.
ZEKA, Egin: "ICT and e-Governance: The web portals of Istanbul Metropolitan Municipality", *Planlama*, C.24, Sa.1, Y.2014, ss.35-41.
Danıştay 2. D'nin, 07.02.2007 tarih ve E.2006/1719 K.2007/406 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=2d-2006-1719.htm&kw=`2006/1719`&cr=danistay#fm, E.T.18.05.2023)

Danıştay 6. D'nin, 22.12.2006 tarih ve E.2004/8089 K.2006/6505 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=6d-2004-8089.htm&kw=`2004/8089`&cr=danistay#fm, E.T.18.05.2023).
Danıştay 5. D'nin 22.11.1988 tarih ve E.1988/2845 K.1988/2749 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1988-2845.htm&kw=`1988/2749`&cr=danistay#fm, E.T.23.06.2023).
Danıştay 13. D'nin 12.12.2006 tarih ve E.2005/1759 K.2006/4714 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2005-1759.htm&kw=`2005/1759`&cr=danistay#fm, E.T.23.05.2023).
Danıştay 11. D'nin 14.11.1997 tarih ve E.1996/6510 K.1997/4061 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-1996-6510.htm&kw=`1996/6510`&cr=danistay#fm, E.T.23.05.2023)
Danıştay 5. D'nin 02.07.1992 tarih ve E.1992/2004 K.1992/2168 sayılı kararı (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1992-2004.htm&kw=`1992/2004`&cr=danistay#fm, E.T.23.05.2023).
Danıştay 5. D'nin 21.11.1996 tarih ve E.1996/795 K.1996/3565 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1996-795.htm&kw=`1996/795`&cr=danistay#fm, E.T.17.07.2023);
Danıştay 5. D'nin 27.10.1986 tarih ve E.1984/1307, K.1986/1108 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1984-1307.htm&kw=`1984/1307`&cr=danistay#fm, E.T.17.07.2023).
Danıştay 10. D'nin 27.6.2022 tarih ve E.2022/3463 K.2022/3563 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2022-3463.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023)
Danıştay 6. D'nin 17.6.2022 tarih ve E.2022/4740 K.2022/7204 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=6d-2022-4740.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023)
Danıştay İ.G.D.D.G.K'nun 15.6.2022 tarih ve E.2022/1760 K.2022/2146 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2022-1760.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023)
Danıştay 13. D'nin 13.6.2022 tarih ve E.2022/2606 K.2022/2609 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2022-2606.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023);
Danıştay 6. D'nin 27.05.2022 tarih ve E.2022/3814 K.2022/6377 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=6d-2022-3814.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023).
Danıştay 10 D'nin 10.02.2022 tarih ve E.2019/719 K.2022/622 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2019-719.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023).
Danıştay 4. D'nin 28.02.2022 tarih ve E.2018/823 K.2022/1160 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=4d-2018-823.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023)
Danıştay 8. D'nin 08.12.2021 tarih ve E.2021/7137 K.2021/6092 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2021-7137.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023)
Danıştay 8. D'nin 25.01.2022 tarih ve E.2021/8052, K.2022/212 K.T.25.1.2022 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2021-8052.htm&kw=g%C3%BCvenli+elektronik+imza++&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023).

Danıştay 12. D'nin 15.05.2006 tarih ve E.2003/2833 K.2006/1968 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2003-2833.htm&kw=`2003/2833`&cr=danistay#fm, E.T.24.05.2023)
Danıştay 11. D'nin 22.01.2007 tarih ve E.2006/2398 K.2007/375 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2006-2398.htm&kw=`2006/2398`&cr=danistay#fm, E.T.24.05.2023).
Danıştay 12. D'nin 13.12.2006 tarih ve E.2006/1186 K.2006/5993 sayılı kararı (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2006-1186.htm&kw=`2006/1186`&cr=danistay#fm, E.T.24.05.2023)
Danıştay 8. D'nin 11.02.1999 tarih ve E.1996/940 K.1999/416 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-1996940.htm&kw=`1996/940`&cr=danistay#fm, E.T.14.05.2023).
Danıştay 6. D'nin 24.11.1998 tarih ve E.1997/4439 K.1998/5786 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=6d-1997-4439.htm&kw=`1997/4439`&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023).
Danıştay 2. D'nin 15.11.2006 tarih ve E.2006/1053 K.2006/3272 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=2d-2006-1053.htm&kw=`2006/1053`&cr=danistay#fm, E.T.25.05.2023)

Danıştay 5. D'nin 20.09.1994 tarih ve E.1994/4960 K.1994/4062 sayılı kararı, (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5d-1994-4960.htm&kw=`1994/4960`&cr=danistay#fm, E.T.25.05 2023).

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA ARABULUCULUK ANLAŞMASI İLE İKALE SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Hâkim Dr. Özlem BAL BEKTAŞ*

ÖZET

2012 yılında 6325 sayılı yasa ile hukukumuza giren arabuluculuk kurumu ile aslında yasalarımızda düzenlenmemiş olan ama sözleşme özgürlüğünün doğal sonucu olarak ortaya çıkan ikale sözleşmesi özünde sulhen çözüm arayan yöntemlerdir. Varmak istedikleri noktada birbirine benzerlik gösterselerde önemli hususlarda farklılaşmaktadırlar. Arabuluculukta tarafların adına karar veremeyen, kural olarak çözüm önerisinde bulunamayan, bağımsız ve tarafsız duran arabulucunun taraflar arasında uygun iletişim ortamını yaratmak suretiyle çözümü tarafların kendilerinin bulmasını sağlamakta olduğunu görmekteyiz. İş Hukuku anlamında ihtiyari arabuluculuk her zaman imkân dâhilindeyken 2018 yılında yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile zorunlu arabuluculuk da getirilmiştir. İlgili kanunun 3. maddesinde " Dava şartı olarak arabuluculuk " başlığı ile kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminat ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, öncesinde arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlemiştir. İkale sözleşmesi bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu ile iş güvencesi hükümlerinin yasal olarak düzenlenmesi ile iş akdinin sona erme halleri arasında ikalenin özellikle işverenlerce tercih edilen bir yol olduğunu görmekteyiz. Yasal düzenlemelerin olmadığı ikale hususunda bu boşluk Yüksek Mahkeme içtihatları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin sona erdirilmesi olan fesihten farklılaşan ikalede, karşılıklı birbirine uygun iki iradenin birleştiğini görmekteyiz. Bu sebeple feshe bağlanan sonuçlar ve bundan doğan haklar, iş güvencesi hükümleri burada uygulanamamaktadır. Buradan hareketle işverenin yararına olan ikalenin zaman zaman fesihten doğan hakları ve iş güvencesi hükümlerini dolanmak amaçlı kötüye kullanıldığını, sadece görünürde bir ikale sözleşmesi yapıldığını görmekteyiz. İşte bu noktada hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi için yüksek mahkeme içtihatları ile belli kriterler belirlenmiştir. Zaman zaman da arabuluculuk anlaşma metni içinde ikale sözleşmesinin yapıldığı, bunun uygulamada bir takım uyuşmazlıklara yol açtığı görülmektedir. Bu çalışmada, iki kurum arasındaki farklara değinilirken yargı kararları ışığında da nasıl değerlendirildiklerine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, İkale, Sulh, İş Güvencesi.

GİRİŞ

Uygulamada işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkinin son bulma neticeleri arasında karşımıza ikale sözleşmesinin ve arabuluculuk anlaşmasının sıkça çıktığını görmekteyiz. İkale sözleşmesi kanunda düzenlememişken arabuluculuk anlaşması 6325 sayılı yasa ile düzenleme altına alınmıştır. İkale

* Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Menderes Adliyesi Hâkimi, ozlembal84@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1963-8891.

sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu uyarınca irade fesadı denetimine tabi tutulmakla birlikte yargı uygulamaları ile şekillendiği üzere bu sözleşmenin makul yarar, teklifin kimden geldiği hususları dikkate alınarak geçerliliği sorgulanmaktadır. Arabuluculuk anlaşma metni için ise anlaşmaya varılan konularda dava açma yasağı getirilmiştir (HUAK.m.18). Ayrıca ikale sözleşmesinin yapılması için iş akdinin varlığına ihtiyaç vardır. Yani iş akdi sona ermemiş olmalıdır. Arabuluculuk sözleşmesinde iradi arabuluculuk bakımından iş akdi sona ermeden önce bunun yapılması mümkünse de, dava şartı olan zorunlu arabuluculukta iş akdini sona ermiş olması ve bir uyuşmazlığın ortaya çıkması ön şarttır. O yüzden aslında zorunlu arabuluculukta ortada iş akdi kalmadığı için bu arabuluculuk anlaşmasının içinde ikale sözleşmesinin yapılması da hukuken mümkün değildir. Her iki hukuki kurum, oluşturulma şartları ve neticeleri açısından bu şekilde önemli farklılıklar içermektedir. Fakat uygulamada dava açma yasağından faydalanılması için arabuluculuk anlaşmasının içine sıkça ikale sözleşmesinin dahil edildiğini görmekteyiz.

Bu incelemede öncelikle her iki kurum ayrı ayrı ele alınacak ardından aralarındaki ilişki dile getirilmekle birlikte yargı kararlarında bu iki hukuki kurumun nasıl yorumlandığı incelenecektir.

I. İKALE SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı

Türk İş Hukukunda, işçi ve işveren arasında kurulacak iş akdinin sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği sona erdirilmesinin de tarafların anlaşması suretiyle sözleşmeye bağlanması kural olarak her zaman mümkündür. Bu hak anayasal düzenlemelerden (m.48) temelini alıp Borçlar Kanununun sözleşme serbestisi (m.26-27) ile irade fesadı (m.30 vd.) hükümleri ile şekillenmiştir. Bunun ışığında ikale sözleşmesi, işçi ve işverenin aralarındaki iş akdini sona erdirmek üzere yaptıkları anlaşma olarak tanımlanabilir[1]. Yani tarafların aralarında kurulan hukuki ilişkinin yine tarafların ortak iradesi ile yeni bir sözleşme yapılarak ortadan kaldırılmasıdır. İkale sözleşmesi için aynı anlama gelen bozma sözleşmesi terimi de kullanılmaktadır. Önceki sözleşmenin belirli süreli veya belirsiz süreli olmasının da bir önemi yoktur. Her ikisi için de bu yol kullanılabilir.

Yasalarımızda sözleşmenin kurulması bakımından şekil serbestisi bulunduğu için ikale sözleşmesi yazılı veya sözlü yapılabilmektedir. Fakat ispat bakımından yazılı yapılmasında fayda vardır. Bazı yazarlara[2] göre İş Kanunu'na göre yazılı yapılması zorunlu olan iş sözleşmelerini sona erdiren sözleşmelerin de yazılı yapılması gerekmektedir.

1. Kurulması ve Geçerliliği

Kanunda ikale düzenlenmemiş olsa da özünde bir sözleşme olması sebebiyle hakkında Türk Borçlar Kanununun sözleşmeye ilişkin genel hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Bu doğrultuda ikale sözleşmesi,

[1] SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2022, s.532; ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda İkale, Ankara 2013, s.6 ; KAYIRGAN, Hasan: " İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Tutanaklarının İrade Fesadı Bağlamında Değerlendirilmesi", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu, İbn Haldun Üniversitesi, 1. Oturum, 14 Kasım 2020, s.59-78. ALP, Mustafa: "İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları", Legal İHSGHD, S.17, 2008, s.27-46.
Bkz.(https://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12154/1537/Kay%c4%b1rgan%2c%20H..pdf?sequence=1&isAllowed=y) Yüksek mahkeme de benzer tanımları içtihatlarında kullanmıştır. Bkz. YHGK, 11.02.2021 tarih ve E: 2016/(22)9-2367 –K:2021/71; Y9HD, 13.02.2023 tarih ve E: 2022/18759- K: 2023/1819; Y22HD, 20.03.2018 tarih ve E: 2017/11756 – K: 2018/7223, kişisel arşiv.

[2] MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Bireysel İş Hukuku, C.1: Turhan Yayınevi , Ankara 2017, s.264.

tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir[3]. Sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve bu amaçla zaman olarak daha önce yapılan irade beyanı icaptır. Yüksek mahkeme bu konuda verdiği bir kararda[4] "..dilekçe içeriği itibariyle iş ilişkisini karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelik olduğundan istifa olarak kabulü mümkün olmayıp, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap kabul edilmelidir…" diyerek önce açıklanan iradenin icap olduğunu belirtmiştir.

Karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı nitelik taşıyan, muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran icabın ikale sözleşmesinin asgari içeriği olan mevcut iş sözleşmesini ortadan kaldırma iradesini içermesi gereklidir[5]. İcabın mutlaka muhataba ulaşması, varması gerekli ise de muhatabı belli olmayan birden fazla kişiye aynı anda yöneltilmesi mümkündür. Buradaki aleni icabın muhatap işçi tarafından kabulü ile ikale sözleşmesi kurulmuş sayılmalıdır[6]. Yüksek mahkeme bu hususta verdiği bir kararında[7] "…Somut olayda işverenin toplu iş sözleşmesinin ilgili hükmü hilafına sözleşmede değişiklik yapması hâlinde, işçi yeni görevine başlayabileceği gibi iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesini talep hakkına da sahiptir. Toplu iş sözleşmesi hükmü bir anlamda ikale sözleşmesi için aleni bir icap mahiyetinde olup işçinin bu icabı kabul edip etmediğinin tespiti gerekir. Dosya kapsamına göre işçinin tercihini iş sözleşmesini ikale yoluyla sona erdirmekten yana kullandığı, bir diğer ifade ile toplu iş sözleşmesindeki aleni icabı kabul ettiği açıktır. Açıklanan sebeplerle, iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesinin ilgili hükmü uyarınca ikale ile son bulduğunun kabulü gerekir." şeklinde karar vermiştir.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 3-11'de bu açıklanan iradelerinden birine icap, diğerine ise kabul adını vermişken burada açıklanan iradelerden hangisinin icap hangisinin kabul olduğunun ayrımı çok önemlidir. Çünkü açıklanan irade icap ise, öneren bununla bağlıdır. Karşı taraf bununla uyumlu irade açıklamasında bulunur ise yani kabul beyanını iletirse taraflar arasında sözleşme kurulmuş olduğu için öneren (icapçı) sözleşmenin gereklerini yerine getirmek zorundadır [8]. Bu husus yüksek mahkeme kararlarına da yansımıştır. Burada ikale sözleşmesi kurulmadan önce gerçekleşen görüşmelerde ilk olarak açıklama (icap) yapan tarafın ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile ikale sözleşmesinin kurulduğunu belirtmiştir[9]. Aynı yöndeki bir kararda[10] " …Uygulamada en çok karşılaşılan şekliyle, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde bir icap olarak değerlendirilmelidir. İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama (icap), ardından

[3] EKONOMİ, Münir: "İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2006, C.1, S.1, s.29-48; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, I, Ferdi İş ilişkileri, İstanbul 2014, s.336; ÇİL, Şahin: "İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.7, Eylül 2007, s.25-36.

[4] Y22HD, 07.02.2018 tarih ve E: 2017/45287 – K: 2018/1954, kişisel arşiv.

[5] SÜZEK, s. 532 vd; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim/ BASKAN, Esra: Bireysel iş Hukuku, Beta Yayinevi, İstanbul, 2020, s. 173; GÜVEN, Ercan / AYDIN, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitapevi, Eskişehir- İstanbul 2020, s.261; ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 461; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, Lykeıon Yayınevi, Ankara 2020, s. 238.

[6] ASTARLI, s. 61-63 vd.

[7] Y9HD, 28.11.2022 tarih ve E: 2022/8658- K: 2022/15402, kişisel arşiv.

[8] KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2012, s. 53-54.

[9] Y9HD, 13.02.2023 tarih ve E: 2022/18759 – K: 2023/1819, kişisel arşiv.

[10] YHGK, 11.02.2021 tarih ve E: 2016/(22)9-2367- K: 2021/71, kişisel arşiv. Aynı kararda fesih ve ikale farkına kapsamlı bir şekilde yer verilmiştir. Benzer tanımları içeren karar için bkz. Y22HD, 08.10.2018 tarih ve E: 2018/11682- K: 2018/21214, kişisel arşiv.

diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur. Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez. " denilmiştir.

Sözleşmenin kurulduğundan söz edilebilmesi için iki tarafın iradelerinin uyum içinde olması gerekir. Bu uyum sağlanmadığı müddetçe sözleşme kurulamaz[11]. Çünkü bir tarafın iradesi ve beyanı arasındaki uyumsuzluk bu sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını engeller[12]. İrade beyanları arasındaki bu uyumsuzluğa çoğunlukla yanılma (hata) , aldatma (hile), korkutma (ikrah) şeklindeki irade fesadı hallerinde rastlamaktayız ve bu sebeple TBK. m. 30 vd gereği geçerli bir ikale sözleşmesinden bahsedilemeyecektir.

Bu halleri incelendiğimizde yanılma, bir olay veya konu ile ilgili yanlış veya eksik düşünce durumu ya da konu hakkındaki bilgisi eksikliğidir[13]. Burada irade ve beyan arasında bir uyum olsa da iradenin, gerçeğe uymayan düşünce sebebiyle oluşması nedeniyle temelde iradenin saikinde bir yanılma vardır[14]. Yani kişinin olayları yanlış algılaması, bunları yanlış değerlendirmesi, beklenti ve tahminlerinin isabetsiz olmasıdır. Bu yönüyle yanılma daima bilmeme veya istememeyi gerektirir. Kastın, yani bilme ve isteme unsurunun bulunduğu hallerde yanılgıdan söz edilemez[15]. Burada önem taşıyan bir husus da şudur ki; her yanılma değil ancak esaslı unsurlarda yanılma geçersizlik sebebi olarak kanunda sayılmıştır. İş ilişkilerinde işçinin ücret gibi nakdi alacakları esaslı unsura örnek verilebilir.

Aldatma halinde kişinin iradesi ve beyanı arasında bir uyumsuzluk doğmuştur. Ancak bu uyumsuzluğun sebebi kişinin kendi yanılgısı değil, yanıltılmasıdır. Kişinin kendi iradesi ile beyanı arasındaki uyumsuzluk, sözleşmenin diğer tarafının ya da onun bilgisi dahilinde bir başkasının eylem ve davranışları sonucu ortaya çıkmıştır. Bu sebeple yanılmada yanılma, aldatmada ise yanıltılma vardır[16]. TBK.m. 36 gereğince aldatılan kimse sözleşme ile bağlı olmayacaktır. İş ilişkilerinde sıklıkla gördüğümüz irade fesadı hali aldatmadır. İşverenin işçiye ikale sözleşmesi yapılması halinde işsizlik ödeneğinden yararlanamayacağını bilmesine rağmen yararlanabileceği yönündeki beyanı bir aldatmadır. İşçi bu durumda irade fesadı hallerine dayanarak sözleşmenin iptalini talep edebilecektir. Burada dikkat çeken husus aldatan işverenin, işçiyi ikale sözleşmesini meydana getirme kastıyla gerçeğe aykırı beyanda bulunarak aldatma eylemini gerçekleştirmiş olmasıdır[17].

Korkutmada kişinin iradesi ve beyanı arasındaki uyumsuzluk, üzerinde zor kullanılmasından ya da korkutulmasından kaynaklanmıştır. Kişi sözleşme iradesine sahip olmadığı halde, böyle bir irade varmışçasına beyanda bulunmaktadır[18]. TBK. m. 37 gereği buradaki manevi cebirdir. Çünkü zaten maddi cebir halinde sözleşmede birbirine uymayan irade beyanları olacağı için sözleşme baştan beri kurulmamış olacaktır. Manevi cebre konu eylem ile ikalenin kabulü arasında illiyet bağının varlığı şarttır. İşçi bu durumda TBK.m. 39' daki süre içinde ikale sözleşmesinin iptalini isteyebilir. Bu durumda iş akdinin işverence feshedildiği kabul edilerek feshe bağlanan hükümler uygulanacaktır. Yüksek mahkeme bir

[11] Yüksek mahkeme bir kararında işçinin icabında ihbar tazminatından vazgeçtiğine dair bir beyanı ya da dilekçesi yokken işverenin ihbar tazminatı ödemeden iş akdini haksız feshetmiş olması halinde tarafların ihbar tazminatı ödenmesi konusunda iradelerinin uyuşmamış olduğu anlaşıldığından ikale sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. YHGK, 11.02.2021 tarih ve E: 2016/(22)9-2367- K: 2021/71, kişisel arşiv.

[12] KILIÇOĞLU, s. 179.

[13] OĞUZMAN, M.K/ ÖZ, M.T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Yayınevi, İstanbul 2016, s. 92.

[14] ASTARLI, s.171 vd.

[15] KILIÇOĞLU, s. 180.

[16] KILIÇOĞLU, s. 197.

[17] KARAÇ, Serkan Taylan: " Türk İş Hukuku Bağlamında İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Ölçütleri ve "Makul Yarar " Kavramı", TAAD, Sayı 50, Nisan 2022, s. 385-416.

[18] KILIÇOĞLU s.203.

kararında[19] "…arabuluculuk sürecinin hak iddiasında bulunan tarafların Mahkemeye gitmeden önce başvurduğu bir yol olduğu, bir işçinin hiçbir alacağı olmadığını beyan ederek arabulucuya başvurmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, davacının ceza soruşturma ve kovuşturması ile ayrıca Gaziantep sınırları içinde bir daha iş bulamayacağı tehdidiyle arabuluculukta anlaşmaya zorlandığı, korkutulmak suretiyle davacının iradesinin fesada uğratıldığı, arabuluculuk sürecinin davacının hür iradesi ile gerçekleşmediği " belirterek ihtiyari arabuluculuk tutanağının iptaline karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Yine bir başka kararda[20] " …18.01.2016 belgenin irade fesadı altında baskıyla imzalatıldığı iddiasını ileri sürdüğü ancak bu iddiasını da ispatlayamadığı, dinlenen tanıkların sözleşme imzalanırken davacının yanında bulunmadığı ve görgüye dayalı bilgilerinin olmadığı, dolayısıyla davacıya doğrudan zorlama ve baskı yapıldığını kanıtlayamadığı sabittir." denilmiştir.

Belirtmekte fayda vardır ki; korkutma, hukuka uygun bir duruma ilişkin ise burada yasanın düzenlediği korkutmadan söz edilemeyecektir. Örneğin işverenin işyerinde hırsızlık eylemi gerçekleştirmiş bir işçiye iş akdine son vereceğini bildirmesi yasanın düzenlediği manada korkutma olarak değerlendirilemez[21].

Bu hallerin birinin varlığı halinde ikale sözleşmenin imzalanması sırasında iradesinin fesada uğradığı iddiasını işçi ispatlamakla yükümlüdür. Bunu, tanık dahil her türlü delille yapabilir. Yüksek mahkeme bunu bir kararında[22] "…İstifa iradesinin bulunmadığına yönelik olarak irade fesadı iddiası tanık dahil her türlü delil ile ispatlanabilir." demiştir. Fakat arabuluculuk sözleşmesi içindeki irade fesadı iddiasında aynı yüksek mahkeme her türlü delili değil somut ve kesin delili arayarak "Taraflar arasında düzenlenen…alacak kalemleri için tekrar dava açılamayacağını kabul ettiklerini belirtir tutanağı…sahteliği ispatlanıncaya kadar geçerli belgelerdendir. Davacı tarafın, Arabuluculuk son tutanağının sahteliği konusunda iddiası olmadığı gibi, fiil ehliyetsizliği, kısıtlılık halleri dışında irade fesadına dayalı iddiaların ancak somut ve kesin delillerle ortaya konulması gerekmektedir. Buna göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan konularda dava açılamayacağından dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesi yerindedir." şeklinde karar veren ikinci derece mahkemesi kararını onamıştır[23] . İlgili kararda, işverene nazaran ekonomik ve statü olarak güçsüz konumdaki işçiden irade fesadı halini "somut ve kesin delille " ispatlamasını beklemek iş hukukunun işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkesine de uygun düşmeyecektir.

Yüksek mahkeme verilen isabetli bir kararında ise ikale sözleşmesinin TBK. M. 30, 36, 37 ve 38. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin ikale sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerektiğine, çünkü bir işçinin ikale sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olmasının düşündürücü[24] olduğuna haklı olarak değinmiştir.

Uygulamada işverenlerin ikale paketi şeklindeki icaplarına sıkça rastlanabilmektedir. Burada bir aldatma, zorlama, yanıltma yoktur. İcabın işçi tarafından kabul edilmemesi halinde işveren zaten fesih hakkını kullanabilecektir. İşçi bu feshin geçersiz veya haksız olduğunu düşünüyor ve alacaklarını almadığını iddia ediyorsa bunları dava yoluyla talep edebilecektir. Dolayısıyla ikaleyi kabul etmemesi halinde yasal

[19] Y9HD, 28.11.2022 tarih ve E: 2022/13229 – K: 2022/15395, kişisel arşiv.
[20] Y9HD, 17.06.2019 tarih ve E: 2019/765- K: 2019/13491, kişisel arşiv.
[21] KARAÇ, s. 397-398.
[22] Y9HD, 01/10/2020 tarih ve E: 2020/3079 – K:2020/10129. Bkz. https://unalgokturk.av.tr/istifa-iradesinin-bulunmadigina-yonelik-olarak-irade-fesadi-iddiasi-tanik-dahil-her-turlu-delil-ile-ispatlanabilir/ (Erişim Tarihi: 18/05/2023)
[23] Y9HD, 15.06.2022 tarih ve E: 2022/6918-K: 2022/7792, kişisel arşiv. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 11.06.2019 tarih ve E: 2019/3698-K: 2019/13044, kişisel arşiv.
[24] Y22HD, 08.10.2018 tarih ve E: 2018/11682- K: 2018/21214, kişisel arşiv.

haklarından yoksun kalmamaktadır. Bu sebeple irade fesadı sebebine dayanılamayacaktır. Yüksek mahkeme de bir kararında[25] zorlama ve baskıların işçi tarafından ispatı için ikale paketinin varlığının tek başına yeterli olmadığını belirterek "Davalı işverenin işçileri işten çıkarma iradesinde bulunduğu ve bu doğrultuda ikale paketi hazırlayarak teklif ettiği (icapta bulunduğu) açıktır. Davacı her ne kadar ikale sözleşmesini tazminatlarının ödenmeyeceği baskısı ile imzaladığını iddia etmekte ise de dinlenen tanıkların sözleşme imzalanırken davacının yanında bulunmadığı, davacıya doğrudan zorlama ve baskı yapıldığı kanıtlanamadığı gibi işverenin işletmesel sebebe dayanarak toplu işten çıkarma iradesini gizlemeyerek, hatta bunu ilan ederek işçiye işveren feshi veya ikale yoluyla fesih hususunda seçimli hak vermesinin de somut olayda baskı ya da zorlama olarak değerlendirilemeyeceği, işverenin yasal hakların kullanılmasını engelleyici bir tasarrufunun da bulunmadığı gözetildiğinde ortada tek taraflı işveren feshi olduğundan söz edilemeyeceği, davacıya kıdem tazminatına ek olarak 38.439,22 TL (brüt) tutarında ödeme taahhüdü nedeniyle makul faydanın sağlandığı, bu nedenle bozma sözleşmesinin geçerli olduğu" şeklinde karar vermiştir.

İkale sözleşmesinin geçerli olması için irade fesadına uğramaması dışında onun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına da aykırı olmaması gerekir. Aksi halde bu sözleşme kesin olarak hükümsüz olacaktır. Bunların haricinde gabin hali de sözleşmenin geçersizliğine yol açmaktadır. Gabin, bir sözleşmede taraflardan birinin diğer tarafın içinde bulunduğu düşüncesizlik, tecrübesizlik veya zor durumda olmak gibi yoksunluk durumundan faydalanarak karşı tarafın zararına olarak edimler arasında açık bir oransızlık yaratılarak yarar sağlanması durumudur[26]. TBK m. 28 uyarınca gabin (aşırı yararlanma) bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören , durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

İşçinin özellikle işsiz kaldığı zamanlarda zor durumda bulunduğu açık ve nettir. İşçiden bu durumda alacaklarını tam olarak tespit edebilmesini beklemek de mümkün olmayacağından gabin için aranan tecrübesizlik veya düşüncesizlik şartlarının sağlandığı söylenebilir. Bunun yanında deneyimsizliğin sadece genel bir bilgisizlik değil, söz konusu olayı kavrayabilmek için temel bilgilere sahip olunmaması hali olduğu dikkate alındığında ülkemizde işçilerin alacaklarını tam olarak bilebilmelerinin mümkün olmadığı belirtilmelidir. Bu nedenle anlaşma tutanaklarında kararlaştırılan tutarların açık oransızlık oluşturup oluşturmadığı titizlikle incelenmelidir[27]. Gabinin tespiti halinde sözleşme geçersiz olacaktır.

Sona gelirken önemle değinmek gerekir ki arabuluculuk aşamasında işçinin alacağının, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından akredite edilecek kurumlar eli[28] ile işçi alacakları yönünden hesap raporları çıkarılması konusunda yapılacak yeni düzenlemeler ile işçinin hak kazandığı alacağını bilerek sürece katılması daha hakkaniyetle sonuçlar alınmasını sağlayacaktır. Böylece işçinin sürece etkin olarak katılmasına imkân verilerek ve iş hukukunun işçiye koruma ilkesi gereğince aslında hassas dengenin de kurulması sağlanmış olacaktır. Daha da ötesi irade fesadı, gabin gibi iddiaların büyük ölçüde baştan bertaraf edilmesi sağlanacaktır.

[25] Y9HD, 11.11.2019 tarih ve E: 2019/3089 – K: 2019/19463, aynı yönde Y9HD, 27.03.2019 tarih ve E. 2019/2672 –K. 2019/6911, kişisel arşiv.
[26] OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 135; AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 213.
[27] KAYIRGAN, s.71.
[28] KAYIRGAN, s.74.

B.Denetimi

1. Genel Bakış

Hayatın olağan akışı gereği iş akdinin işverence feshinde işçi ihbar ve kıdem tazminatı ve iş güvencesi hükümleri ile işsizlik sigortası ödeneğinden faydalanabilecekken bunlardan karşılıksız vazgeçeceğini düşünmek pek mümkün değildir. Burada genellikle işverenler kendi feshini gizlemek için ve fesihten doğan sorumluluklarından kurtulmak için yaptığı feshi, ikale sözleşmesine büründürme gayretine girmektedir. Bu sayede iş akdi iki tarafın iradesi ile sona ermiş olacağı için ortada bir fesih olmayacak ve işveren de feshe bağlanan külfetlerden kurtulmuş olacaktır. Bu sebeple işçinin özgür iradesine dayanan gerçek ikale ile işçinin fesihten doğan haklarını ve iş güvencesi hükümlerini dolanma amacı güden ve aslında işverenin feshini gizlemeye yarayan görünürdeki ikaleyi ayırt etmek gerekir[29]. Bu, iş hukukunun özünün bir gereğidir. İşçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkesi bunu gerektirir.

Bu sebeple ikale sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu genel hükümlerine göre saptanacaksa da iş sözleşmesinin ikale sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda işçi lehine yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır[30]. Buradan hareketle ikale sözleşmesinin yukarıda açıklanan şekilde irade fesadına uğratılmadan kurulmuş olması ikale sözleşmesinin geçerliliği için yeterli değildir. Yüksek mahkemenin geliştirdiği denetim kriterleri ile ikale sözleşmesi geçerli olabilmesi için her somut olayda bu kriterlerin varlığı aramaktadır. Bu kriterler aşağıda incelenecektir.

2. Makul Yarar

İçtihatlara göre, somut olayda gerçek bir ikale iradesinin tespiti için geliştirilen kriterlerden ilki makul yarar ölçütüdür. İkale sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasında da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar iş hukukunda hâkim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Çünkü ikale sözleşmesi işverenin fesih sebebiyle doğacak yükümlülüklerinden kurtulmasını sağlayan, işverenin lehine olan hukuki bir imkandır. İşçinin böylesi bir sözleşmeyi yapması için geçerli ve inandırıcı menfaatleri olmalıdır. Aksi hayatın olağan akşına uygun düşmeyecektir.

Taraflar ikale sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını veya tamamını kararlaştırmaları mümkündür[31]. İşte bu alacak kalemleri makul yarar ölçütünün tespitinde önem taşıyacaktır.

Yüksek mahkeme bir kararında[32] "İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce ikale sözleşmesi yapma konusunda icapta

[29] SÜZEK, s.534.

[30] ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 463 vd. : EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN/ BASKAN, .175 vd. Aynı yönde kararlar için bkz. Y22HD, 20.03.2018 tarih, E:2017/11756 – K: 2018/7223; aynı yönde, Y22HD, 08.10.2018 tarih E: 2018/11682- K: 2018/21214, kişisel arşiv.

[31] Y9HD, 07.11.2022 tarih ve E: 2022/13005 - K: 2022/14451; Y9HD, 22.01.2020 tarih ve E: 2019/8260 – K: 2020/903; Y9HD, 21.4.2008 tarih ve E: 2007/31287 – K: 2008/9600, kişisel arşiv.

[32] Y22HD, 08.10.2018 tarih ve E: 2018/11682- K: 2018/21214., Aynı yönde Y9HD, 08.01.2019 tarih ve E: 2018/4949 – K: 2019/328, kişisel arşiv.

bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin ikale anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadığı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların ikale sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir." şeklinde belirtmiştir.

İşte bu gibi hallerde makul yarar, kural olarak işçinin işverenin feshi ile kavuşacağı hakları yanında ek bir menfaat elde etmesidir. Yüksek mahkeme bu yöndeki bir kararında[33] makul yararı somutlaştırarak "Ayrıca belirtmek gerekir ki toplu iş sözleşmesinde "iş güvencesi tazminatı" olarak adlandırılan 6 aylık ücret tutarındaki ödemenin ikale kapsamında ek menfaat olarak değerlendirilmesi gerekmektedir." denilmiştir. Benzer bir kararda [34] "davacıya tüm yasal istihkakları, kıdem ve ihbar tazminatının haricinde ayrıca 4 maaş tutarında ödeme taahhüdü nedeniyle makul faydanın sağlandığı, bu nedenle ikale anlaşmasının geçerli olduğu" na karar vermiştir.

Makul yarar her durumda benzer şekilde gelişmez. Örneğin işçi emeklilik yaşına yaklaşmakla birlikte çalışma hayatını sonlandırırken oğlunun iş ihtiyacı sebebiyle onun işe alınması şartıyla yasal haklarını aldıktan sonra ayrıca ek ödeme yerine oğlunun işe alınmasını tercih edebilir. Artık burada maddi bir ek ödemenin varlığına gerek olmadan işçinin makul yararının sağlandığı anlaşılmakla ikalenin geçerli bir şekilde kurulduğu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak işçiye genellikle makul bir ek ödemede bulunulması halinde ikalenin fesihten doğan hakların ve iş güvencesi hükümlerinin dolanılması amacını taşımadığı kabul edilir ve geçerli sayılır. Böylece taraflar arasında getirilen çözümün, menfaat dengesine uygun olduğu saptanmış olur[35].

3. Teklifin Kimden Geldiği

Yüksek Mahkeme sözleşmenin geçerliliğini ve dolayısıyla makul yararı saptarken kullandığı bir ayrım da ikale yapma teklifinin kimden geldiği hususudur. Burada ikale teklifinin işverenden gelmesi halinde işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarının verilmesinin dışında başka ek menfaatlerinde verilmiş olması aranmakta ve ancak ek menfaatlerde varsa ikale sözleşmesi geçerli kabul edilmektedir[36]. Bir kararda[37] "Dairemizin uygulamasına göre, ikale icabının işverenden geldiği durumda işçiye en az 4 aylık ücreti tutarında menfaatın sağlanması halinde sözleşmenin ikale ile sona erdiği kabul edilmektedir. Somut olayda, davacı işçiye 2 aylık ücret tutarı kadar ek menfeat sağlandığının anlaşılması karşısında sözleşmenin ikale ile değil, davalı işverenin feshi ile sona erdiğinin kabulü gerekir."denilmiştir. Teklif işçiden geldiğinde ise kıdem ve ihbar tazminatının ödenecek olması yeterli görülüp ayrıca bir ek menfaatin varlığı aranmamaktadır. Örneğin bir kararda[38] "…ikale yapılırken teklifin işçiden gelmesi halinde de kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesinin yeterli olduğu, davacıya ek menfaat sağlanmasının gerekmediği gözetilerek ve ikalenin geçerli olduğu"na karar vermiştir.

[33] Y9HD, 28.11.2022 tarih ve E: 2022/8658 – K: 2022/15402, kişisel arşiv.
[34] Y9HD, 27.03.2019 tarih, E: 2019/2672 – K: 2019/6911, kişisel arşiv.
[35] SÜZEK, 534-535.
[36] SÜZEK, s. 519 vd.; GÜVEN/ AYDIN, s. 264; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara 2020, s.262; AKYİĞİT, Ercan: Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, s. Ankara 2020,s. 222.
[37] Y22HD, 08.10.2018 tarih ve E: 2018/11682 - 2018/21214, kişisel arşiv.
[38] Y9HD, 23.09.2019 tarih ve E: 2019/2019 – K: 2019/16546, kişisel arşiv.

Yüksek mahkeme kararına yansıyan bir olayda " ...ikale teklifinin işçiden geldiğinin ispatlanamadığı…" belirtilerek bunun ispat yükünün işverende olduğuna işaret etmiştir. Nitekim TMK m.6 gereği işverenin hakkını dayandırdığı ikale sözleşmesini ispatla yükümlü olduğunu görmekteyiz. Bu sebeple işverenin teklifin işçiden geldiğini ispatlayamamış olması ve ayrıca makul menfaatin sağlanmamış olması sebebiyle aslında ortada bir ikale değil işverence yapılmış bir fesih olduğu yüksek mahkemece kabul edilmiştir.

Yüksek mahkeme bir çok kararında[39] bu kritere yer verirken " makul yarar ölçütü, ikale sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır" denilmiştir. Belirtmek gerekir ki işçiden gelen bu teklif, işçinin iradesi fesada uğratılarak elde edilmemelidir[40].

Yüksek mahkeme ayrıca isabetli bir şekilde şeklen teklifin kimden geldiğine değil somut olayda teklifin gerçekte kimin iradesi olduğunu araştırmaktadır. Bir kararda[41] "…davalı tanığı M.İ'nin beyanına göre davacının(işçinin) işyerinin isteği ile arabulucuya götürüldüğü, arabulucuya başvuran taraf davacı olarak gösterilmiş ise de başvuran tarafın davalı şirket olduğu" kanaatine varan ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

4. Somut Olaydaki Diğer Haller

Yukarıdaki iki kriterin dışında yargı erkinin bazı kararlarında farklı hallerin de vurgulandığı görmekteyiz.

İhtirazi kayıt, bir edim ifa edilirken geri durma, kabul etmeme, çekince koyma anlamına gelir. Buna göre yüksek mahkeme isabetli kararı[42] ile işçinin yasal haklarını saklı tutarak ihtirazi kayıt ile imzaladığı ikale sözleşmesini geçersiz saymıştır. Önemli bir husus ise bahsi geçen kararda ikalenin işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarına ek olarak altı aylık brüt ücretinin ödenmesini içerse de yani makul yarar şartını sağlamış olması bile geçerli olması için yeter görülmemiştir. Kararda, işçi lehine yorum gereğinin yerine getirildiğini görmekteyiz.

Gözetme borcu bulunan işverenin, ikale öncesinde işçisini bilgilendirmesi de beklenir[43] ve somut olay adaletinin gerektirdiği durumlarda bunun varlığı aranır. Yüksek Mahkeme bir kararında[44] "…arabuluculuk süreci hakkında gerekli bilgilendirmenin yapılmadığı" gerekçesi ile arabuluculuk sözleşmesinin geçerli bulmayan ilk ve ikinci derece mahkemesi kararını onamıştır. Yani burada işverene aktif bir görev düşmektedir. Aslında bu bilgilendirme şeklindeki aktif görev işverenin, işçiyi gözetme borcunun sonucudur.

Bunların dışında özellikle işçinin kıdemi, işçinin mali durumu, iş sözleşmesini sona erdirilmesini etkileyen nedenler de ikale sözleşmesinin geçerliliğinde göz önüne alınmalıdır[45].

[39] Y9HD, 13.02.2023 tarih ve E: 2022/18759 – K: 2023/1819; Y9HD, 28.11.2022 tarih ve E: 2022/8658 – K: 2022/15402; Y9HD, 21.4.2008 tarih ve E: 2007/31287 – K: 2008/9600; Y9HD, 22.01.2020 tarih ve E: 2019/8260 – K:2020/903; Y9HD, 17.06.2019 tarih ve E:2019/765 – K:2019/13491, kişisel arşiv.
[40] EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, s. 542; GÜVEN/AYDIN, s. 263.
[41] Y9HD, 28.11.2022 tarih ve E: 2022/13229 – K: 2022/15395, kişisel arşiv.
[42] Y22HD, 21.09.2017 tarih ve E:2017/36294- K: 2017/18735, kişisel arşiv
[43] ASTARLI, s. 120.
[44] 9HD, 28.11.2022 tarih ve E: 2022/13229 – K: 2022/15395, kişisel arşiv.
[45] SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.268.

II. FESİH, İBRA SÖZLEŞMESİ ve İKALE FARKI

A. Giriş

Yukarıda sayılan şartlar sağlandığında ikale sözleşmesi geçerli olarak kabul edilmektedir. Uygulamada bu tür örneklerin olduğu olaylarda ikale ile ibra sözleşmesinin ve yine ikale ile feshin zaman zaman karşılaştığını görmekteyiz. Somut olayda hangisinin geçerli olduğunu ayırt etmek bu sebeple zaruri olmaktadır. Şimdi bu iki kurum ile ikale arasındaki farklara değinilecektir.

B. Fesih ve İkale

Fesih, tek taraflı irade beyanı sonucu karşı tarafın kabulü aranmaksızın iş akdinin haklı nedenle fesihte derhal veya süreli fesihte bildirim süresinin bitiminde sona erdirilmesi halidir. Her iki ihtimalde de fesih beyanı, bozucu yenilik doğrucu bir hakkın kullanımıdır. Karşı tarafın kabulü aranmaz.

Fesih beyanı, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde süre verilerek sözleşmenin süre sonunda sona erdirilmesinde kullanılabileceği gibi belirli ya da belirsiz süreli sözleşmelerin haklı nedene dayanarak, işçi veya işveren tarafından derhal, süre verilmeksizin sona erdirilmesinde de kullanılmaktadır[46].

Sözleşme ise en az iki kişinin katılımı ile karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunmaları ile ortaya çıkan hukuki işlemdir[47]. İkale sözleşmesi de işçi ve işverenin katılımı ile yani tek tarafın değil iki tarafın katılımı ile kurulmaktadır.

Nihayetinde fesih ve ikalenin birbirinden farklılaştığı hususlara bakıldığında; fesih ile sözleşme tek taraflı irade açıklaması ile son bulurken ikale ancak devam eden bir sözleşme varken yapılabilir. Çünkü ikale sözleşmesiyle taraflar iş sözleşmesini anlaşarak sona erdirmektedirler. Bu nedenle ikale sözleşmesi iş ilişkisi devam ederken imzalanmalıdır[48]. Sona ermiş bir iş akdinin tekrar ikale ile sona erdirilmesi hukuken mümkün değildir[49]. Benzer şekilde yüksek mahkemede bir kararında "…iş sözleşmesinin feshinin ardından

---

[46] YHGK, 11.02.2021 tarih ve E: 2016/(22)9-2367 – K: 2021/71, kişisel arşiv.

[47] Yüksek mahkeme benzer şekilde bir kararında " Bir sözleşme olması nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen genel hükümleri ikale sözleşmesi bakımından da geçerlidir. İkale sözleşmesi, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işverenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bu karşılıklı irade beyanlarından zaman olarak önce olana icap, ikincisine de kabul denilmektedir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için, tarafların iradelerinin birbiri ile karşılıklı ve uygun olması gerekir. Bu uygunluk sözleşmenin tüm objektif ve subjektif esaslı noktaları üzerinde olmalıdır. İkale sözleşmesinin objektif esaslı noktası, iş ilişkisinin belirli bir tarihte anlaşmayla bozulması ortadan kaldırılmasıdır (Astarlı, age, s. 53). Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecede noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılır (TBK m. 2/f.1). Sözleşmenin esası niteliğinde olmayan noktalar ikinci derecede yan noktalardır (Kocayusufpaşaoğlu Necip, Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan /Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2010, s.176). Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşup ikinci derecede yan noktaları müzakere dışı bırakıp sözleşme kurabilecekleri gibi ikinci derecede yan noktayı da sözleşmenin zorunlu şartı niteliğine dönüştürebilirler. Bir taraf için sözleşmenin subjektif esaslı noktası niteliğine dönüşmüş olan bu husus üzerinde anlaşılmadan ikale sözleşmesinin kurulması mümkün değildir (Astarlı, age, s.57)." şeklinde hükmetmiştir. Bkz. YHGK, 11.02.2021 tarih ve E: 2016/(22)9-2367 – K: 2021/71, kişisel arşiv.

[48] SEVİMLİ, Kamil Ahmet: "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 2009/II- 14, s.84-109.

[49] Doktrinde farklı düşünde olan Astarlı "…işveren tarafından yapılan feshin geçerliliği konusunda uyuşmazlık içinde bulunan taraflar, işveren feshini ortadan kaldırarak, iş sözleşmesinin esasen tarafların anlaşması ile sona erdirildiğini de kararlaştırabilirler. Bu sözleşme, sulh niteliğinde bir ikale olarak nitelendirilebilir." demiştir. Bkz. ASTARLI, Muhittin : "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Sicil Dergisi, Sayı: 38,2017, s 40-53.

… ortada bir iş sözleşmesi bulunmadığından geçerli bir ikale sözleşmesinden bahsedilemeyeceğini" belirtmiştir[50]. Aynı kararda "taraflar arasında düzenlenen 14.11.2016 tarihli sözleşmenin 17.10.2016 tarihinde iş sözleşmesinin işverence tek taraflı olarak sona erdirilmesinden sonra düzenlendiği ve ikale sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği açıktır. İşçiye, iş sözleşmesinin feshinden sonra yasal alacakları dışında fazladan ödeme yapılması da feshin ikaleye dayandığını göstermez." denilmiştir.

Feshe bağlanan sonuçların çoğu işverene yükümlülükler yüklemektedir[51]. Bunlar, şartlarının sağlanması halinde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve iş güvencesinden doğan haklardır. Sözleşmenin sona ermesi bakımından ikale sözleşmesi ise kıdem tazminatı kazandıran bir sona erme hali değildir. Yine bildirim süresi gerekmediği için ihbar tazminatı da doğmayacaktır. İşçi, iş güvencesi kapsamında ise işverenin bundan doğan yükümlülükleri de ortaya çıkmayacaktır[52]. Nitekim kanundan kaynaklanan iş güvencesine ve feshe bağlanan yükümlülüklerini dolanmak isteyen işveren gerçek iradesi fesihken bunu zaman zaman ikale sözleşmesi şeklinde yapabilmektedir. Bu sebeple yargının önüne gelen somut olaylarda yüksek mahkeme adına ikale sözleşmesi denmesini yeterli görmeyip tarafların gerçek iradesinin hangisi olduğunu araştırmaktadır. Ayrıca ikale sözleşmelerinin dar yorumlanması gerektiğini belirterek bunun iş hukukuna hâkim olan işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkesinin doğal sonucu olarak görmektedir[53].

İşveren lehine değil ama işçi aleyhine meydana gelecek bir sonuç da ikalenin, işçinin işsizlik sigortası ödeneğinden yararlanamamasına yol açmasıdır[54].

C. İbra Sözleşmesi ve İkale

İbra sözleşmesi ve ikale sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğinde olmaları yanında borcu veya borç ilişkisini sona erdirmeleri bakımından benzerlik göstermektedirler. Fakat iki sözleşme temelde farklılık arz ederler. Bunlardan esas olanı, ibra sözleşmesi borcu sona erdirmeye yönelik bir sözleşmeyken ikale sözleşmesi aradaki sözleşmeyi bütün olarak sona erdirmektedir. Buradan anlaşıldığı üzere ibraya rağmen sözleşme ilişkisi devam edebilirken ikalede artık iş sözleşmesi ortadan kalkmaktadır. Artık önceki sözleşme tümüyle sona ererken ikale ile kendine özgü yeni borçlar doğabilmektedir[55].

Aslında ibra sözleşmesi dar anlamda borcu sona erdirmekte iken ikale sözleşmesi geniş anlamda borcu sona erdirir[56]. Yani ikale sözleşmesi ibra sözleşmesine nazaran daha kapsamlıdır.

Uygulamada işverenler zaman zaman ibra yöntemi ile işçinin alacağına ulaşmasını engellemektedir. TBK m. 420/2 fıkrası ile düzenlenen hükme göre işçi ve işveren arasında ibranın söz konusu olması halinde ibranamenin yazılı olması, sözleşmenin sona ermesinden itibaren en az bir aylık sürenin geçmiş olması, ibra edilen alacakların türünün ve miktarın açıkça yazılması, ödemenin eksiksiz olarak banka yolu ile yapılması şartları getirilmiştir. Bu şartları taşımayan ibra sözleşmeleri kesin olarak hükümsüz sayılmaktadır. İşçi ve işveren arasında yapılan ikale sözleşmelerinde de işçinin hiçbir hak ve alacağı kalmadığı yönünde beyanları ibra sözleşmesi ile ikale sözleşmesinin karışmasına neden olmaktadır.

[50] Y9HD, 07.11.2022 tarih ve E: 2022/13005 – K: 2022/14451, kişisel arşiv.
[51] EKONOMİ, Münir : " İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ve İş Güvencesinden Feragat ile Sulh" , Legal YKİ Dergisi, Sayı 2006/1, s.29-47.
[52] SÜZEK, İş Hukuku, s.533 vd. ELBİR, Nazlı : "İş Hukukunun Emredici Niteliği Karşısında İşçinin Yasal Haklarından Vazgeçmesi Sonucu Doğuran Uygulamalar Hakkında Bir Değerlendirme" , Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 2021/1, s. 289-316.
[53] Y9HD, 07.11.2022 tarih ve 2022/13005 E- 2022/14451 K; Y9HD, 13.02.2023 tarih ve E: 2022/18759 – K: 2023/1819, kişisel arşiv.
[54] ELBİR, s.297
[55] GÜNAY, İ. C: "İkale Sözleşmesi", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2009, s.4-25,
[56] MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1188; ÇİL, Sicil, s.26.

Kanunun uyarınca ibra sözleşmesiyle bir borcun sona erdirilmesi söz konusu iken ikale sözleşmesiyle iş sözleşmesinin tamamen ortadan kaldırıldığını görmekteyiz. Yani ibraname borcu sonlandırırken aradaki sözleşmesel ilişkiyi sona erdirmemektedir. İkale sözleşmesi ise taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini bütünü ile sona erdirmektedir.

Yüksek mahkeme bir kararında "…ikale sözleşmesi, yapılan fazla mesaileri ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Bu şekilde yine ibraname şeklindeki ikaleye geçerlilik tanınamaz." denilmiştir.

III. ARABULUCULUK ANLAŞMASI

A. Arabuluculuk

Kayıtlı tarihin başlangıcından bu yana çocuklar, eşler, komşular, iş arkadaşları, astlar ve üstler, örgütler, topluluklar, halklar ve hükümetler, etnik ve ırksal gruplar ve uluslar arasında uyuşmazlık bulunduğuna dair kanıtlar mevcuttur. Anlaşmazlığın bu denli yaygın oluşu ve duygusal, fiziksel ve diğer tüm türden etkileri nedeniyle insanlar hep farklılıklarını barışçıl bir şekilde ele almanın yollarını araştırmıştır. Bu yollardan birisi olan arabuluculuk, taraflarca kabul edilen, onlar adına bağlayıcı kararlar alma yetkisine sahip olmayan, üçüncü bir tarafın anlaşmazlığın taraflarına ilişkilerini geliştirmelerinde, iletişimi artırmada ve anlaşmazlığa yol açan konularda her iki tarafın da gönüllü bir şekilde kabul edebileceği anlaşma ve çözümlere ulaşabilmeleri için etkili sorun çözme ve müzakere yöntemlerine kullanabilmelerine yardımcı olmak üzere anlaşmazlık ya da uyuşmazlığa müdahale ettiği bir süreçtir[57].

Arabuluculukta tarafların, bağımsız üçüncü kişi (arabulucu) yardımıyla müzakere ortamı sağlanarak kendi çözümlerine ulaşması sağlanmaya çalışılmaktadır[58].

Arabuluculuk, tüm dünyada uygulanan klasik uyuşmazlık çözüm yöntemlerine bir alternatif olmaktan ziyade farklı bir bakış açısı getirme hedefiyle ortaya çıkmıştır. Ancak tıpkı bizim gibi uygulandığı hemen her ülkede temel amacının, içinden çıkılmaz hale gelen yargının iş yükünü hafifletmek olduğu, bunu da mümkün olduğunca hızlı ve az maliyetle yapmaya çalışacağı belirtilmektedir. Konu iş uyuşmazlıkları olduğunda bu genel ilkeler daha da önemli hale gelir. Çünkü iş uyuşmazlıklarında, hayati çıkarlar söz konusu olduğu için duygusallık çok daha yüksektir. İşçinin ekmek parasını ve iş yerinde saygı görmeyi yaşamsal kıldığı bir ortamda, işveren için asıl olan güvenilir personel, itibar ve ticari sır olduğunda, taraflar arasındaki ortak noktanın bulunabilmesinde arabuluculuğun en uygun yöntem olduğu kabul edilmektedir[59].

Arabuluculuk, devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümünü sağlamaktır. Bu yüzdendir ki alternatif bir çözüm yolu olan arabuluculuk ile yargı sistemi rekabet içinde değildir ve yargısal yollara başvuru imkanını ortadan kaldıramaz[60].

---

[57] MOORE, Christopher W.: The Mediation Process,Jossey- Bass , Nobel Yayıncılık, 2016, Ankara, s.3-8.

[58] AKIN, Levent : "İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler", SGD- Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt: 10 , Sayı: 1 Yıl, s.1-18; AKIN, Levent: " İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk", Çimento İşveren Dergisi , Cilt : 32, Sayı: 1, 2018,s. 10-13; TANRIVER, Süha: "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim II (2006-2010)", Ankara 2011, s.3-31; ÖZBEK, M.S: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.I, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 594.

[59] AKIN, SGD, s. 16.

[60] AKIN, Levent : "6325 Sayılı Yasa Bağlamında Arabuluculuk", AKIN, Levent (Ed.), İntes Yayınları, Ankara, Yayın No: 28/2018-1, s. 20-27; AKIN, Çimento İşveren, s.10.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tüm özelliklerini içerisinde barındıran bir yöntemdir. Kişiler arasındaki hukuki uyuşmazlıklar, kamu düzeninden olmayıp üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikteyse bu durumda arabuluculuğun uygulanabildiğini görmekteyiz[61]. Yabancılık unsurunun bulunması da arabuluculuğun uygulanmasına engel değildir[62].

Uyuşmazlıkların devlet yargısına taşınmadan çözülmesinde hem kanuni düzenlemelerle hem de uygulamada taraflar teşvik edilebilse de teşvik etme ile zorlamak arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir. Aksi halde herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana gelir.[63]

Arabulucu ise yasal düzenlemeler ışığında arabuluculuk faaliyetini yürüten ve bakanlıkça düzenlenmiş arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi ifade eder. Ülkemizde yasal anlamda arabuluculuk yapma imkânı sadece hukukçulara tanınmıştır.

1. Özellikleri

Arabuluculuk yasal düzenlemelerde yerini ilk defa 07/06/2012 tarih, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile almışken iş hukuku anlamında 12/10/2017 tarih, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile gündeme oturmuştur. Çünkü ilk yasal düzenleme ile iş uyuşmazlıklarında ihtiyari olarak arabulucuya gidilebildiği halde bu son düzenleme ile artık iş hukukunda yasanın saydığı uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk zorunlu, yani kanunun deyimiyle dava şartı haline gelmiştir. Bu değişiklikten sonra arabuluculuk sürecinin hukuka uygun olarak işletilip işletilmediği, süreç sonunda anlaşmaya varılmışsa anlaşma belgesinin varlığı, içeriği ve hukuki niteliğinin belirlenmesi olası hak kayıplarını engellemek için büyük önem arz etmektedir[64].

Bu bakımından öncelikle arabulucunun özelliklerine bakılmalıdır. Arabulucu, bu süreç başladığında eşit davranma ve işçi ile işverenin gereksinimleri doğrultusunda adil olma ilkelerini gözetmekle yükümlüdür. Taraflar bu yolla kendi kararlarını kendileri verirken özgür ve aydınlanmış iradelere, gönüllü ve baskı altında kalmadan karar vermeye ihtiyaçları vardır. Arabulucu, arabulucunun seçimi, sürecin yürütülmesi, sürece katılım, süreçten çekilme ve süreci sonlandırma dâhil olmak üzere, arabuluculuğun her aşamasında tarafların kendi kararlarını verme hakkını gözetmekle yükümlüdür. Hazırlık aşaması veya ilk arabuluculuk toplantısında kendisinin arabuluculuk sürecindeki rolü hakkında taraflara bilgi vermek zorundadır. Arabulucu karar verme yetkisinin kendisinde değil, taraflarda olduğu hususunu vurgulamalıdır. Hukuki uyuşmazlıkla ilgili olarak taraflara hukuki veya mesleki tavsiyelerde bulunamaz. Ancak gerekli ve uygun olduğunda aydınlanmış iradeyle seçim yapmalarına yardımcı olmak üzere uzmanlara danışmalarının önemini taraflara hatırlatmalı ve bu konuda tarafları bilgilendirmelidir[65]. Yüksek mahkeme tam da böylesi bir durumda arabulucunun davalı işverenin avukatı olduğu halde arabuluculuk görüşmeleri öncesinde davacı işçiyi bu yönde bilgilendirmediğini belirterek arabulucudan bu bilgilendirmeyi yaptığını buna rağmen işçinin arabuluculuk görüşmelerine devam etmek istediğini ispatlamasını istemiştir[66]. Bu ve bunun dışında verilen aynı doğrultudaki birçok kararda anlaşıldığı üzere ispat yükü arabulucuya aittir, aksi halde

[61] ÖZBEK, s.1116.
[62] AKIN, Çimento İşveren, s. 10.
[63] AKIN, İntes, s.22.
[64] ŞAHİN EMİR, Asiye / KAZMAZ TEPE, Büşra : "İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018, Sayı: 58, s.1481-1508.
[65] AKIN, SGD, s.9.
[66] Y9HD, 11.06.2019 tarih ve E: 2019/3698 – K: 2019/13044, kişisel arşiv.

başka hiçbir şart aranmaksızın bu bilgilendirmenin yapılmamış olması sebebiyle tarafsızlığın ihlal edildiği kabul edilmektedir.

Arabulucu yine daha yüksek bir anlaşma bedeli veya arabuluculuk ücreti sağlamak amacıyla, taraflardan herhangi birinin kendi kararını verme hakkına etki etmemelidir. Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafsız olmak ve tarafsızlığını şüpheli hâle getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Tarafsızlık, arabulucunun taraf tutmamasını ve taraflar hakkında önyargılı olmamasını kapsar[67].

Arabuluculuk sürecinin nasıl yürütüleceğine ilişkin ilkeler, gerek pozitif düzenlemelerle gerekse arabuluculuk yönteminin niteliği gereği ortaya konulmuştur. Bunlardan en temel olanları; gönüllülük, gizlilik, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı, sürecin kontrolünün taraflarda olması ve tarafların eşitliğidir. Tüm bu ilkeler, arabuluculuk sürecinin tümünde de dikkate alınmalıdır[68].

Arabuluculuk iradi bir süreçtir. Yani arabulucuya başvurma, süreci devam ettirme, bitirme veya vazgeçme tamamen tarafların iradelerine bağlanmıştır. İşte bu noktada ihtiyari arabuluculuk ilk olarak karşımıza çıkmaktadır. İhtiyari arabuluculukta tarafların arabulucuya gitme zorunluluğu olmamasına rağmen davadan önce veya yargılama başladıktan sonra zaman zaman arabulucuya başvurmayı tercih ettiğini görmekteyiz. Yüksek mahkeme bu başvuruyu önemsemekte ve ihtiyari arabuluculuğa konu olan bir olayda[69] davacı işçinin arabulucuya başvurduğuna dair bir belgenin olmasını, usulüne uygun bir arabuluculuk başvurusu ve görüşmesi olmadığına dair gerekçeleri arasında saymıştır.

Fakat 2017 yılındaki değişiklikle getirilen zorunlu yani dava şartı arabuluculukta kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminat ile işe iade talebiyle açılan davalarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması şarttır. Yani başvuru sırasında iradilik unsuruna istisna getirip bunu zorunlu tutmaktadır. Aksi halde davayı dava şartı noksanlığından usulden reddedilmektedir.

7036 sayılı yasa genel gerekçesinde iş mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda müzakere, arabuluculuk ile tarafların anlaşmasının uygun olduğu ifade edilmişse de doktrinde bu konuda farklı fikirler savunulmaktadır[70].

Arabuluculukta görüşmeye katılan taraflar eşit kabul edilirken iş sözleşmesi ve uyuşmazlıklarında taraflar özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak eşit değillerdir. Hatta bu dengesizlik iş sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan ikale sözleşmesi sırasında dahi mevcuttur. Şöyle ki iş sözleşmesi sona erse de, işçinin

---

[67] AKIN, SGD, s.9.

[68] Temel Arabuluculuk Eğitimi, Katılımcı Kitabı, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı,2021, s. 47.

[69] Y9HD, 11.06.2019 tarih ve E: 2019/3698 – K: 2019/13044, kişisel arşiv.

[70] İş hukukunun arabuluculuğa elverişli olmadığına dair görüşler için bkz. EKMEKÇİ, Ömer /ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On iki Levha Yayıncılık, 2019, s.247-248; ALPAGUT, Gülsevil: "Dava Şartı Olarak Zorunlu Arabuluculuk", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2018, s. 111-130; NAMLI, Mert: "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK Yayınları, İstanbul 2016, s.151-165; ŞİŞLİ, Zeynep: "Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2012. Sayı: 2, 43-67. İş hukukunun arabuluculuğa elverişli olduğuna dair görüşler için bkz. ŞAHİN EMİR/ KAZMAZ TEPE, s.1481-1508; ODAMAN, Serkan/KARAÇÖP, Eda:"İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, Sayı: 35, s.51-65; ÖZDEMİR, Olgu: "Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı: 74, s. 601-615.

işverenle olan bağımlılık ilişkisi ortadan kalksa da aralarındaki ekonomik dengesizlik devam ettiği gibi işçilerin, işverene kıyasla yasal hakları konusunda bilgi sahibi olmaları ve hukuki yardım almaları daha düşük bir ihtimaldir[71]. Bu noktada koruyucu yasal düzenlemeleri barındıran iş hukukunun, bunları bertaraf etmeye dahi gücü yeten arabuluculuğa elverişli olmadığı haklı olarak savunulmuştur. Buna göre işçi ve işverenin diğer özel hukuk sözleşmelerindeki tarafların aksine eşit konumda olmadıkları; arabuluculuk anlaşma tutanaklarının iş hukukunun emredici yapısına aykırı düştüğü dile getirilmiştir[72]. Yaşamını idame ettirmesi için ücretine muhtaç olan işçinin pazarlık konusu olan bu hakları, aslında hayati önem taşıdığı için iş hukukunun emredici hükümleri ve işçi lehine yorum yöntemi ile koruma altına alınmıştır. İşçinin işveren karşısında güçsüz olup özgür irade ile hareket edemeyeceği en başta kabul edilen bir sosyal gerçektir. Fakat işçi feragat, ibra, sulh, ikale sözleşmesinde haklarından tamamen veya kısmen vazgeçebilmektedir.

2. Anlaşma Belgesi ve Dava Açma Yasağı

Arabuluculuk sonunda hazırlanan anlaşma belgesi borçlar hukukuna hâkim olan irade özerkliği ilkesi çerçevesinde hazırlanır. İrade özerkliği, sözleşme özgürlüğü, eşitlik ilkesi ve şekil serbestisi ilkelerini içerir[73]. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/son fıkrası arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz, denilmektedir.

Arabuluculuğa ilişkin bu yeni düzenlemelerin temel gerekçesi, daha az masrafla ve daha kısa zamanda uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması, başka uyuşmazlıkların doğması engellenerek uyuşmazlıkların temelden çözümlenmek suretiyle sosyal barışa katkı sağlanmasıdır. Bu genel gerekçeden hareketle arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması hâlinde, uyuşmazlığın tarafların iradeleriyle çözüme kavuşturulduğu kabul edilmiş ve artık mahkemelere bu uyuşmazlığın tekrar yansıtılmaması amaçlanmıştır. Bunun sonucunda da, uyuşmazlıkların temelden çözümlenerek tarafların barışması, aynı konuların mahkeme önüne tekrar getirilmemesi sağlanmış olacaktır[74]. Fakat bir gerçek vardır ki bu süreçte iş yargılamasının koruma imkanlarından ve iş hukukunun işçi lehine emredici hükümlerinden mahrum kalmış bir anlaşma metni ortaya çıkmıştır. Oysaki İş mevzuatında yer alan kurallar genellikle nispi emredici niteliktedir. Bu hükümler işçi hakları bakımından bir alt sınır çizerek bunun altına inilmemesini emreder. Bu şekilde iş hukukunda asgari düzeyde hükümler tespit edilerek işçinin bu haklara en az düzeyde ulaşması amaç edinildiğinden zorunlu arabuluculuk ve bunun sonucundaki anlaşma tutanağı sebebiyle dava açama yasağı ile işçi alacaklarının pazarlık edilebilir hale getirilmesi de eleştirinin temelini oluşturmaktadır[75].

Dava açma yasağının mutlak olup olmadığı, istisnalarının olup olmadığı noktasında bir düzenleme de mevcut değildir[76]. Fakat en nihayetinde bu anlaşma bir özel hukuk sözleşmesidir ve sözleşmelerde bulunması gereken temel nitelikler eksikse uygulanabilirliğini kaybedecektir. Dolayısıyla borçlar

[71] DOĞAN YENİSEY, Kübra: "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", Doğan Yenisey, K. (Ed.) İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK Yayınları, 2016, s. 167-193.

[72] EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ATALI/ VURAL, s.247; KÖME AKPULAT, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2018, 416.

[73] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 16.

[74] Trabzon BAM 5HD, 08.03.2023 tarih ve E: 2022/1074- K: 2023/466, kişisel arşiv.

[75] SOYER, Polat: "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Legal İSGHD, S. 57, 2018, s. 21-46.

[76] AKKAN, Mine: " Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", DEÜHFD, C. 20, S. 2, 2018, s. 1-31.

hukukunun aradığı asgari koşullar gereği hata, hile, ikrah, gabin gibi iddiaların varlığı halinde denetlenebilecektir. Anlaşma belgesinin sadece arabuluculuk faaliyeti sırasında düzenlenmiş olması onu, maddi hukukun aradığı geçerlilik ve şekil şartlarından muaf tutamayacaktır[77]. Anayasanın 36. Maddesinde hak arama hürriyeti güvence altına alınmış olup HUAK m. 18 deki kanun hükmü Anayasal bir hakkı bertaraf edemeyecektir.

Yüksek mahkeme bir kararında[78] buna yer vererek dava açma yasağının mutlak olmadığını irade fesadı, gabin, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olması hallerinde veya geçerlilik şeklinin arandığı hallerde anlaşmaya rağmen dava açılabileceğini dile getirmiştir. İlgili kararda "… Dava açma yasağının istisnaları da bulunmaktadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin borçlar hukuku sözleşmesi niteliği de dikkate alındığında, aynı uyuşmazlık hakkında, özellikle bu belgenin sahteliği, anlaşmanın irade fesadı hâlleriyle sakatlandığı, anlaşmanın geçersizliği gibi durumlarda dava açılabileceği kabul edilmelidir…Dava açma yasağının mutlak biçimde kabul edilmesi düşünülemez. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması durumunda anlaşma belgesi düzenlenmiş ve anlaşmaya varılan hususlar açık ve net bir şekilde ortaya konmuş olsa da, yine de çözümlenen uyuşmazlık hakkında dava açılmasının mümkün olduğu çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Bunlardan ilki anlaşma belgesine karşı ileri sürülebilecek irade fesadı hâlleridir. Bu durumda anlaşmaya varılan hususlarla ilgili olarak bu sözleşmenin iptali Türk Borçlar Kanunu (m. 30 vd., m. 39) hükümleri çerçevesinde talep edilerek dava açılabilir. Elbette anlaşma belgesinin ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve şekle aykırılık gibi sebeplerle mutlak butlanla sakatlanması da düşünülebilir. Böyle bir durumda butlanın tespiti mahkemeden istenebilir. Bu anlamda, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesindeki kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüne dayanılabilir. Aşırı yararlanmanın koşulları varsa bu konuda da mahkemede dava açılabilir (TBK m. 28). İkinci ihtimal, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması durumunda düzenlenen anlaşma belgesinin sahteliğinin ileri sürülmesidir. Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ilişkin kararında da aynen, "Yine, icra edilebilirlik şerhi verilmesi sürecinde hata, hile ve ikrah gibi irade fesadı halleri taraflarca ileri sürülebilecektir. Aynı şekilde, icra edilebilirlik şerhi verilen anlaşmanın ilam niteliğini taşımaması, bir başka ifadeyle maddi anlamda kesin hüküm niteliğine sahip olmaması gibi hususların da genel hükümler çerçevesinde ileri sürülmesi her zaman mümkündür." denilmek suretiyle vurgulanmıştır (AYM 10.7.2013, 2012/94, 2013/89; RG 25.1.2014, S. 28893)" denilmiştir.

Benzer başka bir kararda[79] kural olarak dava açma yasağına ve fakat istisnalarına "…Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenen özel bir dava şartı olduğundan arabuluculuk

[77] ŞAHİN EMİR/ KAZMAZ TEPE, s.1498.

[78] İstanbul BAM 47HD, 23.03.2023 tarih ve E: 2023/514 – K: 2023/603, kişisel arşiv. Aynı yönde kararlar için bkz. Ankara BAM, 6HD,30.03.2023 tarih ve E: 2021/1409- K: 2023/1063, kişisel arşiv. İlgili kararda "…, Dava açma yasağının istisnalarının bulunduğu, anlaşma belgesine karşı ileri sürülebilecek irade fesadı halleri olduğu, bu durumda anlaşmaya varılan hususlarla ilgili olarak bu sözleşmenin iptalinin TBK (m. 30 vd., m. 39) hükümleri çerçevesinde talep edilerek dava açılabileceği, anlaşma belgesinin ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve şekle aykırılık gibi sebeplerle mutlak butlanla sakatlanmasının da düşünülebileceği, butlanın tespitinin mahkemeden istenebileceği, anlaşma belgesinin sahte olması, anlaşmanın geçersizliği, anlaşma hükümlerinin yorumlanmasına ihtiyaç bulunması, icra edilebilir bir anlaşma bulunmaması gibi durumlarda dava açılması ve bu hususların mahkemece incelenip karara bağlanmasının mümkün olduğu değerlendirilmelidir." denilmiştir.

[79] Trabzon BAM, 5HD, 08.03.2023 tarih ve E: 2022/1074- K: 2023/466, kişisel arşiv.

faaliyeti sonunda anlaşılan konularda dava açılması durumunda, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddi gerekir (HMK m. 115/2). Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamayacağına ilişkin hüküm, dava açılmasında hukukî yararın bulunması (HMK m. 114/1, h) dava şartının özel bir görünümüdür. Bu anlamda anlaşılan hususlarda dava açma yasağı, özel bir dava şartıdır. İster dava açılmadan önce ister dava açıldıktan sonra, taraflar arabuluculuk anlaşma belgesini imzalasınlar, her iki durumda da artık anlaşılan hususlar, dava konusu yapılamayacağı için mahkemenin bu sebeple davayı dava şartı yokluğundan usulden reddetmesi gerekir. Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun genel gerekçesi ve anlaşma belgesinin tarafları bağlaması da, dava açma yasağının gerekliliğinin ve re'sen dikkate alınmasının diğer gerekçeleridir. Dava açma yasağının istisnaları bulunmaktadır. Anlaşma belgesinde yer alan anlaşılan hususlarda dava açılmasının mümkün olduğu hâller mevcuttur. Örneğin, irade fesadı hâlleri (Bunlardan ilki anlaşma belgesine karşı ileri sürülebilecek irade fesadı hâlleridir, bu durumda anlaşmaya varılan hususlarla ilgili olarak bu sözleşmenin iptali Türk Borçlar Kanunu (m. 30 vd., m. 39) hükümleri çerçevesinde talep edilerek dava açılabilir. Elbette anlaşma belgesinin ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve şekle aykırılık gibi sebeplerle mutlak butlanla sakatlanması da düşünülebilir. Böyle bir durumda butlanın tespiti mahkemeden istenebilir. Bu anlamda, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesindeki kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüne dayanılabilir. Aşırı yararlanmanın koşulları varsa bu konuda da mahkemede dava açılabilir TBK m. 28), anlaşma belgesinin sahte olması, anlaşmanın geçersizliği, anlaşma hükümlerinin yorumlanmasına ihtiyaç bulunması, icra edilebilir bir anlaşma bulunmaması gibi durumlarda dava açılması ve bu hususların mahkemece incelenip karara bağlanması mümkündür… " şeklinde yer verilmiştir.

Aynı bakış açısı ile verilmiş başka bir kararda[80] "…Arabuluculuk anlaşma tutanaklarının sahteliği ispatlanıncaya kadar geçerli ilam niteliğindeki belgelerden olduğu, sahteliği konusunda bir iddia olmadığı gibi, fiil ehliyetsizliği, kısıtlılık halleri dışında irade fesadına dayalı iddiaların somut ve kesin delillerle ortaya konulması gerektiği, irade fesadının dosyada ispat edilemediği, bu kapsamda arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan konularda dava açılamayacağından..." denilerek dava açma yasağının mutlak olmadığını fakat belirli sebeplerin ispatlanamamış olduğu durumlarda anlaşma belgesine karşı dava açılamayacak olmasına ilişkin yasal düzenlemeye dayandığını görmekteyiz.

Kimi zaman işçi ve işverenin dava açılmadan önce ihtiyari arabuluculuk kapsamında bir araya gelerek arabuluculuk anlaşma belgesi imzaladıklarını görmekteyiz. Burada aslında işverence kanunu dolanmak üzerine yapılan, dürüstlük kuralına aykırı örneklere sıkça rastlanmaktadır. Yüksek yargıya yansıyan bir kararda[81] işverenin HUAK m. 18 deki dava açma yasağından faydalanmak için arabuluculuk anlaşmasını araç olarak kullandığını saptamıştır. Bu ve benzeri birçok olayda arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı hatta arabulucunun da işçilerin anlaşmayı imzaladığı sırada işyerinde olmadığı anlaşılmıştır.

Doktrinde haklı olarak savunulduğu üzere arabuluculuk süreci sonunda uyuşmazlık hakkında düzenlenen anlaşma tutanağında belirtilen hususlar hakkında dava açılamayacağına dair hükmü, mevzuattaki işçinin haklarından vazgeçmesi şeklinde yorumlanacak anlaşmaların geçerli olamayacağı yönündeki hükümler çerçevesinde yerinde bulunmayarak geçerli olamayacağı belirtilmiştir. Bu şekilde bir anlaşma var olsa dahi işçinin emredici hükümlere aykırı yapılan anlaşmalar dolayısıyla iş mahkemelerinde dava açabilecektir[82].

[80] Ankara BAM, 6HD, 30.03.2023 tarih ve E: 2021/1409- K: 2023/1063, kişisel arşiv.
[81] Y9HD, 11.06.2019 tarih ve E: 2019/3698 - K: 2019/13044, kişisel arşiv.
[82] EKMEKÇİ, Ömer /ÖZEKES, Muhammet /ATALI Murat: Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, s. 146.

Çünkü tarafların iş ilişkilerinde aralarında yaptıkları sözleşmelerle bir hak sulh, ibra veya feragate ile sona erdirildiğinde yapılan anlaşma TBK md.420[83] gereği nasıl denetime tabi tutulabiliyorsa anlaşma belgesi de bu şekilde yargı denetimine tabi tutulmalıdır[84]. Gerçekten de arabuluculuk anlaşma tutanakları eliyle ibraname hükümlerinin işlevini yitirmesi imkân dâhilindedir.

İşçiler arabuluculuk sürecinde yaptığı anlaşma ile uzun süren yargılama külfetinden kurutulmakta ve alacağına süratle kavuşmaktadır. Fakat bir diğer taraftan ise arabuluculuk kurumu ile işçilik haklarının özüne zarar verilmesine fırsat tanınmamalıdır. Sırf mevcut borçlarını ödeyebilmek için arabuluculuk aşamasında işçilerin alacaklarının büyük bir kısmından vazgeçtikleri görülmektedir. Hatta işçiler talep edebileceği alacak miktarını tam olarak bilmediğinden sözü geçen aşamada yapılan anlaşmalar ile bazı mağduriyetler de yaşamaktadırlar. Arabuluculuk sürecinin etkin yürütülmesi için bu tür hak kayıplarının önüne geçilmelidir. Bunun içinde irade fesadı hükümleri[85] ve iddiaları titizlikle dikkate alınmalıdır.

Farklı bir görüşe göre ise arabuluculuk neticesinde uyuşmazlık hususunda düzenlenen anlaşma belgesi bir ibra ya da makbuz niteliği taşımayacağı gibi sadece taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren bir anlaşma niteliğinde olduğunda anlaşmanın varlığına rağmen eğer dava açılmışsa davanın hukuki yarar yokluğundan usulden reddi gerekecektir. [86]

Yine öğretide anlaşma belgesinin varlığına rağmen dava açmak isteyen tarafın ayrıca Türk Medeni Kanununun 2. maddesi kapsamında iyi niyetinin de sorgulanması gerektiği zira doktrinde arabuluculuğun unsurlarından olan iradilik prensibinin sürecin başlangıcında olduğu gibi devamında da sürdüğü bu nedenle de süreci sonlandırmak yerine devam eden ve anlaşma tutanağını imzalayan kişinin iyi niyetinin (TMK m.2) açılan davada tartışılması gerektiği de belirtilmektedir.[87]

Bazen somut olayda sürecin başlangıcından sonuna kadar arabuluculuğa ilişkin kurallar ihlal edilmiş olur. Yüksek mahkeme bu hususta "anlaşmaya varılan hususlar üzerinde dava açılamaz" kuralına rağmen bir olayı incelemiştir. Ancak dikkat edilirse söz konusu olayda inceleme ve bozma konusu, anlaşmaya varılan hususlardan ziyade sürecin işleyişindeki kanuna aykırılıklar üzerinedir. Başka bir ifadeyle Yüksek Mahkeme kararında inceleme yapılan olayın temelinde aslında Kanuna uygun olmayan arabuluculuk anlaşması vardır ve bu anlaşma tabiri caiz ise "yok" hükmünde kabul edilmiştir[88].

---

[83] TBK.m.420 "(1) Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir. (2) İşçinin 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. (3) Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur. (4) İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır.

[84] MUTLAY, F. Barış: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, İstanbul 2018, s.23-173.

[85] ÇİL, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s.282.

[86] OCAK, Saim/ OĞUZ, Özgür/ KARACA, Aybüke/ BULUR, Alper/ KOÇ, Erol:İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, (Editör, Prof. Dr. Talat CANBOLAT), http://www.adb.adalet.gov.tr/ishukukundauzmanlikegitim.pdf, s.11; ÇİL, s. 52; AKKAN, s.10

[87] KIYAK, Emre: Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.6, S. 21, Nisan 2015, s.523-548.

[88] HARMANCI, Isra Çiğdem: İş Yargılamasında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2020, s.251.

Yüksek mahkemenin önüne gelen bir olayda[89] "…Davacı işçinin ihtiyari arabuluculuk görüşmesi öncesi davalı işverenlikçe vekalet verilen bir kısım avukatın bulunduğu A… Hukuk Bürosunda Arabulucu Av. N.Ö.'İn faaliyet gösterdiği ve aynı adreste bulunduğu hususunda bilgilendirilmediğinin anlaşılması karşısında bahse konu hukuk bürosunun bulunduğu aynı adreste bulunan bir avukatın davacı işçi bilgilendirilmeksizin arabulucu olarak görüşmeleri sürdürmesi ve tutanağa bağlamış olması arabulucunun *tarafsız olması ilkesini* zedeleyeceğinden bu durumda usulüne uygun bir ihtiyari arabuluculuk başvurusunun ve görüşmesinin yapılmadığı gibi mevzuat hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmediği sonucuna varılmaktadır." denilerek tarafsızlığa ve bunun eksikliği halinde imzalanan arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersiz olduğuna işaret etmiştir.

Tarafsızlığın zedelendiği bir başka kararda[90] arabulucunun aynı zamanda davalı işverenin avukatı olmasını, mevzuat kapsamında (HUAK.m.9/2 ve Arabuluculuk Etik Kuralları m.4) arabulucunun tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren bir hal olarak kabul etmiş ve usulüne uygun bir arabuluculuk anlaşması düzenlemediğine karar vermiştir. Aynı kararda arabuluculuk görüşmesinin kâğıt üzerinde yapıldı olarak gösterildiği fakat gerçekte böyle bir görüşmenin olmadığı saptanmıştır.

3. Anlaşma Belgesinin İkale İle İlişkisi

Arabuluculuğun sona ermesi çeşitli ihtimaller halinde yasada sayılmıştır. 6325 sayılı Yasanın 17. maddesine göre tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varması ile doğal olarak arabuluculuk faaliyeti sona erer. Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi halinde süreç sona erer. Taraflardan birinin, karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi de arabuluculuk faaliyetini sonlandırır. Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeleri de mümkündür. Ayrıca uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının veya Ceza Muhakemeleri Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespiti de süreci bitirir.

Bizim için bu ihtimaller arasında önem taşıyan durum, tarafların arabuluculuk süreci sonunda uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varmış olmalarıdır. Gerek ihtiyari gerekse zorunlu (dava şartı) arabuluculukta bu anlaşma neticesinde anlaşma belgesinin imzalanması zorunlu değil ve fakat mümkündür.

Anlaşmanın kapsamını taraflar belirler. Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşabilecekleri gibi tam tersi olan iş başlatılmaması konusunda da anlaşabilirler[91].

Arabulucu ve tarafların imzası taşıyan anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi yetkili ve görevli mahkemeden istenebilir[92]. Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi ise icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Arabulucu huzurunda

[89] İstanbul BAM, 47HD, 23.03.2023 tarih ve E: 2023/514 – K: 2023/603, kişisel arşiv.
[90] Y9HD, 11.06.2019 tarih ve E: 2019/3698 - K: 2019/13044, kişisel arşiv.
[91] Arabuluculuk anlaşması ile işçinin işe başlatılması konusunda ise 7036 sayılı Yasanın 12. Maddesinde "Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde; İşe başlatma tarihini, üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur." şeklinde açık bir düzenleme mevcuttur.
[92] Dava açılmadan önce bu yola başvurulmuşsa ve anlaşmaya varılmışsa anlaşma belgesi için ilgili şerh arabulucunun görev yaptığı yer Sulh Hukuk Mahkemesinden, dava açıldıktan sonra anlaşmaya varılmışsa davanın görüldüğü mahkemeden istenir. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Bu şerhi içeren anlaşma metni, ilam niteliğinde belge sayılır. (6325 SY m.21)

çoğunlukla taraf vekillerinin katılımıyla yapılacağından irade sakatlığı nedeniyle sulh niteliğindeki ikalenin iptali ihtimali azalacaktır[93].

Anlaşma belgesi ile iş akdinin işçi ve işverence ikale yoluyla sona erdirildiğini sıkça görmekteyiz. Fakat bilinmektedir ki HUAK m.18 gereği ikale sözleşmesi arabuluculuk anlaşma belgesine bağlandığı için kural olarak dava açma yasağı karşımıza çıkar.

Görüleceği üzere kullanımı oldukça yaygınlaşan ikale sözleşmesinin geçerliliği oldukça sıkıca denetlenmekle birlikte taraflar arasında ikale sözleşmesinin akdedilmiş olması sonraki süreçte işçi veya işveren tarafından dava açılmasına engel de oluşturmamaktadır. Şu kadar ki uygulamada yapılan ikale sözleşmelerinin büyük bir çoğunluğu yapılan yargılamada geçerlilik denetimine takılmakta ve geçersiz kabul edilmektedir. Oysa taraflarının daha önceden anlaşmış oldukları ikale sözleşmesini, ihtiyari veya zorunlu arabuluculuk yolu ile imzalaması halinde ikale sözleşmesine kesinlik sağlayacak ve daha sonra açılabilecek olası davaların önünü kesilecektir. Sorun burada başlamaktadır. Hem işçi tarafı hemde işveren iş akdinin kendi lehine sona ermesini istemektedirler. Bu nedenle son dönemde işçilik hakları ile ilgili açılacak davalarda arabuluculuğun dava şartı haline getirilmesi, bu iki kavramın iş hukuku açısından önemini ortaya çıkarmaktadır. Nihayetinde ikale sözleşmesinin arabulucu nezdinde yapılmak istenmesi talebi artmıştır[94]. Bu sayede ikale sözleşmesinin yargı denetiminden mahrum bırakılmak istendiğini sıklıkta görmekteyiz.

SONUÇ

Yüksek Mahkeme kararları incelendiğinde görülmektedir ki ; arabuluculuk anlaşması sırasında yapılan anlaşma metinleri içinde ikale sözleşmesi kaleme alınmış ve buna karşı işçinin geçersizlik iddiası varsa öncelikle arabuluculuk sürecinin usul ve yasaya uygun olup olmadığını incelemekte, süreçte tarafsızlığın, şeffaflığın, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali gibi bir usulsüzlük varsa direk sürecin sakatlanmış olması sebebiyle bu süreç sonunda imzalanmış olan anlaşma metnini geçersiz saymaktadır. Eğer sürecin yanlış ve ilkelere aykırı işlediği saptanamamış ise artık işçinin anlaşma metininde imzaladığı ikale sözleşmesinin irade fesadına uğratılma, gabin vb. sebeplerle geçersizliği iddiası bakımından somut ve kesin bir ispatı arayıp bu ispatın olmaması halinde direk HUAK m. 18 deki anlaşılan hususlarda dava açma yasağına dayanarak davanın reddi gerektiğine karar vermektedir. Yani yüksek mahkeme önce arabuluculuk sürecin işleyişine bakıp sonra irade fesadı iddiasını incelemektedir. İrade fesadının incelenmesinin ön şartı arabuluculuk sürecinin sekteye uğratılmış olmasıdır. Eğer sürecin sekteye uğratıldığı ispatlanamamışsa artık irade fesadının ispatı için çok ağır bir şekilde somut ve kesin delillerle ispat aramakta ve ispatta sağlanmamışsa hemen ardından HUAK m.18 gereği dava açma yasağının olduğunu belirtmektedir. Bunu, ekonomik ve sosyal olarak güçsüz durumda olan işçinin lehine yapılmış bir yorum olarak değerlendirmek çok güçtür. İkale sözleşmesi işverenin feshe bağlanan yükümlülüklerinden kaçmak için sıkça kötüye kullanıldığı hatta bunları önlemek için uygulamada makul yarar gibi kriterlerin belirlendiği yargı kararları ile sabitken birde ikalenin arabuluculuk kurumunun dava açma yasağı imkânından faydalandığı olaylarda artık somut olay adaletini sağlamak hepten güçleşmektedir. Ekonomik ve sosyal olarak güçsüz olan işçi açısından da zor olan ispat yükü, arabuluculuk sözleşmelerinde somut ve kesin delille ispat şartı aranması karşısında daha da çıkmaza girmiştir.

[93] ASTARLI, Sicil, s. 40 vd.

[94] BACANAK, Meyyitzade: TÜRK İŞ HUKUKUNDA İKALE SÖZLEŞMESİ VE ARABULUCULUK İLİŞKİSİ, İstanbul 2021, Yüksek Lisans Tezi, s.3.

Kaynakça

AKIN, Levent : "İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler", SGD- Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1 Yıl, s.1-18. (SGD)
AKIN, Levent: " İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk", Çimento İşveren Dergisi, Cilt : 32, Sayı: 1, 2018,s. 10-13. (Çimento İşveren)
AKIN, Levent : "6325 Sayılı Yasa Bağlamında Arabuluculuk", AKIN, Levent (Ed.), İntes Yayınları, Ankara, Yayın No: 28/2018-1, s. 20-27 (İntes)
AKKAN, Mine: " Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", DEÜHFD, C. 20, S. 2, 2018, s. 1-31.
AKYİĞİT, Ercan: Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, s. Ankara 2020.
ALP, Mustafa: "İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları", Legal İHSGHD, S.17, 2008, s.27-
46.Bkz.(https://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12154/1537/Kay%c4%b1rgan%2c%20H..pdf?sequence=1&isAllowed=y)
ALPAGUT, Gülsevil: "Dava Şartı Olarak Zorunlu Arabuluculuk", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2018, s. 111-130.
ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda İkale, Ankara 2013.
ASTARLI, Muhittin : "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Sicil Dergisi, Sayı: 38,2017, s 40-53. (Sicil)
AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
BACANAK, Meyyitzade: Türk İş Hukukunda İkale Sözleşmesi ve Arabuluculuk İlişkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021.
ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
ÇİL, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
ÇİL, Şahin: "İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.7, Eylül 2007, s.25-36. (Sicil)
DOĞAN YENİSEY, Kübra: "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", Doğan Yenisey, K. (Ed.) İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK Yayınları, 2016, s. 167-193.
EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, On iki levha Yayınları, İstanbul 2020.
EKMEKÇİ, Ömer /ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
EKMEKÇİ, Ömer /ÖZEKES, Muhammet /ATALI Murat: Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
EKONOMİ, Münir : " İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ve İş Güvencesinden Feragat ile Sulh" , Legal YKİ Dergisi, Sayı 2006/1, s.29-47.
EKONOMİ, Münir: "İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2006, C.1, S.1, s.29-48.
ELBİR, Nazlı : "İş Hukukunun Emredici Niteliği Karşısında İşçinin Yasal Haklarından Vazgeçmesi Sonucu Doğuran Uygulamalar Hakkında Bir Değerlendirme" , Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 2021/1, s. 289-316.
EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim/ BASKAN, Esra: Bireysel iş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
GÜNAY, İ. C: "İkale Sözleşmesi", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2009, s.4-25.
GÜVEN, Ercan / AYDIN, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitapevi, Eskişehir- İstanbul 2020.

HARMANCI, Isra Çiğdem: İş Yargılamasında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2020.
KARAÇ, Serkan Taylan: " Türk İş Hukuku Bağlamında İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Ölçütleri ve "Makul Yarar " Kavramı", TAAD, Sayı 50, Nisan 2022, s. 385-416.
KAYIRGAN, Hasan: "İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Tutanaklarının İrade Fesadı Bağlamında Değerlendirilmesi", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu, İbn Haldun Üniversitesi, 1. Oturum, 14 Kasım 2020, s.59-78.
KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2012.
KIYAK, Emre: Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.6, S. 21, Nisan 2015, s.523-548.
KÖME AKPULAT, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Bireysel İş Hukuku, C.1,: Turhan Yayınevi , Ankara 2017.
MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C. I, Lykeıon Yayınevi, Ankara 2020. (2020)
MOORE, Christopher W.: The Mediation Process,Jossey- Bass , Nobel Yayıncılık, Ankara 2016.
MUTLAY, F. Barış: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, İstanbul 2018, s.23-173.
NAMLI, Mert: "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK Yayınları, İstanbul 2016, s.151-165.
NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, I, Ferdi İş ilişkileri, İstanbul 2014.
OCAK, Saim/ OĞUZ, Özgür/ KARACA, Aybüke/ BULUR, Alper/ KOÇ, Erol:İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, (Editör, Prof. Dr. Talat CANBOLAT), http://www.adb.adalet.gov.tr/ishukukundauzmanlikegitim.pdf,
ODAMAN, Serkan/KARAÇÖP, Eda:"İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, Sayı: 35, s.51-65.
OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, Vedat Yayınevi, İstanbul 2016. (2016)
ÖZBEK, M.S: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.I, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
ÖZDEMİR, Olgu: "Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı: 74, s. 601-615.
SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara 2020.
SEVİMLİ, Kamil Ahmet: "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 2009/II- 14, s.84-109.
SOYER, Polat: "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Legal İSGHD, S. 57, 2018, s. 21-46.
SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2022.
ŞAHİN EMİR, Asiye / KAZMAZ TEPE, Büşra : "İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018, Sayı: 58, s.1481-1508.
ŞİŞLİ, Zeynep: "Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2012, Sayı: 2, s.43-67.
TANRIVER, Süha: "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim II (2006-2010)", Ankara 2011, s.3-31.
Temel Arabuluculuk Eğitimi, Katılımcı Kitabı, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2021.

İNTİFA HAKKININ SONA ERMESİNİN MEVCUT KİRA SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Doç. Dr. Selin Sert Sütçü*

Arş. Gör. Yağmur Esin Çaylı*

ÖZET

İntifa hakkı, hak sahibine hakka konu eşya üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisi veren, belirli bir kişiye tanınması gereken, devredilemeyen ve miras yoluyla geçemeyen bir sınırlı ayni haktır. İntifa hakkının devredilememesi, hak konusunun kiraya verilmesine engel değildir. İntifa hakkı sahibinin hakka konu eşyaya ilişkin üçüncü bir kişi ile kira sözleşmesi yapması mümkündür. Kira sözleşmesi ile intifa hakkı sahibi ve kiracı arasında kişisel bir borç ilişkisi doğacaktır. İntifa hakkının tescilin terkini, sürenin dolması ve intifa hakkı sahibinin ölümü hallerinde sona ermesiyle intifa hakkı sahibinin yapmış olduğu kira sözleşmesi de durumdan etkilenecektir. Belirtilen hallerde kira sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı hususu Türk hukukundaki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sınırlı ayni hak, İntifa hakkı, Kira sözleşmesi, İntifa hakkının devri, Kiralananın devri.

I. GENEL OLARAK

İntifa hakkı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un Dördüncü Kitabı olan Eşya Hukuku'nun İkinci Kısmında yer alan sınırlı ayni haklar içinde, İkinci Ayrımda m. 794-822. hükümleri arasında incelenmektedir. Ayni haklar, mülkiyet ve sınırlı ayni haklar olarak incelenmekte ve sınırlı ayni haklar da irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin olmak üzere üç kısma ayrılmaktadır. İntifa hakkı, sınırlı ayni haklardan irtifak hakları içinde bulunmaktadır. Türk Hukuku'nda intifa hakkı hak sahibine, konusu olan eşya üzerinde kullanma ve yararlanma yetkileri veren, belirli bir kişiye tanınması gerekli kişisel irtifak hakları içinde yer alan, devredilemeyen ve mirasçıya geçemeyen şekilde kurulabilen, şahısla kaim, sınırlı bir ayni hak olarak düzenlenmiştir. İrtifak haklarından sadece intifa hakkının, taşınır eşya üzerinde de kurulmasına izin verilmektedir[1].

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, selinsert@akdeniz.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7483-6394.

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, yagmurcelik@sdu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7894-2944.

[1] SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, (Eşya), Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 42; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 949; ÖZEN, Burak: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.19 vd; KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972-1973, s. 66; AKİPEK, Jale: Türk Eşya Hukuku, Mahdut Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974, s. 3 vd.; SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 479 vd. ; ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 380; AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.622; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2014, s. 505 vd. ; HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul

İntifa hakkının devredilemez ve mirasçıya geçmez niteliğine rağmen[2] intifa hakkı sahibinin bu hakka dayanarak kira sözleşmesi yapması mümkündür. İntifa hakkı sahibinin kira sözleşmesi yapması halinde intifa hakkı sahibi ile kiracı arasında kişisel bir borç ilişkisi doğacaktır. Bu sözleşmenin özelliği; sadece taraflarını sözleşmeyle bağlamasıdır.

İntifa hakkı[3], intifa konusunun yok olması, tescilin terkini, yasal intifa hakkı sebebinin ortadan kalması, sürenin dolması ya da intifa hakkı sahibinin ölümü halinde sona erecektir[4]. Tescilin terkini, sürenin dolması ve intifa hakkı sahibinin ölümü halleri, intifa hakkı sahibinin yaptığı kira sözleşmesine etki eden sona erme sebepleridir. Bu kapsamda söz konusu çalışma ile intifa hakkının belirtilen hallerde sona ermesi durumunda, intifa hakkı sahibinin intifa konusuna ilişkin yaptığı kira sözleşmesine etkileri, Türk hukukunda belirtilen görüşler ve Yargıtay kararları kapsamında değerlendirilecek ve sonuç kısmında kanaatimize yer verilecektir.

II. İNTİFA HAKKI İLE KİRA SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Taşınır veya taşınmaz maliki bir üçüncü kişiye intifa hakkı tanırken intifa hakkı sahibine intifa hakkına konu olan taşınır veya taşınmazın kiraya verilmesi ya da verilmemesi hususunda açık bir bildirimde bulunabilecektir. Malikin taşınır veya taşınmaz malı üzerinde intifa hakkı tanıması, malike sadece kuru mülkiyetin kalması anlamına gelecek, malik iktisadi anlamda taşınır veya taşınmaz maldan yararlanamayacaktır.

İntifa hakkının devrini düzenleyen TMK m. 806 hükmünün intifa hakkı konusu olan malın kira sözleşmesine de konu olmasına sebep olan esas düzenleme olduğu öğretide ifade edilmiştir[5]. TMK m. 806 hükmünün başlığı; intifa hakkının devridir. Bu düzenleme; intifa hakkının tüm yetkileriyle birlikte devrini hüküm altına almıştır. Kira sözleşmesi ise intifa hakkının devrindeki gibi tüm yetkilerin birlikte devrini değil sadece belirli bazı yetki devrini içermektedir[6]. Bu sebeple intifa hakkı konusunu oluşturan malın kira sözleşmesine konu olması, intifa hakkının genel olarak düzenlendiği TMK m.794/2 ve m. 803/2 hükümlerine dayanmaktadır. İntifa hakkının konusunu oluşturan malın kira sözleşmesine konu olması alt

---

2020, s. 2 vd; ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, Ankara 2019, s. 111; ÜNAL, Mehmet: Sınırlı Ayni Haklar, Savaş Kitabevi, Ankara 2021, s. 278.

[2] KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 95 vd.; SİRMEN, s. 215 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 949 vd.; ESENER/GÜVEN: s. 381; AKÇAAL: s. 637 vd.; ERTAŞ: s. 510; ÜNAL, s. 361.

[3] "İntifa hakkı, başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma imkânı sağlayan bir irtifak hakkıdır", Yargıtay 14. HD'nin 13.03.2008 tarih ve E. 2008/1826, K. 2008/3216 sayılı kararı; bkz. Yargıtay 14. HD'nin 25.09.2008 tarih ve E. 2008/8875, K. 2008/10834 sayılı kararı.

- "İntifa hakkı, gerçek veya tüzel kişi lehine kurulabilen, devredilemeyen ve mirasla geçemeyen bir başkasın ait malvarlığı değeri üzerindeki kullanım ve yararlanma haklarıdır", BGE 122 V 394 E 6 a.

4 CANARASLAN, Gökçe: İntifa Hakkının Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 46 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.120 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 827 vd.; ÖZEN, s. 147; SİRMEN, s. 515 vd.; ÜNAL, s. 363.

5 GÜRSOY, Kemal/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1978, s. 740; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.101; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ESMER, Galip: Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1956, s. 336; ÜNAL, s. 368.

[6] KOÇ, Nevzat: "Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/2(1), s. 111-132, s. 120-121.

kavram, intifa hakkının devri ise bu anlamda kira sözleşmesiyle kiracıya verilen yetkileri de içeren daha kapsamlı bir devri kapsadığından üst kavram olarak değerlendirilebilecektir[7].

III. İNTİFA HAKKININ SONA ERMESİNİN KİRA SÖZLEŞMESİNİ NE ŞEKİLDE ETKİLEYECEĞİ MESELESİ

İntifa hakkının sona ermesi halinde intifa hakkı sahibinin yaptığı kira sözleşmesinin nasıl etkileneceği hususunda ileri sürülmüş birçok görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kira konusunun malike iade edilmesi gerekir[8]. Diğer bir görüşe göre intifa hakkının süresine ve kiracının intifa hakkından haberdar olup olmamasına göre ayrımlara gidilmelidir[9]. Bir diğer görüşe göre intifa hakkının süreli olup olmamasına göre bir ayrım yapılmalıdır[10]. Sona olarak bir başka görüşe göre, malik kira sözleşmesi ile bağlı olup, sözleşmeyi ancak kira hükümlerine göre feshedebilir[11]. Bu kapsamda aşağıda intifa hakkının sona ermesi halinde intifa hakkı sahibinin intifa konusuna ilişkin yaptığı kira sözleşmesinin akıbetine ilişkin görüşler ile Yargıtay'ın meseleye bakışı ele alınacak ve bu kapsamda bir değerlendirme yapılacaktır.

A. İntifa Hakkının Sona Ermesi ile Kira Konusunun Malike İade Edilmesi Gerektiği Görüşü

Bu görüş, intifa hakkının başkasına devri halinde intifa hakkı sona ererse, bu hakkı devren kullananın durumunun ne olacağı sorusundan yola çıkmıştır. Soruyu açıklamak için kira sözleşmesini örnek vermiştir. Buna göre intifa konusu taşınmaz kiraya verilmiş ve kira sözleşmesi devam ederken intifa hakkı sona ermişse kiracı malikten herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Kira sözleşmesinin tapuya şerh edilmesinin sonuca bir etkisi olmayacaktır. Kiracı, kiraya veren intifa hakkı sahibine veya onun mirasçılarına karşı kira sözleşmesinden kaynaklanan şahsi haklarını ileri sürebilecektir[12]. Bu görüşe göre intifa hakkı sahibinin intifa konusu malı başkalarına kullandırma hakkı bulunmakla birlikte bu hakkın bir sınırı olmalıdır. İntifa hakkı sahibi, malikin intifa konusunu bizzat kullanabilme imkânını tehlikeye düşüremez. Dolayısıyla intifa hakkı sahibinin intifa konusu malı başkalarına kullandırması, malikin o eşyayı

---

[7] AKSU, Mustafa: "Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi'nin İntifa Konusu Taşınmazın İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Kiraya Verilmesi ve Daha Sonra İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Kira Sözleşmesinin Hukuki Akıbetine İlişkin 3.7.2003 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", *e-akademi Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, 2004/34, Parag. 21-22. [Karar Değerlendirmesi]

[8] VELİDEDEOĞLU/ESMER, s. 336.

[9] BERTAN, Suad: Aynî Haklar Medenî Kanunun 618-764'üncü Maddelerinin Şerhi C-2, Ankara 1976, s. 1424-1426.

[10] ÇABRİ, Sezer: "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesi veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması", *MÜHFD,* 2012/18(3), s. 163-200, s. 180-181.

[11] AKSU, Mustafa: "Taşınmazlarda İntifa Hakkı Kurulmadan Önce ya da İntifa Hakkı Süresince Yapılmış Kira Sözleşmesinin İntifa Hakkının Sona Ermesiyle Birlikte Hukuki Durumu", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 41-81, s. 79; BURCUOĞLU, Haluk: Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 447 vd.

[12] VELİDEDEOĞLU/ESMER, s. 336.

intifa hakkı sona erdikten sonra kullanmasını engellememelidir. Bu sebeple intifa hakkının sona ermesi halinde malik sözleşmenin tarafı haline gelmez[13].

B. İntifa Hakkının Süreli Olup Olmamasına ve Kiracının İntifa Hakkından Haberdar Olup Olmamasına Göre Ayrım Yapılması Gerektiği Görüşü

Bu görüş, intifa hakkının belirli süreli olması halinde kira sözleşmesinin intifa hakkının sona ermesi ile sona ereceğini; diğer hallerde ise kira hukukuna ilişkin hükümlerin burada da uygulanacağını ve malikin kira sözleşmesiyle bağlı olacağını kabul etmektedir. Buna göre, kira sözleşmesi yürürlükte iken kiralayanın arzusu ile mülkiyet hakkını sona erdirmesi ile intifa hakkı sona erdiği için kuru mülkiyet hakkının tam mülkiyete dönmesi arasında her zaman tam bir benzerlik bulunmamaktadır. Bu nedenle intifa hakkı için belli bir süre konulmuş olması ile intifa hakkının ölümle veya diğer sebeplerle sona ermesi halleri arasında bir ayrım yapılmalıdır.

a. İntifa hakkı için belirli bir süre öngörülmüşse, "*bir kimse yalnızca sahip olduğu hakka dayanarak bir kimseye hak sağlayabilir*" kuralı gereğince, intifa hakkı sahibi ile kiracı arasında yapılan kira sözleşmesi, yalnızca intifa hakkı sona erene kadar geçerli olabilecek bir sözleşmedir. İntifa hakkı süresini aşan kira sözleşmelerinde, intifa hakkı sona erince kiralanan malın TMK m. 799 hükmü gereğince malike teslimi gerekir. Zira intifa hakkı süresini aşan sözleşmelerden malik zararına bir durum yaratılamaz. Süreli intifa haklarında kiracının da intifa hakkı sahibi yerine malın teslimi borcunu malike karşı TMK m. 806 hükmü gereğince yerine getirmesi gerekecektir.

b. TMK m. 797 hükmü gereğince intifa hakkı sahibinin ölümü ve diğer sebeplerle intifa hakkının sona ermesi halinde de ikili bir ayrım yapmak gerekir:

1. İntifa hakkı sahibi kiraladığı malın intifa hakkına konu olduğunu kiracıya söylemişse, bozucu şarta bağlı bir kira sözleşmesi kurulmuş olur ve ölümle kira sözleşmesi sona erer. Bu TBK m. 310 hükmünde düzenlenen durumdan farklıdır. Sona eren kira sözleşmesine göre kiracının geri verme borcu doğar. Bu kapsamda TMK m. 806 hükmü gereğince malikin de kiracının geri verme borcunu yerine getirmesini isteme hakkı vardır.

2. İntifa hakkı sahibi kira sözleşmesini yaparken intifa hakkının varlığından söz etmemişse, ölümle intifa hakkı sona erdiğine göre, burada kira sözleşmesini yaptıktan sonra mülkiyet hakkını başkasına devreden kimsenin durumuna benzer bir durum vardır denilebilir. TMK m. 310 hükmü malikin mülkiyet hakkını devir yetkisine karşı kiracının korunması amacıyla düzenlenmiştir. Kanun koyucu mülkiyet hakkı sahibinin malını kiraya verdiği zaman, kira süresi sona erene kadar mülkiyet hakkını devir yetkisini kullanamamasını uygun görmemiş ve bu sözleşmenin bu sebeple feshi halinde kiracıya da bir kusur yüklenemeyeceğinden ayrıca böyle bir durumu düzenlemeyi uygun bulmuştur. TMK m. 806 hükmü intifa hakkı sahibine intifa konusu malını kiraya vermek yetkisini tanıdığından, mülkiyet hakkı sahibinin genel kira hükümlerine göre intifa konusu malın kendisine teslimine katlanması gerekir. İntifa hakkı sahibi

[13] ERTUĞRUL, Meltem: "Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/ 72(4), s. 541-578, s. 554.

ölümüyle intifa hakkının sona ermesinden sorumlu olamayacağından, kiracının bu durumda TBK m. 310 hükmünden yararlandırılması yerinde olur[14].

C. İntifa Hakkının Süreli Olup Olmamasına Göre Ayrım Yapılması Gerektiği Görüşü

Bu görüşe göre intifa hakkının sona ermesi, kira sözleşmesini sona erdirmez. İntifa hakkı, sahibine intifa konusu malı kullanma ve bu maldan yararlanma hakkı tanır. Bu haklar intifa süresiyle sınırlıdır. TBK m. 310 ve m. 311 hükümleri ile kiralanan üzerindeki hak sahibi değişikliğinden kiracının korunması amaçlanmıştır. Bu kapsamda intifa hakkının sona ermesi ve kira sözleşmesinin devam etmesi halinde malikin kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesi TBK m. 310 ve m. 311 hükümlerinin amacıyla bağdaşmaktadır. Ancak her durum için aynı sonuca varmak doğru değildir. Burada intifa hakkının niteliğine göre ayrım yapmak gerekir.

İntifa hakkının belli bir süre için kurulması halinde, sürenin sona ermesiyle intifa hakkı kendiliğinden sona erer. İntifa hakkı sahibi, intifa hakkının verdiği yetkiler kapsamında intifa konusuna ilişkin intifa hakkından daha uzun süreli bir kira sözleşmesi yapmışsa, bu sözleşme malike karşı ileri sürülemez. Bu durumda intifa hakkı sahibi, bu hakkın kendisine tanıdığı yetkileri süre olarak aşmış olur ve kiracı, rızası yoksa kira sözleşmesini malike karşı ileri süremez. Malik kararlaştırılan sürenin sona ermesiyle mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin aynen kendisine döneceğini düşünerek intifa hakkını tanımaktadır. Bu durumda kiracı, TBK m.112 hükmü ile düzenlenen borca aykırılık hükümleri uyarınca kiraya veren konumundaki intifa hakkı sahibinden uğramış olduğu zararların tazmini talep edebilir.

Belirli bir süre için kurulan intifa hakkı süresinden önce sona ererse, malik bu durumda sürenin sonuna karar kira sözleşmesiyle bağlı olur. İntifa hakkının süresinin sona ermesiyle de bu bağlılık sona erer.

İntifa hakkının süresiz olarak kurulduğu hallerde, taraflarca sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, intifa hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından intifa konusuna ilişkin yapılan kira sözleşmesinden önce sona ererse malik, kira sözleşmesiyle bağlı hale gelir. Malikin, intifa hakkını tanırken bu tür ihtimalleri de göze aldığı kabul edilmelidir. Bu kapsamda intifa hakkının süreye bağlı olarak kurulmadığı hallerde TBK m. 310 ve m. 311 hükümleri gereğince intifa hakkının sona ermesine rağmen malikin kira sözleşmesiyle bağlı olacağının kabulü yerinde olacaktır.[15]

D. Malikin Kira Sözleşmesiyle Bağlı Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre, borç ilişkilerinin nisbiliğinden yola çıkılarak kiraya veren intifa hakkı sahibinin, intifa hakkı süresini aşacak şekilde intifa konusunu kiraya vermesi halinde kira sözleşmesinin de intifa hakkıyla birlikte sona ereceği sonucuna varılamaz. Bu durumda kira sözleşmesi intifa hakkı ile birlikte kendiliğinden sona ermez. Ancak tarafların kira sözleşmesini intifa hakkına bağlayarak bozucu şarta bağlı

[14] BERTAN, s. 1424-1426.

[15] ÇABRİ, s. 180-181; SERT SÜTÇÜ, Selin: "Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Ayni Hak Kurulması ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar (TBK m. 311)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/72(4), s. 63-79, s. 69.

bir kira sözleşmesi yapmaları mümkündür. Bu durumda intifa hakkının sona ermesiyle kira sözleşmesi de sona erer. Bu sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur[16].

TMK m. 799 hükmü ile, intifa hakkının sona ermesi halinde intifa hakkı sahibinin intifa hakkı konusunu malike geri verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Kanun koyucu intifa hakkı sahibinin veya onun hukuki haleflerinin, intifa hakkı konusu üzerinde zilyetliklerinin bulunması halini göz önünde bulundurarak bu hükmü kabul etmiştir. Bu madde ile kiracı ile malik arasındaki ilişki düzenlenmemiştir[17].

Bu görüşe göre, kiralananın malik tarafından devredilmesi halinde, kiracının yeni malike karşı içinde bulunduğu durum ile intifa hakkının sona ermesi halinde kiracının malike karşı içinde bulunduğu durum arasında çıkarlar ve hukuki koruma gereği açısından büyük ölçüde benzerlik vardır. Hem kiracı aynı biçimde korumaya muhtaçtır hem de intifa hakkı mülkiyete en çok yaklaşan sınırlı aynî haktır. Dolayısıyla kanun koyucu bir durum için kiracıyı koruyucu bir hüküm getirmişse, bu çözümün kanun tarafından açıkça düzenlenmemiş benzer durumlar içinde uygulanması hukuka ve adalete uygun olacaktır[18]. İntifa hakkının sona ermesiyle çıplak mülkiyeti tam mülkiyete dönüşen malik, kiralananı yeni devralan malik gibi değerlendirilmelidir. Kiralananın çıplak mülkiyet maliki olması halinde tahliye davası açamayacağına göre, çıplak mülkiyet sahibinin kiralananın önceki maliki gibi düşünülmesi mümkün değildir. Bu kapsamda kiraya veren intifa hakkı sahibinin, bu hakkı kullanırken yapmış olduğu kira sözleşmesi, intifa hakkı sona erdikten sonra geçerliliğini korur ve malik ancak kira sözleşmesi hükümlerine dayanarak tahliye davası açabilir.[19]

E. Yargıtay'ın Meseleye Bakışı

İntifa hakkının sona ermesiyle, intifa hakkı sahibi tarafından yapılan kira sözleşmesinin akıbetine ilişkin Yargıtay'ın önüne birçok olay gelmiştir. Bu kapsamda aynı konuyla ilgili verilmiş kararlar üzerinden bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Yargıtay kararına konu bir olayda[20] davacılar maliki oldukları taşınmaz üzerinde babaları lehine intifa hakkı tesis etmiş, babaları ise söz konusu taşınmazı davalıya kiraya vermişlerdir. Bir süre sonra baba

---

[16] AKSU, *Seliçi'ye Armağan*, s. 74-75; KOÇ, s. 119-120.

[17] KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 91; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 964-965: "*Malike tanınan bu geri alma talebi, malikin mülkiyet hakkı dolayısıyla sahip olduğu istihkak talebinden (TMK. m. 683) farklıdır. TMK m. 799'da malike tanınan intifa hakkı konusunun geri verilmesi talebi, kanunen intifa ilişkisine bağlanmış bir taleptir. Bu talep aynî olmayıp, kişisel bir talep niteliğindedir*". Aynı yönde bkz.: KOÇ, s. 119; ÖZEN, s. 195-196.

[18] AKSU, Seliçi'ye Armağan, s. 78; KOÇ, s. 122.

[19] KOÇ, s. 122; AKSU, Seliçi'ye Armağan, s. 79; BURCUOĞLU, s. 447 vd,; ÖZEN, s. 200-201; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: "Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinde Sonra Sınırlı Aynî Hak Sahibi Olması ve Buna Bağlanan Sonuçlar (TBK m. 311)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/74(1), s. 303-331, s. 318, dn. 35; GENÇ ARIDEMİR, Arzu: "Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelmeyeceği Sorunu", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2012/8, s. 125-158, s. 151; CANARASLAN, s. 183; ÖKTEM ÇEVİK, Seda: Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 155.

[20] Yargıtay 1. HD'nin 18.10.2005 tarih ve E. 2004/9695, K. 2005/11200 sayılı kararı; Aynı yönde Yargıtay 1. HD'nin 03.07.2003 tarih ve E. 2003/4902, K. 2003/8056 sayılı kararı: "*İntifa hakkı sahibi ölümü ile intifa hakkının son*

vefat emiş ve taşınmaz maliki davacılar intifa hakkına dayalı yapılmış kira sözleşmesinin intifa hakkının sona ermesiyle sona erdiğinden bahisle el atmanın önlenmesi ve ecri misil talebinde bulunmuşlardır. Yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiş ve uyuşmazlık Yargıtay özel dairesi önüne gelmiştir. Yargıtay özel dairesi intifa hakkı sahibinin kiraladığı bağımsız bölümün intifa hakkına konu olduğu hakkında davalıya bilgi verip vermediği ya da davalının bunu bilip bilmediğine ilişkin bir araştırma yapılmadığından yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yerel mahkemece bozmaya uyularak yapılan inceleme neticesinde, davalının dava konusu taşınmazın intifa hakkına konu olduğunu bildiği, bu nedenle intifa hakkı sahibinin ölümü ile kira sözleşmesinin sona erdiği gerekçesiyle davanın kabulü ile davalının el atmasının önlenmesine ve ecri misil talebinin kabulüne karar verilmiş, karar Yargıtay özel dairesi tarafından onanmıştır.

Yargıtay kararına konu bir başka olayda ise, davalı belediye tarafından kendisine ait iki parsel üzerinde diğer davalı şirket lehine intifa hakkı tesis edilmiş, intifa hakkı sahibi davalı şirket ise söz konusu parselleri başka bir şirkete kiraya vermiş ve kira sözleşmesi tapu siciline şerh edilmiştir. Daha sonra kiracı şirket parselleri hem intifa hakkına hem de tarafı olduğu kira sözleşmesine dayanarak davacı şirkete kiralamış ve kira sözleşmesi yine tapu siciline şerh edilmiştir. Bir süre sonra davalı belediyeye ait kamu malları üzerinde kırk dokuz yıllığına ihalesiz intifa hakkı tesisi nedeniyle bu konuda yapılan müfettiş incelemesini takiben, taşınmazlar üzerinde davalı şirket lehine intifa hakkı tesis edilmesine ilişkin belediye meclis kararı iptal edilmiş ve davacı şirketin taşınmazlardan tahliyesine karar verilerek intifa hakkı ile kira şerhi tapu sicilinden terkin edilmiştir. Davacı alt kiracı konumundaki kiracı, Yargıtay önüne gelen bu dava ile taşınmazlardaki kiracılık sıfatının tespiti ile bu konudaki müdahalenin önlenmesini talep etmiştir. Yerel mahkemece davalı şirket yönünden davacının taşınmazdaki kiracılığının tespitine, her iki davalı yönünden müdahalenin önlenmesine ve muarazanın giderilmesine karar verilmiştir. Yargıtay özel dairesi[21] ise yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bozma kararının temel gerekçesi ise şöyledir: Tahliye kararı sonucunda davalı şirketin kiracılık sıfatı ortadan kalkmış ve ayrıca intifa hakkının terkini ile de taşınmaza ilişkin

---

bulmasından sorumlu olamayacağına göre, kiracının bu durumda Borçlar Kanunun 254 ve 276 maddelerinden yararlandırılması doğrudur, intifa hakkı sahibi kiraladığı malın intifa hakkına konu olan bir mal olduğunu söylemişse bozucu (infisahi) şarta bağlı bir kira anlaşması ortaya çıkmış olur ve ölümle kira anlaşması sona ermiş olur. Bu durum Borçlar Kanunun 254 ve 276 maddelerinde öngörülen hale hiç benzememektedir. Son bulan kira akdine göre kiracının geri verme borcu doğar. Kiracının geri verme borcunu yerine getirmesini Medeni Kanunun 806. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak mülkiyet hakkı sahibinin de istemeye hakkı vardır (Bkz. BERTAN, s. 1425) .

Soruna yukarıda açıklanan görüşler değerlendirilerek yaklaşıldığında Borçlar Kanunun 254, 276. maddelerinde hüküm altına alınan, kira dönemi içerisinde kiralayanının mülkiyet hakkını devretmesi veya ölümü halinde yeni malikin önceki kira sözleşmesi hükümleri ile bağlı olacağı olgusu gözönünde tutularak sırf Medeni Kanunun 806. maddesindeki iade mükellefiyetinin varlığından söz edilerek davanın fuzuli şagil olduğu söylenemez.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan ilke ve olgular gözönünde bulundurulduğunda intifa hakkı sahibinin kiraladığı bağımsız bölümün intifa hakkına konu olan bir mal olduğunu, davalı kiracıya söylediği başka bir deyişle davalının kiraladığı taşınmazın intifa hakkına konu, bir mal olduğunu bildiği yolunda, bir araştırma yapılmış değildir. Bu hususun araştırılıp sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik soruşturma ile hüküm kurulması doğru değildir".

[21] Yargıtay 6. HD'nin 02.12.2014 tarih ve E. 2014/2419, K. 2014/13301 sayılı kararı.

tasarrufta bulunma hakkı sona ermiştir. Dolayısıyla intifa hakkı sahibi şirket ile diğer davalı şirket arasındaki kira sözleşmesi dayanaksız kaldığından davacının taraf olduğu alt kira sözleşmesi de kendiliğinden sona ermiştir. Bu kapsamda davacı alt kiracının taşınmazlarda bulunmasının haklı, meşru ve hukuki bir gerekçesi bulunmadığından taşınmaz maliki davalı belediyenin, tüm yetkilerini kullanarak taşınmazın tahliyesini istemesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır.

Aynı dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş ve davanın kabulü gerektiğinden bahisle direnme kararı onanmıştır[22]. Kararın gerekçesi ise şöyledir: Kira sözleşmesi devam ederken intifa hakkının sona ermesi halinde alt kiracı konumundaki davacı şirket ve kiraya veren davalı şirket arasındaki kira sözleşmesi sona ermez. BK m. 254 (TBK m. 310) hükmü kıyasen uygulanarak intifa hakkı sona erse dahi taşınmaz maliki davalı belediye, sanki kira konusunu devralan yeni malikmiş gibi kira sözleşmesi ile bağlı olacaktır.

Görüldüğü üzere incelenen hususla ilgili birçok farklı karar verilmiştir. Bu kapsamda Yargıtay'ın bu konuda yerleşmiş bir görüşünün olduğunu söylemek güçtür. Buna karşılık kanımızca 2021 tarihli YHGK kararı ile ortak bir uygulamaya geçileceğinin sinyalleri de verilmiştir.

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu; intifa hakkını, hakkın özünün malikte kaldığı; taşınır, taşınmaz, hak ve alacaklar üzerinde, intifa hakkının tanındığı kişi lehine kullanma ve yararlanma haklarını tanıyan, kişiye bağlı, devredilmez, mirasçılara geçmez bir sınırlı ayni hak olarak düzenlemiştir. Malik tarafından intifa hakkı sahibine kira sözleşmesi yapma imkânı verilmişse bu durumda intifa hakkına konu olan malın kiralanması, intifa hakkının konusu olan malın kullanılması niteliğinde olduğundan aynı zamanda taraflar arasında nisbi bir borç ilişkisinin doğumuna da sebep olacaktır. Bu durum intifa hakkının sona ermesinin kira sözleşmesini de sona erdirip erdirmeyeceğinin de tartışma konusu olmasına sebep olmuştur.

Türk Medeni Kanunu m.799-802 hükümlerinde; intifa hakkının sona ermesinin sonuçları geri verme yükümlülüğü, sorumluluk ve giderler başlıklarıyla düzenlenmektedir. Hakkın konusunu elinde bulunduran hak sahibinin, hakkın sona ermesiyle birlikte eşyayı TMK m. 2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralına göre, uygun görülebilecek en kısa zamanda malike geri verme borcu ortaya çıkmaktadır.

---

[22] YHGK'nun 06.04.2021 tarih ve E. 2017/6-2641, K. 20121/411 sayılı kararı; Aynı yönde Yargıtay 1. HD'nin 14.06.2004 tarih ve E. 2004/7126, K. 2004/7183 sayılı kararı: "*Dosya içeriği ve toplanan delillerden, çekişme konusu 346 parsel sayılı taşınmazdaki 8 nolu bağımsız bölümün öncesinin Sitti Zeynep'e ait olduğu, Zeynep'in intifa hakkını üzerinde tutmak suretiyle çıplak mülkiyetini 20.1.1997 tarihinde M Vakfına hibe ettiği, intifa hakkına dayanarak davalı Muzaffer ile ilki 1998, daha sonra 23.8.2001 tarihinde olan kira sözleşmeleri yaptığı, 7.12.2001 tarihinde ise bizzat müracaatı üzerine, intifa hakkının da, çıplak mülkiyet sahibi davacı lehine terkin edildiği böylece çekişmeli taşınmaz mülkiyetinin tamamının davacı vakfa geçtiği, anlaşılmaktadır.*
Bu durumda, davalının intifa hakkının terkininden önce intifa hakkı sahibi ile yaptığı kira sözleşmesine dayanarak taşınmazda oturduğuna göre taşınmazı işgalinin haksız olarak değerlendirilmesine olanak yoktur. Koşulların oluşması halinde davacının 6570 Sayılı Yasa hükümlerine göre tahliye davası da açabileceği kuşkusuzdur".

Bu düzenlemelere baktığımızda intifa hakkının konusunu oluşturan malın, kiracı tarafından malike iade edilmesi gibi bir düzenleme bulunmadığı görülebilecektir.

Kira sözleşmesine ilişkin düzenlemeler 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.299 vd. hükümler kapsamında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden TBK m.310 ve m.311 hükümlerinin incelenmesinden, kiralananın hak sahipliği değişikliklerinden kiracının en az etkilenmesini sağlayacak hükümlere yer verildiği görülecektir. Kiralananın malik tarafından devredilmesi halinde, kiracının yeni malike karşı içinde bulunduğu durum ile intifa hakkının sona ermesi halinde kiracının malike karşı içinde bulunduğu durum arasında çıkarlar ve hukuki koruma gereği açısından büyük ölçüde benzerlik bulunmaktadır. Dolayısıyla intifa hakkının sona ermesi ve kira sözleşmesinin devam etmesi halinde malikin kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesi TBK m. 310 ve m. 311 hükümlerinin amacıyla bağdaşmaktadır. TBK düzenlemeleri, BK ve Gayrimenkullerin Kiralanması Hakkında Kanun düzenlemelerinden farklı olarak hem kiracıyı hem de kiraya vereni koruyan düzenlemelere neredeyse aynı oranda yer vermiştir. İntifa hakkının sona ermesinin mevcut kira sözleşmesini etkileyip etkilemediği hususu değerlendirme konusu yapılırken de hem malikin hem kiracının ortak menfaatlerinin düşünülmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce; üzerinde intifa hakkı kurulmuş olan taşınmazın kamulaştırılması veya yok olması halinde kiracının da taşınmazdaki menfaati sona ereceğinden; kira sözleşmesinin bu durumda kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir. İntifa hakkının süreli veya süresiz olarak kurulması halinde ise farklı değerlendirme yapılmalıdır.

İntifa hakkının taşınmaz üzerinde süreye bağlı olarak kurulması halinde ise; ihtimallere göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

İlk ihtimal; intifa hakkı süresini aşan bir kira sözleşmesinin olması halinde, öncelikle kira sözleşmesinin tapuya şerh edilip edilmediğine bakılmalıdır. Kira sözleşmesi tapuya şerh edilmemişse, kira sözleşmesinin varlığı taşınmaz malikine karşı ileri sürülmemelidir. Bunun sebebi; intifa hakkı sahibinin kendisine tanınan yetkileri aşmış olmasından kaynaklanmaktadır. Kiracı borcun ifa edilmemesi sebebiyle oluşan zararını TBK genel hükümlere göre tazmin edebilmelidir. (TBK m.112 vd.)

Kira sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi halinde ise taşınmaz malikinden habersiz olarak kira sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi mümkün olmadığından, intifa hakkı sona ermesine rağmen kira sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. Taşınmaz maliki intifa hakkı sahibinin yerine geçerek kira sözleşmesinin tarafı olacaktır.

İkinci ihtimalde; belirli süreli olarak kurulan intifa hakkının süresinden önce sona ermesi halinde, kural olarak kira sözleşmesi intifa hakkı süresi boyunca varlığını koruyacaktır. Taşınmaz maliki bu durumda da intifa hakkı sahibinin yerine geçerek kira sözleşmesinin tarafı haline gelecektir. Sorun; taşınmaz malikinin kiracıyı kiralanan taşınmazdan ne şekilde tahliye edebileceği hususunda ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce; kiralanan taşınmazın belirli süreli intifa hakkının süresinden önce sona ermesi sebebiyle sona ermesi halinde taşınmaz maliki «kiralananın önemli sebeple feshi» olgusuna dayanarak, kiralananı tahliye edebileceği gibi, bu özel durumun kira sözleşmesinin sona erme nedenlerine eklenmesi de düşünülebilecektir.

İntifa hakkının süresiz olması ihtimalinde;

İntifa hakkının kira sözleşmesinden önce sona ermesi halinde; malik kira sözleşmesinin tarafı olacaktır Malik, süresiz intifa hakkı kurulmasına razı olarak kira sözleşmesine ilişkin riski de kabul etmiş sayılacaktır. Malik taşınmazı tahliye etmek istiyorsa, TBK da kira sözleşmesinin sona ermesi bakımından düzenlenen hükümlere dayanarak – ihtiyaç sebebiyle tahliye, malik değişmesi gibi- kiracıya başvurabilecektir.

Kaynakça

ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, Ankara 2019.

AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

AKİPEK, Jale: Türk Eşya Hukuku, Mahdut Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974.

AKSU, Mustafa: "Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi'nin İntifa Konusu Taşınmazın İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Kiraya Verilmesi ve Daha Sonra İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Kira Sözleşmesinin Hukuki Akıbetine İlişkin 3.7.2003 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", *e-akademi Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi,* 2004/34. [Karar Değerlendirmesi]

AKSU, Mustafa: "Taşınmazlarda İntifa Hakkı Kurulmadan Önce ya da İntifa Hakkı Süresince Yapılmış Kira Sözleşmesinin İntifa Hakkının Sona Ermesiyle Birlikte Hukuki Durumu", *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 41-81. [Seliçi'ye Armağan]

BERTAN, Suad: Aynî Haklar Medenî Kanunun 618-764'üncü Maddelerinin Şerhi C-2, Ankara 1976.

BURCUOĞLU, Haluk: Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

CANARASLAN, Gökçe: İntifa Hakkının Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

ÇABRİ, Sezer: "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesi veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması", *MÜHFD*, 2012/18(3), s. 163-200.

ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2014.

ERTUĞRUL, Meltem: "Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/ 72(4), s. 541-578.

ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

GENÇ ARIDEMİR, Arzu: "Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelmeyeceği Sorunu", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2012/8, s. 125-158.

GÜRSOY, Kemal/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1978.

HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

KOÇ, Nevzat: "Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015/2(1), s. 111-132.

KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972-1973.

OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

ÖKTEM ÇEVİK, Seda: Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

ÖZEN, Burak: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, (Eşya), Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

SERT SÜTÇÜ, Selin: "Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Ayni Hak Kurulması ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar (TBK m. 311)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/72(4), s. 63-79.

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

ÜNAL, Mehmet: Sınırlı Ayni Haklar, Savaş Kitabevi, Ankara 2021.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ESMER, Galip: Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1956.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: "Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinde Sonra Sınırlı Aynî Hak Sahibi Olması ve Buna Bağlanan Sonuçlar (TBK m. 311)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/74(1), s. 303-331.

ALKOL VEYA UYUŞTURUCU MADDE ETKİSİYLE ARAÇ KULLANMA DURUMUNDA KARŞILAŞILAN YAPTIRIMLAR

Öğr. Gör. Simge Nil Yurtseven*

ÖZET

Alkol veya uyuşturucu madde etkisinde araç kullanmak, Türk Ceza Kanunu'nun "trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçu" başlıklı 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında düzenlenmiştir. Suç olarak ihdas edilen bu davranışla ilgili olarak "üç aydan iki yıla kadar hapis cezası" öngörülmüştür. Diğer taraftan Karayolları Trafik Kanunu'nda da, "Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı" başlıklı 48'inci maddesi mevcuttur. Bu düzenleme uyarınca da söz konusu kabahatle ilgili idari para cezası ve sürücü belgesinin geri alınması şeklinde yaptırımlarla karşılaşıldığı görülmektedir. Mevzuatımızdaki bu düzenlemelere göre, alkollü araç kullanma eyleminin meydana gelmesi durumunda hem idari hem de adli yaptırım uygulama alanı bulacaktır. Ancak "ne bis idem" ilkesi karşısında aynı eylemin birden fazla kez cezalandırılması mümkün değildir. Bu ilkeye paralel şekilde; Kabahatler Kanunu'nun md.15/3 gereğince "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." ifadesi yer almaktadır. Ancak Karayolları Trafik Kanunu 48'inci maddesinde, "fiil bir suç oluştursa bile", söz konusu kabahat nedeniyle idari yaptırımların uygulanacağı ifade edilmektedir. Yani eylem sebebiyle hem Karayolları Trafik Kanunu hükümleri hem de duruma göre ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmü veya trafik kazasına sebebiyet verilmesi hâlinde, ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Bu konuda suçla ilgili yargılama ve neticeleri ile kabahatle ilgili yapılan işlemler ve başvuru yolları konusunda da bir ayrım yapılması gerekecektir. Çalışmamızda bahsi geçen hükümler ışığında, kişilerin alkollü araç kullanmaları halinde hangi mevzuat hükümlerinin nasıl uygulanacağına yönelik olarak teorideki görüşlere yer verilerek, Yargıtay kararları ile de uygulama hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Trafik güvenliğini, Alkollü araç kullanımı, Trafik cezası, Tehlike suçu, Kabahat.

GİRİŞ

İnsanlar ferahlamak, rahatlamak ya da stresten uzaklaşmak veya sadece keyif almak amacı ile alkollü içecekleri tüketebilmekte veya uyuşturucu madde alımına yönelebilmektedir. Bu maddelerin kullanılması, bedensel ve zihinsel aktiviteleri etkilemekte, kişilerin doğru karar vermesi konusunda iradelerini kontrol etmelerini zorlaştırmaktadır. Güvenli ulaşım ve trafik akışı için kanun koyucu da bu tür maddelerin kullanılarak araç kontrol edilmesi konusunda birtakım düzenlemeler yapma ihtiyacı duymuştur. Öncelikle alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle güvenli şekilde araç kullanamayacak durumda

* MCBÜ Köprübaşı MYO, simgenil.yurtseven@cbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1010-2679.

olmasına rağmen araç kullanılmasını yasaklamış ve bu davranışı, Türk Ceza Kanunu'nda "suç" olarak nitelendirerek, 3 aydan iki yıla kadar hapis cezası yaptırımı öngörmüştür(TCK md.179/3). Ayrıca Karayolları Trafik Kanunu'nda da "*Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı*" başlığı altında alınan alkolün derecesine göre idari para cezası ve idari tedbirler öngörülmüştür. Buradaki düzenlemede eylem bir kabahat olarak öngörülmekle birlikte, eylemi gerçekleştiren sürücüler hakkında (belirtilen sınırların geçilmesi halinde) ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 179'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası hükümlerinin de uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu sınırlar "Promil" terimi kullanılarak, 0.20 - 0.50 – 1.00 şeklinde derecelendirilmiştir. Çalışmamızda, öncelikle promil hesaplaması ve buna etki eden unsurlar ele alınıp sonrasında promil sınırının aşılması durumu TCK ve KTK bağlamında ele alınmaya çalışılacaktır. Her ne kadar TCK md.179 hükmünde herhangi bir promil değerinden bahsedilmese de Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması, bu konuda kanuni bir karine yaratmış izlenimi vermektedir. Akabinde hem kabahat hem de suç olarak öngörülen bu davranışa nasıl bir yaptırım uygulandığı ve yaptırımlara karşı başvuru yolları incelenecektir.

I. SÜRÜCÜNÜN ALKOLLÜ OLMA HALİ

A. Promil Hesabı ve Alkolün Etkileri

Promil, kandaki alkol[1] miktarını gösteren birim olarak tanımlanmaktadır[2]. Promil hesabında alkolün ağırlığı, kanın ise hacmi dikkate alınarak bir orantı kurulur. 100 mililitre kanda, 50 miligram alkol varsa, bu durum şu şekilde ifade edilir:

50 mg alkol / 100 mililitre kan: 0.50 promil

Bu ölçü birimi bakımından ne kadar alkollü içki tüketilirse kaç promil alkollü olunur sorusuna net bir cevap vermek güçtür. Burada önemli olan iki değişken vardır. Birincisi vücuda alınan içeceğin içerdiği alkol oranı ve miktarı; ikincisi kişinin kendisi. Çünkü vücuda alınan alkol; kişinin cinsiyetine, yaşına, kilosuna, daha önce alkol kullanıp kullanmadığına göre farklı sonuçlar doğurabilir.

Daha detaylı açıklamak gerekirse; boza, şıra gibi içkilerde % 4, meyve şaraplarında % 5-11, şampanyada % 10-13, rakıda % 40-45, kanyakta % 40-70, cinde % 51-55, viskide % 40-70, birada % 3-5, likörde % 20 oranında alkol bulunduğu belirtilmektedir[3]. Tüketilen içecekteki alkol oranı ile önemli diğer nokta tabi ki alınan alkollü içeceğin miktarıdır. İki arkadaş birlikte aynı içecekleri aynı miktarda tüketseler dahi, kişinin alkole toleransı, açlık tokluk durumu, alkol alma hızı, yaşı, cinsiyeti, vücut ağırlığı, alınan ilaçlar, korku stres gibi tüm değişkenler, ortaya çıkacak belirtileri değiştirecektir.

Yukarıda sayılan her bir etkiye bağlı olarak değişim göstermekle birlikte; iki şişe bira tüketildiğinde, ortalama olarak 0.5 promil sınırına geldiği düşünülebilir. Kişinin hafif olarak etkilendiği, davranışlarında önemli derecede değişiklik olmadığı söylenebilir. Bu miktar dört şişe biraya çıktığında, muhakeme ve karar verme yeteneğinin bozulduğu, reaksiyon verme bakımından yavaşlama, duyu yeteneklerinin değiştiği

[1] Burada alkol deyiminden "etil alkol (etanol)" kastedilmektedir. Sarhoşluk veren içeceklerdeki alkoldür. Renksiz, uçucu, yanıcı bir sıvıdır (C_2H_5OH). Genellikle İçinde % 0.5 den fazla alkol (etanol) bulunan ve keyif veren içkilere alkollü içecekler denilmektedir. Etanol, yakıcı tadda, berrak, renksiz, akıcı ve uçucu bir sıvıdır. (https://www.turkcerrahi.com/tip-sozlugu/etanol/, 14.06.2023).

[2] https://sozluk.gov.tr/, (14.06.2023).

[3] HANCI, İ. Hamit/AŞÇIOĞLU, Faruk/ARSLAN, Çetin/COŞKUNOL, Hakan/ŞİRİN, Hadiye/DENER, Yücel/ÜNVER, Yener/USER, Neşe Nur/KARAKÜLAH, Devrim/YAYLACI, Serpil/ALKAN, Nevzat/YÜKSEL, Nurhayat/İDİZ, Nuri/DÜLGER, Özden/AKTAY, Göknur/ÇOLAK, Ayfer, "Türk Ceza Yasasına Göre Alkollü Araç Kullanımının Güvenli Sürüş Yeteneğine Etkileri" Çalıştay Sonuç Bildirgesi", Adli Bilimler Dergisi, Ankara 2009.

gözlemlenmiştir. Bu miktarla kişiden kişiye değişiklik göstermekle birlikte 1.00 promil civarlarında alkollü, olduğu söylenebilir. Dört duble rakı ile kişinin alkollü olduğu dışardan fark edilebilir durumdadır, zira bedensel aktivite ile düşünsel faaliyet arasında bir koordinasyon söz konusu değildir. Bahsi geçen oranda alkol alımı kişinin 1.5 promil civarında alkollü olduğu şeklinde yorumlanabilir. 2.00 promilde ruhsal kontrolün ortadan kalktığı, 3.00 promilde konuşmada, görmede, bilinçte bozukluk gözlemlendiği belirtilmektedir.

B. Kanunda Belirtilen Promil Sınırları

Promil, kişinin kanundaki alkol oranına göre yapılan hesaplamaya göre, ne kadar alkollü olduğunun ifade edilmesinde kullanılan bir terimdir. Kişinin ne kadar alkol alırsa, hangi yaptırımla karşı karşıya kalacağını önceden öngörebilmesi, bilebilmesi için, kanunun açık ve net olması, kanunilik ilkesinin de gereğidir. Bu nedenle kanun koyucu da Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. Maddesine 6487 Sayılı Kanun'la 2013 yılında yapılan değişiklik[4] ile yapılan tespit sonucunda 0.50 promilin[5] üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında idari para cezası ve sürücü belgesinin 6 ay süreyle geri alınacağı belirtilmiştir. İkinci sınır, 1.00 promildir. Karayolları Trafik Kanunu'nun md. 48/6 fıkrasında, yapılan tespit sonucunda kişinin 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğunun anlaşılması halinde ayrıca Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanacağından bahsedilmektedir.

Çalışmamız alkol kullanımı üzerinden devam etmekle birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde aldığı tespit edilen sürücüler bakımından da Karayolları Tarik Kanunu'nda idari para cezası öngörülmesi ve sürücü belgesi beş yıl süreyle geri alınacağı da belirtilmelidir. Bu kişiler hakkında da yine ayrıca Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Diğer taraftan sürücüler, alkollü olup olmadıklarını ya da uyuşturucu madde alıp almadıklarını tespit etmek isteyen kolluk görevlilerinin teknik cihazlar kullanmasını kabul etmezse, yani halk arasındaki tabirle "alkolmetreye üflemezse", idari para cezası yaptırımı ile karşı karşıya kalacaklar ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınacaktır.

Özetlemek gerekirse,

hususi otomobil sürücüleri bakımından **0.21 promil** ve üzeri alkollü olduğu tespit edilenler diğer araçlar bakımından **0.50 promil**in üzerinde alkollü olduğu tespit edilenler	idari para cezası ve sürücü belgesinin altı ay süre ile geri alınması	Kazaya sebebiyet vermeleri halinde ayrıca TCK ilgili hükümleri uygulanır.
1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilenler	idari para cezası ve sürücü belgesinin altı ay süre ile geri alınması	Ayrıca TCK md. 179/3 hükmü uygulanır.

[4] Resmî Gazete Tarihi: 11.06.2013 Resmî Gazete Sayısı: 28674, Bazı Kanunlar İle 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, md. 19, (https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6487&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5. , 14.06.2023).

[5] Bu oran hususi otomobil sürücüleri bakımından 0.21 olarak uygulanmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus, söz konusu düzenlemenin Karayolları Trafik Kanunu'nda yer almasıdır. Kanun 48. Maddesi ile alkollü araç kullanmayı yasaklayarak bunu idari para cezası ve idari tedbirle yaptırıma bağlamıştır. Burada karşılığında idari yaptırım öngörülen bir kabahatten bahsedilmektedir. Diğer taraftan aynı davranış Türk Ceza Kanunu'nda bir suç olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu md. 179/3 hükmü ise; sadece "*Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi*" ibaresine yer vermiş herhangi bir promil sınırlamasından bahsetmemiştir. Yani, 0.50, 1.00 şeklinde belirtilen ve uygulanan promil sınırları, Türk Ceza Kanunu'nda değil, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca öngörülmüştür. Fakat ceza mahkemesi kararlarında da neredeyse istisnasız şekilde promil hesaplamalarından faydalanılarak mahkûmiyet hükümleri kurulduğu görülmektedir. Uygulamanın bu yönde gelişmesinde Karayolları Trafik Kanunu md. 48'de Türk Ceza Kanunu'na yapılan atıfların da etkisi yadsınamaz. Çünkü Karayolları Trafik Kanunu, özellikle 1.00 promil üzerinde alkol alanlar bakımından ayrıca TCK md. 179/3 uygulanır hükmüne yer vermektedir. Bu atıf hükmü ile, TCK md. 179/3 uygulamasında sürücünün 1.00 promil alkollü olması durumunda otomatik olarak (kanun metninde şart olarak belirtilmemiş olmasına rağmen) suç oluştuğu şeklinde bir yorum yapılmaktadır ki bu husus da dikkat edilmesi gereken ikinci bir nokta olarak aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

II. SÜRÜCÜNÜN ALKOLLÜ OLMASININ MEVZUATTA DÜZENLENİŞİ

Kanun koyucu, alkollü olduğu halde kişilerin araç kullanmalarının olası kazalara sebebiyet verebileceği, kaza olmasa dahi bu şekilde araç kullanılmasının trafik güvenliğini tehlikeye sokacağı gerekçesi ile bu davranışı yasaklamıştır. Yasağa uymama halini ise hem Türk Ceza Kanunu'nda bir suç ihdası ile hem de Karayolları Trafik Kanunu'nda bir kabahat düzenlemesi ile hüküm altına almış ve yaptırıma bağlamıştır.

İlk olarak TCK md. 179 metni ele alındığında; "trafik güvenliğini tehlikeye sokma" başlıklı suç karşımıza çıkar. Maddenin son fıkrasında alkol ya da uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişinin üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırıldığı görülmektedir. Suçun oluşumu için herhangi bir zarar ortaya çıkması aranmamakta, bu şekilde araç kullanılması genel olarak tehlikeli kabul edilmektedir. Bu suçtan mahkûmiyet hükmü kurulabilmesi için alkollü olmak yetmemekte, alınan alkolün emniyetli şekilde araç kullanmayı, aracı sevk ve idare etmeyi olumsuz etkileyecek bir durum yaratması da aranmaktadır. Ancak bu durumun matematiksel bir hesaplamasına dair sınırı madde metninde bulunmamaktadır. Ki zaten kişiden kişiye farklı etkiler doğuran alkol tüketiminin, sadece alınan alkol miktarı ile net şekilde hesaplanamayacağı da açıktır. Burada bilirkişi incelemesi, polis tutanakları, tanık beyanlarından yararlanılması gündeme gelir.

İkinci düzenleme, bu davranışı bir kabahat olarak kabul edip, idari yaptırıma bağlayan Karayolları Trafik Kanunu md. 48 hükmüdür. Hükümde öncelikle uyuşturucu madde almış veya alkollü olan sürücülerin trafiğe çıkmaları yasaklanmış, bu durumunda tespitinde kollukça teknik cihazlar kullanılacağı belirtilmiştir[6]. Madde metninde esasen iki sınır mevcuttur:

[6] Kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması hâlinde, ikinci fıkrada belirtilen muayeneye tabi tutulması zorunludur. Teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen bu sürücüler, en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır (md.48/ 3). Trafik kazası sonucunda kişinin ölmesi

a) 0.50 promil üstünde alkollü olan sürücüler her halükârda idari para cezası ile ve sürücü belgesini altı ay süre ile kaybetme yaptırımına uğrayacaktır. Fiil aynı zamanda suç oluştursa bile bu idari yaptırım ayrıca uygulanacaktır.

0.50 Promil olarak uygulanan bu sınır, hususi araç kullanıcıları içindir. Hususi otomobil dışındaki araçları kullananlar bakımından 0.21 promil alt sınırı geçerlidir.

b) 1.00 promilin üzerinde alkollü olan sürücüler hem Karayolları Trafik Kanunu'nun md. 48'de belirtilen idari yaptırımlarla karşılaşacak, hem de ayrıca TCK Md. 179/3 hükmüne göre ceza alacaktır.

Söz konusu promil sınırlarıın aşılması nedeni ile sürücü belgeleri alınan kişiler, bu davranışı tekrarlar ve yine alkollü şekilde araç kullanırlarsa; her defasında ödenen idari para cezası artacak ve sürücü belgesini geri alma süresi de uzayacaktır.

III. ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMA EYLEMİ VE NE BİS İN İDEM KURALI

"Ne bis in idem"[7] kuralı genel anlamıyla bir usul ilkesi olarak bir fiilden dolayı iki kez yargılama yapılmayacağını ifade etmekle[8] birlikte, kişinin iki kez yaptırımla karşı karşıya kalmasını engellediği için maddi ceza hukukunu da ilgilendirmektedir. Sadece ceza hukuku içinde değil, aynı eylemin farklı hukuk disiplinlerinde (vergi hukuku, idare hukuku gibi) de yaptırıma bağlanmış olması ihtimali durumunda da gündeme gelmekte ve tartışma konusu olmaktadır**.**

Çalışma konumuz olan alkollü araç kullanma davranışının hem kabahat hem de suç olarak iki farklı kanunda düzenlendiğini anlamaktayız. Yani alkollü iken sürücü sıfatı ile trafikte bulunmak davranışı, hem kabahat yönüyle hem de suç yönüyle, iki farklı kanunla yaptırıma tabi tutulmaktadır. Bu durum aynı eylemden dolayı iki kez yargılama yapılamayacağını belirten "non bis in idem" kuralına aykırılık teşkil eder şekilde görünebilir. Bu ilkenin bahsi geçen hükümlerle ihlal edilip edilmediği konusundaki görüşleri şu şekilde sıralanabilir:

Ceza yaptırımı ile idari yaptırım, yaptırımın amacı, hukuki türü, uygulama alanı, dayanakları, sebep ve sonuçları bakımından farklılık arz etmektedir[9]. Getiriliş amaçları farklı olduğu için ilgili yaptırımların ayrı

---

veya teknik cihaza üfleyemeyecek kadar yaralanmış olması hâlinde, üçüncü fıkra hükümlerine göre bu kişilerden kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır (48/4).

[7] Non bis idem ya da ne bis in idem "aynı şeyi ikilememe" anlamına gelmektedir. OTER, İlayda "Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanabilirlik Alanları İle İlgili Bir Sentez Çalışma", TAAD, Y.13, S.50, Nisan 2022, s. 142.

[8] TÖNGÜR, Ali Rıza: 'Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında "Ne Bis İn İdem" Prensibi' (2015) 19 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 341,243; OĞURLU, Yücel: 'Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi Ve Sorunu "Ne bis in idem" Kuralı' (2003) 52 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101, 103.

[9] GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: "İdari Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.18, S.3, Y.1963, s.214-215; HIZLI, Yılmaz: "Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu", Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1984, s.32; OĞURLU, Yücel, "İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma -İdari Ceza Hukuku Ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları", (Yargısal), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s.42-84; SANCAKDAR, Oğuz: "İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Ye-ri ve Türk Hukuku'ndaki Anayasal Temelleri", (İdari Cezalar), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.68-69; GÜÇLÜ, Yaşar: İdari Para Cezaları ve Diğer Yaptırımlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2010, s.21; KANGAL, T. Zeynel: Kabahatler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.184-185; ÖZEN, Mustafa: İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.11-12,19-24; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s.233; ERDİNÇ, Burcu: "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s.269.

ayrı uygulanması suretiyle, amaçlanan sonuçlara ulaşmak mümkün olabilecektir. Bu nedenle de eylem hem idari alanda kabahat hem de ceza alanında suç olarak nitelendirilmiş olabilir ve her bir nitelemeye uygun ayrı yaptırımlar uygulanabilir. Bu uygulama non bis in idem ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Zaten non bis in idem ilkesi aynı eylem sebebiyle birden fazla ceza verilmemesi anlamına gelir ve ceza hukukunda geçerlidir[10], idari yaptırımlarda geçerli değildir. Bu kuralın idari yaptırımlar bakımından geçerli olmamasının nedeni, ceza yaptırımları ile idari yaptırımların farklı amaçları olan farklı alanları düzenlemeleridir.

İkinci görüşte olanlar ise eylemle ihlalin unsurlarının aynı olmasının yeterli kabul edilmesi gerektiği yönünde olup bu ihlalle ilgili yalnız bir yaptırım uygulanması gerektiğini ifade etmektedirler[11]. Ceza yaptırımı ile cezasını çeken kişinin aynı eylem sebebiyle diğer bir yaptırımla karşı karşıya kalmasının, non bis in idem ilkesine aykırı olduğunu düşünmektedirler.

Ancak Kanun Koyucu, açık bir düzenleme ile eylem hakkında kabahat nitelendirilmesi yapılması ve idari yaptırım uygulanmasının, aynı fiilin suç olarak tanımlanması ve cezalandırılmasına engel olmayacağını belirtebilir[12]. Fakat birey açısından değerlendirildiğinde, tek bir hatalı eylemi sebebi ile hem idari yaptırıma hem de adli yaptırım olarak cezaya çarptırılmasının kanun koyucu tarafından engellenmesi gerektiği de ifade edilmektedir[13]

Konu ile ilgili Kabahatler Kanunu md. 15/3'te hüküm altına alınan kurala göre; "*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.*" Hükümle bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığı durumlarda, kanun koyucu ne bis in idem kuralını uygun olarak eylemin sadece ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, ayrıca kabahat uygulanamayacağı hüküm altına almıştır.

KK. 15/3 hükmü genel kural niteliğindedir. Buna göre bir fiil (alkollü araç kullanma), konumuzdaki gibi hem kabahat hem de suç olarak öngörülmüş ise, sadece TCK'da belirtilen (179/3) yaptırım uygulanması gerekir[14]. Ancak bu genel kurala kanun koyucu istisna getirebilir ki, bu istisnalardan birisi de Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. Maddesinde görülmektedir. Karayolları Trafik Kanunu md.48'de, alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında fiili bir suç oluştursa bile, idari para cezası öngörülmüş ve sürücü belgesinin alınmasından bahsedilmiştir. Benzer bir ifade ile belli promilin üstündeki alkol oranları için ayrıca TCK md. 179/3 hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Bu ifadelerle açıkça aynı

[10] OĞURLU, Yücel, "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış Ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 1999, syf.189.

[11] YARSUVAT, Duygun: "Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar", İÜFM, C.50, S.1-4, Y.1984, ss.153-177, s.171; KUNTER, Nurettin/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.114-119; ŞEN, Ersan: Çevre Ceza Hukuku, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994, s.204, 239-240, 242, 243, 249, 250.

[12] Bu konuda 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 27'nci maddesi "Bu kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idarî nitelikteki cezalar, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz." Hükmü örnek olarak gösterilebilir.

[13] Konu, 14. Uluslararası Viyana Ceza Kongresinde "Muhakemeye İlişkin Esaslar" başlığı altında alınan kararlar arasında yer almaktadır. Bahsi geçen durumunun yasal düzenlemelerle engellenmesi ve idarî yaptırımın yargısal kararla verilen cezadan mahsup edilmesi gerektiği belirtilmektedir. OĞURLU, Yargısal, s. 84.

[14] ÖNOK, s.187; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, Ankara 2017, s.204-205.

eyleme hem idari yaptırım hem de TCK uyarınca hapis cezası/ adli para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Mahkeme Heyeti, oy çokluğu[15] ile aşağıdaki gerekçeyle iptal istemini reddetmiştir[16].

"Hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan "aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)" ilkesi gereğince, kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılamaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, konu bakımından birbirine benzeseler dahi, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve "aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz" ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bu nedenle almış oldukları 1.00 promilin üzerindeki alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmalarına rağmen araç kullanan sürücülerin, idari para cezası yanında, ayrıca ceza yaptırımıyla da cezalandırılmalarını öngören kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır."

Yargıtay Ceza Dairesinin de verdiği kararlarda, Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yaparak, hüküm kurduğu görülmektedir[17]:

*"Anayasa Mahkemesi **idarî para cezaları** ile ilgili olarak, 'idarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdarî cezalar, idarî yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdarî cezalar arasında yer alan para cezaları da bu amaçla etkin ve yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. İdarî para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, onların idarî makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir' hükümlerine yer verildiği, **sanık hakkında verilen idari para cezası ile adli cezanın amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle, aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi gerekmekte olup, bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılmasının ise hukuk devleti ve "aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz" ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğinden,** mahkemece 1.63 promil alkollü olarak araç kullanarak trafik güvenliğini tehlikeye düşüren sanık hakkında TCK'nın 179/3. maddesi delaletiyle 179/2. maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken belirtilen gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi …"*

[15] "…ihlale karşı uygulanacak yaptırım "Non bis in idem" ilkesi gereği tek olmalıdır. Ceza yaptırımı ile cezalandırılan bir kişinin aynı eylem nedeniyle ikinci bir yaptırıma maruz bırakılması "Non bis in idem" ilkesine açık aykırılık oluşturacaktır." İfadeleriyle Serruh Kaleli karşo oy gerekçesini açıklamıştır. (https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/24?EsasNo=2014%2F124&KararNo=2015%2F24, 07.06.2023).

[16] AYM'nin 05/03/2015 tarih ve E:2014/124, K:2015/24 sayılı kararı, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/24?EsasNo=2014%2F124&KararNo=2015%2F24, 07.06.2023).

[17] T.C. Yargitay 12. Ceza Dairesi'nin 31.5.2022 tarih ve E: 2020/6254, K: 2022/4262 sayılı kararı, https://kararara ma.yargitay.gov.tr/, 07.06.2023).

IV. UYGULANAN YAPTIRIMLAR

A. Uygulanan İdari Yaptırımlar

Karayolları Trafik Kanunu'na göre; idari yaptırım uygulanabilmesi için iki alt sınır öngörülmüştür. Bunlardan ilki 0.50 promil olarak hususi araçlar için geçerli iken; diğer araçlar bakımından 0.20 promil sınırı esas alınacaktır. Kanundaki ifadelere göre:

0.50 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında, fiili bir suç oluştursa bile, 700 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi altı ay süreyle geri alınır.

Alkollü olarak araç kullanma nedeniyle sürücü belgesi geri alınan kişi, son ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde; ikinci kez aynı suçu işlemesi halinde, 877 Türk Lirası idari para cezası alır ve sürücü belgesine iki yıl süreyle el konulur.

Üçüncü kez alkollü şekilde araç kullandığı tespit edilen sürücüye, 1.407 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi beş yıl süreyle geri alınır.

2023 yılı için ödenecek rakamlar şu şekildedir[18]:

İlk kez alkollü olarak araç kullanma	4.064 TL idari para cezası + 6 ay süre ile sürücü belgesinin alınması
2. Kez alkollü araç kullanma	5.096 TL idari para cezası + 2 yıl süre ile sürücü belgesinin alınması
3. Kez alkollü araç kullanma	8.190 TL idari para cezası + 5 yıl süre ile sürücü belgesinin alınması

Bu maddeye göre belgeleri;

1) İki yıl süreyle geri alınan sürücüler sürücü davranışlarını geliştirme eğitimine,

2) Beş yıl süreyle geri alınan sürücüler ise psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulurlar.

Yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanacaktır.

Buraya kadar bahsi geçen idari para cezaları ve idari tedbirler, rutin alkol muayenesi ile karşılaşıldığında ortaya çıkmaktadır. Bunun haricinde hususi otomobil sürücüleri bakımından 0.50 promilin, diğer araç sürücüleri bakımından 0.20 promilin üzerinde alkollü olan sürücülerin trafik kazasına sebebiyet vermesi hâlinde, ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

[18] http://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/03-Mevzuat/2023_yili_Trafik_Ceza_Rehberi.pdf, 14.06.2023).

B. Uygulanan Cezalar

TCK md. 179/3 düzenlemesine göre; "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." İkinci fıkra hükmünde öngörülen ceza ise, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır.

Hükümde herhangi bir promil sınırından bahsedilmemiş olsa da, KK. Md.48 atfıyla 1.00 promil ve üstü alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında, otomatik olarak TCK md. 179/3 hükmünün uygulandığı görülmektedir. Bu uygulamanın temelinde Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nun istikrarlı raporları bulunmaktadır. Adli tıp Kurumuna göre[19];

"*alkollü bir şekilde trafikte seyreden bir sürücünün alkol konsantrasyonu hangi seviyede olursa olsun* ***bireysel farklılıklar göstermekle birlikte*** *trafik güvenliği açısından değişen derecelerde risk oluşturabileceği, ancak bu durumun tehlike arz edecek düzeyde olup olmadığı, dolayısıyla sürücünün tesiri altında bulunduğu alkol seviyesinde araç kullanması halinde, güvenli sürüş yeteneğini kaybedip etmediği, bireyin o andaki sürüş ehliyetini belirleyebilecek dikkat, algı, denge, refleks, psikomotor ve nöromotor koordinasyon gibi nörolojik, nistagmus, akomadasyon, görme gibi oftalmolojik ve genel durumunun tespitine yönelik detaylı dahili muayenesine yönelik tıbbi verilerin değerlendirilmesi ile mümkün olabileceği, ancak böyle bir tespit yapılmamış olsa bile bireysel farklılıkları da elimine edebilecek şekilde* ***100 promilden yüksek olarak saptanan alkol düzeyinin, güvenli sürüş yeteneğini kaybettireceğinin bilimsel olarak kabulü gerektiği anlaşılmakla"*** şeklindeki ifadelerle, 1.00 promilden yüksek olan sürücülerin güvenli sürüş yeteneklerinin kaybettiklerinin kabulü ile md. 179/3'te belirtilen suçun oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Burada sorunlu nokta, 1.00 promil üstü alkollü olan sürücülere, alkolün kişiden kişiye farklı etkileri yaratabileceği gerçeği ile birlikte; hiç bir şekilde suçun oluşumunun aksini iddia etme ve kanıtlama olanağı tanınmamış olmasıdır. Doktrinde bu uygulamanın kanuni karineye dönüşmüş olması, haklı olarak eleştirilmektedir[20].

TCK md. 179/3 uyarınca verilen ceza miktarına göre şu sonuçlara ulaşılabilir:

Hükümde hapis cezasının üst sınırı 2 yıl olarak belirtildiği için görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir.

CMK md. 250'de sayılan suçlardan birisi olduğu için seri yargılama usulü uygulanacaktır. CMK md. 250'de sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesiyle yürütülen soruşturma sonunda, suçun işlendiği konusunda kamu davası açmayı gerektirecek yeterli şüphe nedeni bulunması ve şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmemesi halinde Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye seri muhakeme usulünün uygulanması teklif edilmelidir. Seri muhakeme usulünün şüpheli tarafından kabul edilmesi halinde, uygulanacak yaptırım TCK m. 61'deki ilkelere göre Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenecektir. Belirlenen yaptırımın ve seri muhakemenin uygulanması, Cumhuriyet savcısı tarafından

[19] Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 8.6.2016 tarihli E: 2016/3381, K: 2016/9737 sayılı kararı, T.C. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 27.12.2022 tarihli, E: 2020/9826, K: 2022/10770 sayılı kararı.

[20] TÜRAY, Aras: "Alkollü Araç Kullanmak Suretiyle Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Bakımından Mutlak Karine Sisteminin Değerlendirilmesi", Suç ve Ceza Dergisi, Yıl: 2016, Sayı: 1-2, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 131 – 182.

düzenlenecek olan talepnameyle Asliye Ceza Mahkemesi'nden istenecektir. Mahkemenin talepnameyi onaylaması halinde, hüküm kurulmaktadır.

Karar verilen sonuç ceza 2 yıldan az olacağı için CMK md. 231 hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve TCK md. 51 hapis cezasının ertelemesi gündeme gelebilir.

Eğer karar verilen hapis cezası kısa süreli olursa (1 yıl ve daha az) TCK md. 50 uyarınca hapis cezasının adli para cezasına ya da diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi de mümkün olabilir.

Ancak eğer kişi alkollü iken trafik kazasına sebebiyet vermis ise, hem alkollü olmak eylemi ile md. 179/3 hükmünü hem de duruma göre mala zarar verme, taksirle yaralama veya taksirle öldürmeye dair hükümleri de ihlal etmiş olacaktır.

Bir eylemle birden fazla hükmün ihlal edilmesi durumunda doktrindeki baskın görüş, fikri içtima kuralı gereğince; cezası ağır olan suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği yönündedir.

Bunun yanında tehlike suçu ile zarar suçu birlikte oluştuğundan burada asli norm olarak zarar suçu uygulanmalıdır şeklinde ifade edilen Yargıtay kararları da mevcuttur.

«*Yönetimindeki otomobille bölünmüş yolda ters istikamete girerek katılan K.'ın sevk ve idaresindeki otomobile çarpıp, mağdurların etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanmalarına sebebiyet vermek suretiyle kazaya karışan ve 3.41 promil alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği ve dolayısıyla atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının oluştuğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı,* ***ancak bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın, 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi uyarınca*** *61. madde de nazara alınmak suretiyle yalnızca taksirle yaralama suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden...".*

«Trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarından açılan kamu davasında yapılan yargılama sonunda her iki suçtan sanığın mahkumiyetine karar verilmiş ise de, TCK'nın "Trafik güvenliğini tehlikeye sokma" başlıklı 179/2.maddesinde alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle emniyetli bir şekilde ... sevk ve idare edemeyecek olan kişinin ... kullanma hâlinin suç olarak düzenlendiği, maddede belirtilen suçun tehlike suçu olduğu, somut olayda ise bir kişinin yaralanmış olması sebebiyle zarar suçunun oluştuğu, Dairemizin yerleşik uygulamasına göre; ***tehlikeli eylemin zarara yol açması ve her iki suçun birlikte işlenmesi halinde sanığın hangi suç nedeniyle cezalandırılacağı belirlenirken, suçlar için Kanunda öngörülen cezaların ağırlığının değil, zarar suçu-tehlike suçu ölçütünün esas alınması suretiyle, sanığın taksirle yaralama suçundan cezalandırılmasının mümkün olduğu ahvalde sadece taksirle yaralama suçundan cezalandırılması,*** *ancak kovuşturma şartı olan şikayetin gerçekleşmemesi, şikayetten vazgeçilmesi veya uzlaşma nedeni ile taksirle yaralama suçundan cezalandırmanın mümkün olmadığı ahvalde ise, sanığın TCK'nın 179.maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan cezalandırılması gerektiği, somut olayda sanığın taksirle yaralama suçundan cezalandırıldığı gözetildiğinde, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan ''hüküm kurulmasına yer olmadığına'' kararı verilmesi yerine bu suçtan, sanığın mahkumiyetine karar verilmesi; hukuka aykırı bulunmuştur.»*[21]

[21] Yargıtay Kararı - 12. CD., E. 2021/9751 K. 2023/404 T. 14.2.2023

C. Yaptırımlara Karşı Başvuru Yolları

İdari yaptırımlar idari işlem olmaları sebebi ile kural olarak idari yargı denetimine tabi olmalıdır. Ancak kanun koyucu bu konuda açıkça görevlendirme yaparsa adli yargı görevli olacaktır[22].

Kabahatler Kanunu md. 27/1' e göre: İdari para cezalarına karşı 15 gün içinde sulh ceza hâkimliklerine başvurulabilir[23]. Ayrıca Kabahatler Kanunu md. 27/8'de *"İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür*." hükmü yer almaktadır.

Yine Kabahatler Kanunu'nda "Saklı tutulan hükümler" başlıklı 19. Maddede,

"*Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için;*
a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi,
b) İşyerinin kapatılması,
c) Ruhsat veya ***ehliyetin geri alınması,***
d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması, gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılıncaya kadar saklıdır. ibarelerine yer verilmektedir.

Sürücü belgelerinin geri alınmasında ve iptalinde yetkiyi düzenleyen Karayolları Trafik Kanunu md. 112'ye göre ise; sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline sulh ceza mahkemeleri karar verir, hükmü bulunmaktadır.

Uygulamada idari para cezasının iptali ile sürücü belgesinin geri alınması talebinin hangi yargı yolunda çözümleneceği hususunda duraksamalar yaşanmış ve konu uyuşmazlık mahkemesine kadar taşınmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi 2022 tarihli kararında, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/5. madde ve fıkrası uyarınca verilen idari para cezası ile sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı yapılan itirazın, aynı Kanun'un 112. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir[24].

SONUÇ

Trafiğin güven içinde akışı için kanun koyucu tarafından öngörülen kurallar kimi zaman suç, kimi zaman kabahat yönüyle karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucunun cezalandırma yetkisi ve tekili içinde

[22] Nitekim AYM'nin ilgili bir kararına bkz.: "…kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İdarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir….", AYM, E.2017/178, K.2018/82, K.T.11.07.2018.

[23] Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin bir kararına bkz.: "…davanın idari para cezasına karşı açılan kısmının görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu açık olup…", UM., E.2015/626, K.2015/754, K.T.30.11.2015.

[24] UYM.HB. E.2021/811 K.2022/18 KARAR TR: 31/01/2022

izlediği suçla mücadele politikasında bu tercihi, kural ihlali yapan vatandaşı idari para cezası, idari tedbir ya da özgürlüğü bağlayıcı ceza ile karşı karşıya getirebilmektedir. Alkollü araç kullanma eylemi de günlük hayatta ne yazık ki sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

Sürücünün ne kadar alkollü olduğunu bilimsel şekilde hesaplamaya yarayan promil terimi ile kanun koyucu bazı sınırlar belirlemiş ve bu sınırların aşılması halini idari para cezası ve sürücü belgesinin geri alınması yaptırımına bağlamıştır. Alkollü olma halinin sürücüyü, güvenli şekilde araç sevk ve idare edemeyecek duruma getirmesi söz konusu olduğunda ise, herhangi bir zarar ortaya çıkmamış olsa dahi TCK md. 179/3'te düzenlenen suç oluşacaktır. İki farklı kanunda farklı tür yaptırımlara bağlı kılınan aynı davranışın hem idari para cezası hem hapis veya adli para cezası ile cezalandırılıyor olması Anayasa Mahkemesi Kararıyla da belirtildiği üzere ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Buradaki asıl sorun Karayolları Trafik Kanunu'nda belirlenen sınırın suç oluşumu bakımından da aksi iddia edilemeyen bilimsel bir gerçek olarak güvenli sürüş yeteneğinin kaybı noktasında mutlak olarak uygulanıyor olmasıdır. Kolluğun kullandığı teknik cihazların güvenilirliği, vücuttan kan, tükürük vb. örnek alınması konusu ise başkaca başlıklarda çalışılması gereken diğer problemlerdir.

KÜRESELLEŞMENİN BİR SONUCU OLAN ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN VERGİLENDİRİLMESİ VE ASGARİ ORANLI KURUMLAR VERGİSİ UYGULAMASI

Arş. Gör. Sude Sönmez*

ÖZET

Çok uluslu şirketler, merkezinin yer aldığı ülke dışında üretim veya hizmet tesislerine sahip olan veya bunları kontrol eden şirketler olarak tanımlanabilecektir. Küreselleşme süreci ile sermayenin kolay hareket etme kabiliyetinin artması çok uluslu şirketlerin aralarındaki rekabeti arttırmıştır. Bu durum ise şirketlerin karlarını arttırmak için üretim faktörlerini yüksek vergili ülkelerden düşük vergili ülkelere yoğunlaştırmalarını sağlamıştır. Bu süreç içerisinde ülkelerin vergileme alanında birbiri ile olan bağlılıkları artmış ve vergi sistemleri küreselleşmeye açık hale gelmiştir. Tüm bu gelişmeler neticesinde çok uluslu şirketlerin yaygınlaşması aynı zamanda bu tip şirketlerin vergilendirilmesi konusunu da önemli hale getirmiştir. Bu durum ise ülkeler arasında yatırımı ve ticareti bozma riski taşıyan zararlı vergi rekabeti ve vergi tabanlarında aşınma gibi sorunlara neden olmuştur. OECD ise bu kapsamda 1990 yılından itibaren vergi kaçakçılığı ve kurumlar vergisinden kaçınmaya ilişkin çözüm yöntemlerine öncülük etmiştir. Bu kapsamda geliştirilen yöntemlerden birisi de küresel asgari oranlı kurumlar vergisi uygulamasıdır. Oranı %15 olarak belirlenen asgari kurumlar vergisi, esasen bütün ülkelerin uygulamak zorunda olduğu asgari bir vergi olmayıp; çok uluslu şirketlerin kazançlarını elde ettiği ana ülkede uygulanacak ilave bir vergi yükümlülüğü şeklindedir. Küresel asgari kurumlar vergisi uygulamasının hayata geçmesiyle, çok uluslu şirketlerin, kazançlarını daha düşük vergi oranı uygulayan vergi cenneti ülkelere taşıması engellenebileceği ve çifte vergilendirme sorununun önüne geçilebileceği düşünülmektedir. Türkiye açısından; merkezi veya işyeri Türkiye'de olmayan küresel şirketlerin, Türkiye'deki kazançlarının vergilendirilmesi ile birlikte önemli bir gelir kaynağı olacağı da söylenebilecektir. Çalışma kapsamında; öncelikle çok uluslu şirket kavramı ve vergi sistemlerine olan etkisi kısaca incelenecek ardından küresel asgari kurumlar vergisinin tarihi süreci, amacı ve işleyişinden bahsedildikten sonra önüne geçilebileceği amaçlanan sorunlar hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Küreselleşme, Çok Uluslu Şirket, Asgari Kurumlar Vergisi.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, sdsonmez@ankara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0867-0776.

TAXATION OF MULTINATIONAL COMPANIES AS A RESULT OF GLOBALIZATION AND MİNİMUM RATE CORPORATE TAX APPLICATION

ABSTRACT

Multinational companies can be defined as companies that own or control production or service facilities outside the country in which they are headquartered. The increase in the ability of capital to move easily with the process of globalization has increased the competition between multinational companies. This situation has enabled companies to concentrate their production factors from high-tax countries to low-tax countries in order to increase their profits. During this process, the interconnectedness of countries in the field of taxation has increased and tax systems have become open to globalization. As a result of all these developments, the proliferation of multinational companies has also made the issue of taxation of such companies important. This situation has caused problems such as harmful tax competition and erosion of tax bases, which risk disrupting investment and trade between countries. In this context, OECD has pioneered solution methods for tax evasion and corporate tax avoidance since 1990. One of the methods developed in this context is the application of global minimum rate corporate tax. The minimum corporate tax, whose rate is set at 15%, is not actually a minimum tax that all countries must apply; It is in the form of an additional tax liability that will be applied in the main country where multinational companies earn their profits. It is thought that by implementing the global minimum corporate tax, multinational companies can be prevented from moving their earnings to tax haven countries that apply lower tax rates and the double taxation problem can be prevented. For Turkey; It can also be said that global companies whose headquarters or workplace are not in Turkey will be an important source of income with the taxation of their earnings in Turkey. Scope of work; First of all, the concept of multinational company and its impact on tax systems will be briefly examined, and then, after mentioning the historical process, purpose and functioning of the global minimum corporate tax, evaluations will be made about the problems that can be prevented.

Keywords: Globalization, Multinational Corporation, Minimum Corporate Tax.

GİRİŞ

Küreselleşmenin net bir tanımı bulunmamakla birlikte; sınırötesi hareketliliğin varlığı ve ekonomik bütünleşmelerin varlık kazanmaya başlaması, devletler ve toplumlar arasında iletişim ve etkileşimin artması ve devletlerin birbirlerine daha bağımlı hale gelmeleri durumlarını kapsadığı söylenebilecektir. Küreselleşmenin en önemli aktörlerinden birisi olan çok uluslu şirketler ise küreselleşme sürecine yön veren bir konumdadır. Çok uluslu şirket, en az bir üretim birimi yabancı ülkede olan doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının biri türü olan şirket olarak ifade edilebilecektir. Küreselleşme süreci ile sermayenin kolay hareket etme kabiliyetinin artması çok uluslu şirketlerin aralarındaki rekabeti arttırmıştır. Bu durum ise şirketlerin karlarını arttırmak için üretim faktörlerini yüksek vergili ülkelerden düşük vergili ülkelere yoğunlaştırmalarını sağlamıştır. Bu süreç içerisinde ülkelerin vergileme alanında birbiri ile olan bağlılıkları artmış ve vergi sistemleri küreselleşmeye açık hale gelmiştir. Tüm bu gelişmeler neticesinde çok uluslu

şirketlerin yaygınlaşması aynı zamanda bu tip şirketlerin vergilendirilmesi konusunu da önemli hale getirmiştir. Bu durum ise ülkeler arasında yatırımı ve ticareti bozma riski taşıyan zararlı vergi rekabeti ve vergi tabanlarında aşınma gibi sorunlara neden olmuştur. OECD ise bu kapsamda 1990 yılından itibaren vergi kaçakçılığı ve kurumlar vergisinden kaçınmamaya ilişkin çözüm yöntemlerine öncülük etmiştir[1]. Bu kapsamda geliştirilen yöntemlerden birisi de küresel asgari oranlı kurumlar vergisini uygulaması olmuştur.

Nihayetinde OECD, Aralık 2021 tarihi itibariyle küresel GSYİH'nin %90'nından fazlasını temsil eden aralarında ABD, Hindistan, İngiltere, Almanya ve Çin'in yer aldığı 137 ülkenin "Ekonominin Dijitalleşmesinden Kaynaklanan Vergi Sorunlarının Giderilmesine Yönelik İki Sütunlu Çözüm Beyanı"na (Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy) imza attığını bildirmiştir. Oranı %15 olarak belirlenen asgari kurumlar vergisi, esasen bütün ülkelerin uygulamak zorunda olduğu asgari bir vergi olmayıp; çok uluslu şirketlerin kazançlarını elde ettiği ana ülkede uygulanacak ilave bir vergi yükümlülüğü şeklindedir. Küresel asgari kurumlar vergisi uygulamasının hayata geçmesiyle, çok uluslu şirketlerin kazançlarını daha düşük vergi oranı uygulayan vergi cenneti ülkelere taşıması engellenebileceği ve çifte vergilendirmenin önüne geçileceği öngörülmekte olup çalışma kapsamında öncelikle kurum, kurumlar vergisi, çok uluslu şirket kavramları üzerinde durulacak ardından ise çok uluslu şirketlerin küresel asgari oranlı kurumlar vergisi ile olan ilişkisi kapsamında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. KURUM VE KURUMLAR VERGİSİ KAVRAMLARI

Fransızca "compagnie" kelimesinden dilimize geçen kurum sözcüğü[2], *"Evlilik, aile, ortaklık, mülkiyet gibi köklü bir yapıyı içeren, genellikle devletle ilişkisi olan yapı veya birlik, müessese[3]"* anlamına gelmektedir. İngilizcede "Corporation" olarak ifade edilen kurum sözcüğü, "bir organizasyon, onu yöneten kişilerden ayrı bir varlığı olan işletme[4]" olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte Almancada kurum sözcüğü, "Körperschaft" olarak ifade edilmiştir. Fransızcada kurum sözcüğü aynı zamanda şirket anlamında da kullanılmakla birlikte; İngilizcede şirket sözcüğü ayrıca "company" Almancada ise "Gesellchaft" olarak ifade edilmiştir. Kurum kelimesi dilimize Fransızcadan geçmiş olmasına rağmen, İngilizce ve Almanca da olduğu gibi şirket ve kurum sözcükleri birbirinden ayrı olarak varlık göstermiş olup kurum sözcüğü şirket kavramına göre daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Hukuki anlamda kurum kavramını tanımlayacak olursak; kişi veya kişilerin mal ve hizmetleri ile sermayelerini koyarak kurallara uygun şekilde oluşturdukları ekonomik bir birim olarak nitelendirebiliriz.

Kurumlar vergisi ise, iktisadi faaliyetleri neticesinde kazanç elde eden kurumların toplam safi kazançları üzerinden alınan objektif, dolaysız bir vergidir[5]. Konularına göre yapılan bir vergi sınıflandırmasında kurumlar vergisi gelir üzerinden alınan vergiler grubunda yer almakta olup gerçek

[1] "OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project Addressing The Tax Challenges Arising From The Digitalisation Of The Economy", https://www.oecd.org/tax/beps/brochure-addressing-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf. (Erişim Tarihi: 08.11.2022).
[2] SEYİDOĞLU, Halil: Ekonomik Terimler: Ansiklopedik Sözlük, Güzem Yayınları, Ankara, 1992, s. 508.
[3] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 07.11.2022)
[4] Cambridge Dictionary, https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/corporation (Erişim Tarihi: 07.11.2022)
[5] TURHAN, Salih: Vergi Teorisi ve Politikası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 149.

kişilerin gelirleri gelir vergisi kapsamında vergilendirilirken, kurumlar vergisinde ilgili yasa kapsamında belirtilen kurumların kazançları vergilendirilmektedir[6]. Kurumlar vergisi literatürde farklı isimlerle de kullanılmış olup bunlardan biri Harberger'in kullanmış olduğu "Kurumların Gelir Vergisi" isimlendirmesidir[7]. Söz konusu isimlendirme az önce bahsettiğimiz kurumlar vergisinin konu itibariyle gelir üzerinden alınan vergiler grubuna girmesinden ve gerçek kişi olmayanların gelirini vergilendirmesinden kaynaklanmaktadır.

Kurumlar vergisine ilişkin tanım ya da nitelendirme yapılırken verginin mükellefinin tüzel kişiler olduğuna ilişkin bir yanılsama bulunmakla birlikte bu ifade tam olarak doğru değildir. Kurumların çoğu tüzel kişiliğe sahip olmakla beraber; kurumlar vergisinin bazı yükümlüleri tüzel kişiliğe sahip olmamakla birlikte vergi kapsamındadır[8]. Bununla birlikte; bazı kurumlar ise tüzel kişilikleri olmasına karsın kurumlar vergisi yükümlüsü değildir. Örneğin; kolektif ve adi komandit şirketler, onu meydana getiren ortaklardan ayrı tüzel kişilikleri olmasına rağmen kurumlar vergisi mükellefi sayılmamakta; ancak dernek ve vakıflara ait bazı kuruluşlar ile iş ortakları, tüzel kişilikleri olmadıkları halde kurumlar vergisi mükellefi olarak kabul edilmektedir[9].

II. KURUMLAR VERGİSİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Bilinen en eski vergiler servet ve harcamalara ilişkin olup; gelirin vergilendirilmesi diğer vergilere göre daha yakın tarihlere dayanmaktadır. Zira gerçek kişilerin gelirinin vergilendirilmesi ve özellikle kurumların gelirlerinin vergilendirilmesi sanayi devrimi sonrasında sanayi ve ticaretin yaygınlaşması ile gerçekleşmiştir[10]. Kurumlar vergisinin dünyadaki gelişimi sanayileşme ile paralel gerçekleşmiştir. 19. Yüzyılın sonlarına doğru sanayinin yaygınlaştığı ülkelerde farklı türdeki şirketlerin artması kurumlar vergisinin hayata geçmesi ile sonuçlanmış olup kurumlar vergisi gelir vergisinin tamamlayıcısı gibi düşünülmüştür. Kurumlar vergisinin gelişimi her ülkede aynı zamanda olmamış; sanayileşmeye bağlı olarak diğer ülkelere yayılmıştır[11].

Kurumlar vergisi genel olarak servet vergisinin başarısızlığı ve gelir eksikliği nedeniyle başvurulmuş bir tedbir olarak kendini göstermiştir. ABD'de, öncelikle şirket şeklinde kurulmuş banka ve sigorta teşebbüslerinden özel bir vergi olarak alınmış, ardından diğer faaliyet kollarına da uygulanmaya başlanarak zaman içerisinde genel bir nitelik kazanmıştır[12]. Zira ABD'de liberaller grubunun gelir ve kurumlar vergisini bir bütün halinde içeren kanun teklifi anayasaya aykırılık iddiası ile sonuçsuz bırakılmış ve bunun üzerine Kongre'den bir Kurumlar Vergisi Kanunu geçirilmiştir. Bu verginin oranı başlangıçta %1

[6] AKDOĞAN, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 14. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 417.
[7] HARBERGER, Arnold C., "The Incıdence Of The Corporatıon Income Tax", The Journal Of Polıtıcal Economy, Vol: LXX, Nu: 3, 1962, s. 215.
[8] NÖLL VON DER NAHMER, Robert: Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Band: 1, Westdeutscher Verlag, Köln, 1964, s. 142.
[9] MUTLUER, Kamil: DAYANÇ KUZEYLİ, Nilay: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 468.
[10] MUTLUER, DAYANÇ KUZEYLİ, s. 467.
[11] ŞEN, Hüseyin: SAĞBAŞ, İsa: Vergi Teorisi ve Politikası, Kalkan Matbaacılık, Ankara, 2016, s. 199.
[12] BULUTOĞLU, Kenan: "Kurumlar Vergisi Üzerine Bir Deneme", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası,* S: 20(1-4), 1962, s. 199.

olarak belirlenmiş[13] ve yaklaşık 20 yıl kadar gelir vergisinin tamamlayıcısı olarak kalmıştır [14]. I. Dünya Savaşından sonra ise ayrıca özel tarifeye sahip bağımsız bir vergi olarak kabul edilmiştir[15].

Dünya üzerinde ayrı bir tüzel kişiliği olan ilk şirket Hollanda'da Hint Okyanusunda ticaret ile uğraşan Hollanda şirketlerinin birleşmesi neticesinde 1602 tarihinde Hollanda Doğu Hindistan Şirketi (Vereenigde Oost-Indische Compagnie) adıyla kurulmuştur. Hollanda Doğu Hindistan Şirketi aynı zamanda tarihte bilinen ilk çok uluslu şirket olarak da gösterilmektedir.[16] Bununla birlikte: Avrupa'da ise kurumlar vergisini ilk uygulayan ülke Prusya'dır[17]. 1891 yılında gerçekleşen Prusya Gelir Vergisi Reformu ile kurumlar vergisi düzenlenmiş olup Prusya'daki bu vergileme şekli diğer Alman devletleri tarafından da benimsenmiştir[18]. Almanya'da kurumların vergilendirilmesi 19. yüzyılın ortalarında başlamakla beraber gelir vergisini gerçek olmayan kişilere uygulama durumu başlangıçta şiddetli eleştiriler alması nedeniyle başarısızlıkla sonuçlanmıştır[19]. 1920 yılında yapılan ikinci deneme sonucunda ise "Körperschaftsteuer" adıyla tüm tüzel kişileri kapsayan bir kurumlar vergisi uygulanmaya başlanmıştır[20]. İngiltere'ye bakıldığında ise 1937 yılına kadar gelir vergisinden ayrı bir kurumlar vergisine rastlanmamaktadır. Bu döneme kadar kurumlardan normal gelir vergisi (Regular or Normal Income Tax) ve dağıtılan kazançlarından ise "Ek Vergi" (Surtax) alınmıştır. 1920- 1924 yılları arasında uygulanan "Kar Vergisi" (Corporation Profit Tax) ile ilk kez ayrıca kurumlar, vergiye tabi tutulmuş; 1937 yılında ise "Milli Savunma Vergisi" (National Defence Contribution) ismiyle kurumlar vergilendirilmeye çalışılmıştır. Fakat uygulamaya konulan Milli Savunma Vergisinde, sermaye şirketleri ile birlikte gerçek kişilerin ticari gelirleri de vergilendirilmiştir. İngiltere'de gerçek anlamda kurumlar vergisi 1965 yılında "Finans Yasası" (The Finance Act) ile uygulanmaya başlanmıştır. Finans yasası ile şirket kazançları kurumlar vergisine tabi tutulurken, gelir vergisi kapsamında kar payları da vergiye tabi tutulmuştur[21].

Uzak doğuya bakıldığında ise; karşımıza öncelikle Japonya'da 578 yılında, dünya üzerindeki ayrı bir tüzel kişiliği olmayan en eski şirket Kongō Gumi Co. Ltd. (株式会社金剛組, Kabushiki Gaisha Kongō Gumi) çıkmaktadır. Şirket Japonya'nın her bölgesinde inşaat sektörünün tekeli haline gelmeye başlamış, 1.400 yılı aşkın süre kesintisiz faaliyet gösteren dünyanın bağımsız, en eski şirketi olarak bilinmekte olup Ocak 2006'da iflas etmiştir. Dünya üzerindeki en eski şirketin vatanı olmasına rağmen Japonya'da kurumlar vergisi 1894-1895 dönemlerindeki Çin-Japonya savaşının sonrasında savaş masraflarının karşılanabilmesi için gündeme gelmiştir. İlk olarak kurum kazançları ile temettü kazançları birbirlerinden ayrılmış ve bu

[13] COLM, Gerhard: Essays in Public Finance and Fiscal Policy, Oxford University Press, New York, 1955, s. 86.
[14] STUDENSKİ, Paul, "Toward a Theory of Business Taxation", Journal of Political Economy, Vol: XLVIII, Nu:5, 1940, s. 621.
[15] PECHMAN, Joseph: Federal Tax Policy, Brookings Institution Press, New York, 1971, s. 105.
[16] "Hollanda Doğu Hindistan Şirketi", https://tr.wikipedia.org/wiki/Hollanda_Do%C4%9Fu_Hindistan_%C5%9Eirketi (Erişim tarihi: 27.12.2022).
[17] BULUTOĞLU, *Kurumlar Vergisi,* s. 200.
[18] TURHAN, s. 150.
[19] TURHAN, s. 150.
[20] BULUTOĞLU, *Kurumlar Vergisi,* s. 200.
[21] ÇEÇEN, Muhammet: Küreselleşmenin Kurumlar Vergisi Politikası Trendleri Üzerine Etkileri: Gelişen Ülkelerden Kanıtlar 1989-2020, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Antalya, 2022, s. 10.

yıllara gelininceye kadar kurum gelirleri vergilendirilirken temettü gelirleri üzerinden ayrıca bir vergi alınmamıştır. Japon kurumlar vergisinin günümüzdeki hali ise 1920-1940 yılları arasında yapılan değişiklikler mümkün olmuştur[22].

Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk anonim şirketi ise Şirket-i Hayriye'dir[23]. Şirketin kuruluş amacı, batıda servet ve gelişmişliğin örneği olan anonim şirketlere bir örnek olmak -"Avrupa'ca büyük servet ve mamuriyeti mûcib olan ve anonim denilen şirket-i i'tibâriyyeler"- ve boğaziçi'nde oturan halkın şehre geliş gidişini kolaylaştırmaktır[24]. Şirket-i Hayriye, savaş döneminde orduya asker ve mühimmat nakli için vapurlarını tahsis etmiştir[25]. Cumhuriyetin ilanından sonra Ankara'nın başkent olması ile birlikte memurların İstanbul'dan Ankara'ya taşınmaları, Rumlar başta olmak üzere bir kısım gayrimüslimin ülkeden ayrılması İstanbul'un nüfusunu azaltmış ve dolayısıyla şirketin gelirleri de azalmıştır. Tüm bu olumsuzluklara II. Dünya savaşının ekonomik koşulları da eklenince 1943'te şirketin devlet tarafından satın alınması için başvurulmuş ve 20 Ekim 1944'te şirketin hükümetçe satın alınmasına karar verilmiş ve Şirket-i Hayriye bütün mal varlığıyla birlikte Devlet Denizyolları ve Limanları Umum Müdürlüğü'ne devredilmiştir[26]

Osmanlı'daki ilk anonim şirketin Şirket-i Hayriye olmasına karşın kurumlar vergisinin geçmişi şirket ile paralellik göstermemiştir. Osmanlı Dönemi'nde uygulanan vergiler, genel olarak şer'i vergilerden oluşmaktaydı ve yükümlüler arasında gerçek kişi tüzel kişi ayrımı bulunmamaktaydı. [27]. Kurumların vergilendirilmesine ilişkin bu döneme dair söylenebilecek olan vergi temettü vergisidir. 1907 yılında kabul edilen 1914 yılında yürürlüğe konulan temettü vergisinde, yükümlüler arasında gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılmamıştır[28]. Cumhuriyetin kabulünün ardından Temettü Vergisi kaldırılmış ve 1926 yılında Kazanç Vergisi Kanunu yürürlüğe girmiş olup kanun gereği gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın tüm ticari kazançlar vergilendirilmiştir[29]. Kazanç Vergisi Sistemi, sürekli olarak kanuna yapılan değişiklikler neticesinde oldukça karışık bir hal almış ve sistemin yeniden düzenlemesi ihtiyacı doğmuştur. Bu amaçla Kazanç Vergisi yerine Gelir ve Kurumlar Vergisi 1950 yılından itibaren uygulanmaya başlanmıştır[30]. Bundan böyle kurumların vergilendirilmesi kurumlar vergisine gerçek kişilerin vergilendirilmesi ise gelir vergisine bırakılmıştır[31].

III. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER

[22] ÖNDER, İzzettin: Japonya'da ve Türkiye'de vergi sistemlerinin gelişimi. Maliye Enstitüsü Konferansları (26. Seri, Yıl 1979/1980), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi, Maliye Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1980, s. 10-12.
[23] ŞENSOY, Fatma: "Şirket-İ Hayriye: Osmanlı Boğaziçi Taşımacılık Şirketi", Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, 2018, s. 240.
[24] ŞENSOY, s. 242.
[25] AKYILDIZ, Ali: "Şirket-i Hayriye", İslam Ansiklopedisi, C: 39, 2010, s. 202.
[26] AKYILDIZ, s. 203.
[27] BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 143.
[28] BÜYÜKÇULCU, Uğur: Kurumlar Vergisinin Şirketlerdeki Vergi Yükü Üzerine Bir Değerlendirme Isparta Örneği(Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Isparta, 2006, s. 32.
[29] BÜYÜKÇULCU, s. 32.
[30] BULUTOĞLU, *Kurumlar Vergisi,* s. 200.
[31] BULUTOĞLU, Kenan: Türk Vergi Sistemi, Çağlayan Kitabevi, İstanbul, 1967, s. 158.

A. Çok Uluslu Şirket Kavramı

Çok uluslu şirket kavramının henüz genel kabul görmüş bir tanımı olmamakla birlikte; en basit şekliyle çok uluslu şirket, en az bir üretim birimi yabancı ülkede olan doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının biri türü olan şirkettir[32]. Başka bir tanımlamaya göre ise; çok uluslu şirket, her birimi bulunduğu ülkede tescilli olan farklı devletlerin sınırları içerisinde faaliyetler gösteren yapıların tek bir ana ortağa (parent company) bağlı olduğu ve bu yapılar arasında sistemli ve uluslararası ekonomik faaliyetlerin gerçekleştiği şirkettir[33]. Raymond Vernon da çok uluslu şirketleri, farklı ülkelerde merkezileşen bir grup şirketin tek bir merkez altında ve ortak bir idari stratejiye tabi olarak birbirine bağlı olması olarak tanımlamıştır[34].

"Çok Uluslu Şirket" isimlendirmesinin ilk kullanımı 1960 yılında "Carnegie Institute of Technology on Management and Corporations" başlıklı bir çalışma sunan David E. Lilienthal'a atfedilmekte olup Lilienthal'e göre, çok uluslu şirket birden fazla ülkede o devletlerin ulusal hukuklarına da tabi olarak faaliyet gösteren ve bir ülkede merkezi olan şirketlerdir[35].

Birleşmiş Milletler de çok uluslu şirketler konusunda tanımlama yapma yoluna gitmiş ve 1970'li yıllarda çok uluslu şirket ile ulusötesi şirket tanımları arasında bir ayrım yapılması gündeme gelmiştir. Birleşmiş Milletlerin çok uluslu şirketlere ilişkin yürütmüş olduğu çalışmalar için oluşturulan Seçkin Kişiler Grubu (Group of Eminent Persons) Raporuna göre çok uluslu şirket, *"merkezinin yer aldığı ülke dışında üretim veya hizmet tesislerine sahip olan veya bunları kontrol eden şirketler"* olarak tanımlanmıştır[36]. Bununla birlikte rapor ile aynı yıl gerçekleşen 57. ECOSOC (BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi)'de bazı delegeler tarafından ulusötesi şirket kavramının kullanılması teklif edilmiş ve çok uluslu şirket kavramının tek uyruğu olmayan şirket için kullanılması gerektiği ifade edilmiştir. Zaman içerisinde Birleşmiş Milletler 'de genel kullanımın çok uluslu kullanımını da içine alacak şekilde "ulusötesi şirket" şeklini aldığı söylenebilir[37]. Bu kapsamda ulusötesi şirketler; *"hukuki biçimleri fark etmeksizin, birden fazla ülkede faaliyet gösteren bir şirket yahut iki veya daha fazla ülkede faaliyet gösteren ekonomik topluluklar"* şeklinde tanımlanmıştır[38].

Richard Robinson, çok uluslu şirketlerin tarihsel gelişimini inceleyerek kavram belirsizliği üzerine çalışmıştır. Bu kapsamda; "uluslararası şirket", "küresel şirket", "uluslarüstü şirket" kavramlarını tanımlamıştır. Uluslararası Şirket (International Companies), uluslararası piyasalarda faaliyette bulunan fakat yurt dışı yatırımları sınırlı olan şirket olup bu şirketlerin yönetimi merkez ülke vatandaşlarındadır. Küresel şirket (Global Companies), ana ülkesi olmadan faaliyetlerde bulunan, kararlarını küresel bir bakış

[32] STEİNBOCKOVA, Martina: "Multinational Corporations and Nation-State: Partners, Adversaries and Autonomous Actors?", Masaryk University in Brno Faculty Of Social Sciences Dıploma Thesıs, 2004, s. 14.
[33] SHAW, Malcolm: International Law, 8. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, s. 197.
[34] VERNON, Raymond: "Economic Sovereignty at Bay", Foreign Affairs, C: 47, No: 1, 1968.
[35] MUCHLİNSKİ, Peter: Multinational Enterprise And The Law, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2007, s 5.
[36] BM Seçkin Kişiler Grubu Raporu, "The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations", U.N. Doc. E/5500/Rev. I,1974, s. 25.
[37] MUCHLİNSKİ, s 6.
[38] Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi Kararı, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, "Ulusötesi Şirketlerin Ve Diğer Ticari Teşebbüslerin İnsan Haklarına İlişkin Sorumluluklarına Dair Normlar", 2003, para. 20.

açısıyla veren, yöneticileri çoğunlukla farklı milletlerden olan ve bu şekilde operasyonlarını bütünleştiren işletmelerdir. Uluslar üstü şirketler (Supranational Companies), daha çok uluslararası bir anlaşma ile kurulan, köken itibariyle hiçbir ülkeye tabi olmayıp uluslararası bir kuruluş nezdinde tescil edilerek bu kuruluşa bağlı olan işletmelerdir[39].

B. Çok Uluslu Şirketlerin Tarihsel Gelişimi

Çok uluslu şirketlerin geçmişi İngiltere'nin sömürgelerinde yapmış olduğu yatırımlar ile başlamış olup bu yatırımlar yabancı sermaye ile yapılan yatırımların başlangıcı olarak düşünülmektedir. Sanayi devrimine kadar olan süreçte devletlerin otoritesi uluslararası ticareti yönlendirmektedir. Çok uluslu şirketler I. Dünya Savaşından sonraki dönemde dış ticareti dengeleyici politikaların kaldırılması sonucu artmıştır. Sömürgecilik döneminde dış ülkelere yapılan yatırımlar tarım ve madenciliğe dayanırken, çok uluslu şirketlerin yaygınlaşmaya başladığı dönemde özellikle otomobil sanayine yapılmıştır. 1929 krizi sonrasında ellerinde stok bulunduran şirketler alternatif pazarlara açılmak zorunda kalmışlar ve bu sebeple de uluslararası ticaretin artışına neden olmuşlardır[40]. Çok uluslu şirketlerin günümüzdeki haline dönüşümü ise II. Dünya Savaşı sonrasına denk gelmektedir[41]. Bu anlamda dünyadaki ilk modern çok uluslu şirket 1950 yılında Alman işletmesi "Uni" ve İngiliz işletmesi "Lever Brothers" birleşmesi ile oluşan "Unilever" dir. Daha sonraki dönemde ise, Nestle, ICI (Imperial Chemical Industries), Philips ve Shell gibi günümüzün büyük işletmeleri de uluslu şirketlerin temelini oluşturmuştur[42]. Çok uluslu şirketlerin tarihsel gelişimi incelendiğinde teknolojinin ve küreselleşmenin yaygınlaşması ile paralel bir yol izlediği söylenebilecektir[43]. Buna ek olarak ülkelerin liberalleşme düşüncesi ile finansal serbestleşmeye ilişkin düzenlemeler yapmaları çok uluslu şirketlerin yayılmasına yardımcı olmuştur[44].

C. Küreselleşme ve Çok Uluslu Şirketlerin Artan Etkisi

Küreselleşme, eski bir geçmişi olmamakla birlikte geçmişe yönelik bir kapsamı olan[45] fakat ortak bir tanımı bulunmayan bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır[46]. Küreselleşmenin net bir tanımı bulunmamasına rağmen; sınırötesi hareketliliğin varlığı ve ekonomik bütünleşmelerin varlık kazanmaya başlaması, devletler ve toplumlar arasında iletişim ve etkileşimin artması ve devletlerin birbirlerine daha

[39] ROBİNSON, Richard.D.: " The Developing Countries, Development and Multinational Corporation", The Annals Of The American Academy Of Political And Social Science, C: 473, 1972, s. 68-70.
[40] KAYMAKÇI, Oğuz: "Küresel Ekonomide Çok Uluslu Şirketler Ve Türkiye'deki Yansımaları", CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C:11, S:1, 2013, s. 226-227.
[41] YILDIRIM, Nuri: Kapitalizmin Gelişim Aşamasında Yeni Aşama: Uluslararası Şirketler, Cem Yayınları, İstanbul, 1979, s.79.
[42] KAYMAKÇI, s. 229.
[43] Romeo Ionescu ve Raducan Oprea, Multinational Corporation and Global Economy, http://idec.gr/iier/new/3rd%20Panhellenic%20Conference/IONESCUOPREA%20%20MULTINATIONAL%20CORPORATIONS%20AND%20THE%20GLOBAL%20ECONOMY.pdf (Erişim Tarihi: 08.11.2022), s.3.
[44] MIYNAT, Mustafa: "Liberalizasyon Sürecinde Uygulanan İstikrar Politikalarının Gelir Dağılımına Etkisi (1980 Sonrası Türkiye Örneği)", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Manisa, 2003, s.14.
[45] ELLWOOD, Wayne: Küreselleşmeyi Anlama Kılavuzu, Metis Yayınları, İstanbul, 2002, s. 13.
[46] ZENGİNGÖNÜL, Oğul: Yoksulluk Gelişmişlik Ve İşgücü Piyasaları Ekseninde Küreselleşme, Adres Yayınları, Ankara, 2004, s. 12.

bağımlı hale gelmeleri durumlarını kapsadığı söylenebilecektir[47]. Küreselleşme kavramı daha çok ekonomik yanı olan bir kavram olarak görülmektedir. Bununla birlikte küreselleşme ekonomik yönü ağır basmasına rağmen; sosyal, kültürel ve politik yönleri de olan bir kavramdır[48]. Doktrinde daha çok desteklenen görüşe göre küreselleşme varlığını ve hâkimiyetini ekonomik yasalardan almakta olup küreselleşmenin ilk ve en önemli boyutu ekonomiktir[49].

Küreselleşme kavramının ekonomi ile bu kadar yakın değerlendirilmesinin sebebi tarihsel dinamiklerde yatmaktadır. Küreselleşmenin temel dinamikleri değişim ve yayılma olup ekonomiktir. Küreselleşmeye ilişkin ilk dalga denizcilikteki gelişmeler, telgrafın icadı ve demiryollarının icadı ile başlamıştır. Söz konusu ilerlemeler beraberinde uluslararası ticaretin yoğunlaşmasına, ülkelerin ulaşamadıkları yerlere ulaşarak daha fazla devletle ticari ilişki kurmasına zemin hazırlamıştır[50]. 1980 sonrasında ise teknolojinin de etkisiyle uluslararası rekabet oldukça fazla artmıştır. 1990'lı yılların devamında ise eski Doğu Bloku ülkelerinin ekonomik ve siyasi bir yıkım sürecine girmeleri söz konusu rekabeti daha da arttırmış ve bu ülkeler zamanla batı ülkelerine yaklaşmaya başlamıştır[51]. Küreselleşmenin ekonomik boyutunun daha çok ön plana çıktığı süreci de bu dönem olarak değerlendirebiliriz. Bu dönem itibariyle; ekonomik küreselleşme kavramı daha çok kullanılır hale gelmiştir[52]. Ekonomik küreselleşme ile dünyanın tek bir pazarda bütünleşmesi düşüncesi karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda ülkeler arasında mal, sermaye ve emek akışı artmış ve karşılıklı etkileşim yoğunlaşmıştır[53]. Küreselleşme sürecinde faaliyetlerin çokluluğu aynı zamanda aktörlerinde çokluğunu beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda karşılıklı ilişki ve etkileşimin yalnızca devletler arasında olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Küreselleşmenin aktörlerine devletler ile birlikte çok uluslu şirketler, uluslararası örgütler gibi aktörlerin eklenmesi beklenen bir gelişme olmuştur[54].

Küreselleşmenin aktörlerinden birisi olan çok uluslu şirketler ise etki alanları ve faaliyetleri ile küreselleşme sürecine yön veren ve hızlandıran bir konumdadır[55]. Çok uluslu şirketlerin ilk örneklerine ilk petrol şirketleri ve sömürge bölgelerindeki tarım işletmelerinde rastlanmaktadır[56]. Söz konusu örnekler ile birlikte 18. Ve 19. Yüzyıllarda Avrupa'daki güçlü devletlerin sömürgeleştirme ve ticari imtiyaz anlaşmaları imzalamaları ekonomik bütünleşme için önemli bir adım olarak nitelendirilebilecektir[57]. Aynı

[47] KIVILCIM, Fulya: "Küreselleşme Olgusu ve Çokuluslu Şirketlerin Küreselleşme Süreci Üzerindeki Rolü", Ekonomi Bilimleri Dergisi, C:5, No:2, 2013, s. 3.
[48] KIVILCIM, s. 3.
[49] SAĞLAM, Serdar: "Küreselleşmeye Yaklaşımlar", Genç Sosyal Bilim Forumu AGORA, S:13, 2007, s. 7.
[50] ORAN, Baskın: Küreselleşme ve Azınlıklar, İmaj Yayınevi, 4.Baskı, Ankara,2001, s. 5.
[51]CAN AKTAN, Coşkun: ŞEN, Hüseyin: "Globalleşme",1999, http://www.canaktan.org/canaktan_personal/canaktan-arastirmalari/degisim/aktan-sen- (Erişim Tarihi: 16.07.2023), s.12,
[52] SEYİDOĞLU, Halil: Uluslararası İktisat Teori Politika Ve Uygulama, Güzem Can Yayınları, İstanbul, 2003, s. 12-13.
[53] FİSCHER, Stanley: "Globalization and Its Challenges", American Economic Review, Vol: 93, No: 2, 2003, s. 2.
[54] KIVILCIM, s. 9-10.
[55] KİNSEY, Joanna: Marketing in Developing Countries, Mc-Millian Publishing, New York, 1998, s. 212.
[56] JESSUP, Philip C.: "The Subjects of Modern Law of Nations", *Michigan Law Review,* C: XLV, No: 4, Şubat 1947, s. 389.
[57] WİLKİNS, Mira: The Emergence of Multinational Enterprise: American Business Abroad From the Colonel Era to 1914, Harvard, Harvard University Press, 1970.

dönemde iletişim ve teknolojik olanakların gelişmesi ile de küreselleşme artan bir ivme kazanmıştır[58]. Küreselleşmede yaşanan bu artış ile birlikte; merkantalist düşünce de zayıflatmış ve devletler ülkelerine yatırım bulma konusunda yarışır hale gelmiştir[59]. Bu yarış ise beraberinde devletlerin ulusal mevzuatlarını çok uluslu şirketlerin işlerini kolaylaştıracak biçimde düzenlenmesi sonucunu doğurmuş ve yatırımları kısıtlayıcı engeller azaltılmış ve devletler arasında bir "dibe yarış"[60] başlamıştır[61].

Aynı zamanda, çok uluslu şirketlerin faaliyet alanlarını genişletmeleri ve ekonomik güçlerini arttırmaları küreselleşmenin hızlanmasına da katkı sağlayarak ikisi arasındaki ilişkinin karşılıklı olması sağlanmıştır[62]. Çok uluslu şirketlerin küreselleşmenin neticesi olarak devletler ile de karşılıklı ilişkisi bulunmakta[63] olup bu durum çok uluslu şirketlere uluslararası alanda büyük bir avantaj ve güç sağlamıştır. Bu kapsamda sonuç olarak çok uluslu şirketlerin küreselleşme ile birlikte ekonomideki yerinin ve öneminin arttığı söylenebilecektir[64].

D. Çok Uluslu Şirketlerin Vergi Sistemlerine Etkisi

Küreselleşme ile birlikte devletlerin vergi politikalarının dışsal etkileri diğer ülkeler üzerinde artmaya başlamış ve devletlerin bağımsız bir mali politika izlemelerini zorlaştırmıştır[65]. Küreselleşme aynı zamanda, sermayenin hareket kabiliyetini destekleyerek sermaye ve finans piyasalarının gelişmesini teşvik etmiş ve böylece vergileri modernize etmeye katkı sağlamıştır[66]. Küreselleşme süreci ile birlikte sermayenin kolay hareket etme kabiliyetinin artması çok uluslu şirketlerin aralarındaki rekabeti de arttırmıştır. Bu durum ise şirketlerin karları arttırmak için üretim faktörlerini yüksek vergili ülkelerden düşük vergili ülkelere yoğunlaştırmalarını sağlamıştır. Bu süreç içerisinde ülkelerin vergileme alanında birbiri ile olan bağlılıkları artmış ve vergi sistemleri küreselleşmeye açık hale gelmiştir. Tüm bu gelişmeler neticesinde çok uluslu şirketlerin yaygınlaşması aynı zamanda bu tip şirketlerin vergilendirilmesi konusunu da önemli hale getirmiştir[67].

Çok uluslu şirketlerin gelişmesi ile birlikte minimum tutarda vergi ödemek için geliştirmiş oldukları vergi planlamaları ülkeler arasında vergi rekabetine neden olmuş ve vergi oranları karşılıklı olarak

[58] HİGGİNS, Rosalyn: "International Law in a Changing International System", Cambridge Law Jounal, C: LVIII, No: 1, Mart 1999, s. 82.
[59] MALANCZUK, Peter: Modern Introduction to International Law, New York, Routledge, 1997, s. 102.
[60] Dibe yarış kavramına ilişkin açıklama ve çalışma ile olan ilgisi bir sonraki bölümlerde daha detaylı olarak ele alınacaktır.
[61] KORTEN, David: "Sustainable Development: A Review Essay", World Policy Journal, C: IX, No: 1, 1992, s.173.
[62] IETTO-GİLLİES, Grazia: "The Role of Transnational Corporations in the Globalisation Process", Handbook of Globalisation, Ed. J. Michie, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2003, s.144.
[63] JESSUP, s. 388.
[64] FELDMAN, David: "International Personality", Collected Courses Of The Hague Academy Of International Law, C: CXCI, 1985, s. 59.
[65] CAN AKTAN, Coşkun: VURAL, İstiklal Yaşar: "Vergi Rekabeti", Erciyes Üniversitesi İİBF Dergisi, S:22, 2004, s. 1.
[66] OECDa, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, OECD Publication, 1998, s. 13.
[67] CANBAY, Tülin: Dünyada Vergileme Anlayışındaki Değişim (Antikçağdan Günümüze), Dora Yayıncılık, Bursa, 2009, s.131.

indirilmeye başlanmıştır[68]. Vergi rekabetine ek olarak sermayeye tanınan kolaylıkların artması ile vergi yükü daha çok gerçek kişiler üzerinde kalmaya başlamış bu durum ise vergi adaletini zedeler hale gelmiştir[69]. Çok uluslu şirketlerin daha az vergi ödemek için geliştirmiş oldukları mekanizmalar mevcuttur. Bunlar, matrah aşındırması (base erosion), karın aktarılması (profit shifting), transfer fiyatlaması (transfer pricing) olarak ifade edilebilecektir.

Bir başka deyişle; çok uluslu şirketler vergi avantajı fazla olan ülkelere doğru faaliyetlerini taşımak suretiyle daha az vergi ödeme yolunu tercih etmekte olup bu durum vergi planlaması olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu vergi planlamaları çok uluslu şirketler açısından avantajlı olarak görülse de kimi zaman yerleşik oldukları kimi zaman da faaliyette bulundukları ülkeler açısından büyük gelir kayıplarına neden olmaktadır. Bu duruma verilebilecek en iyi örnek Çift İrlanda – Hollanda Sandviç (Double Irish - Dutch Sandwich) olarak ifade edilen uygulama örneğidir. Bu uygulama ile bir ülkede yerleşik olan çok uluslu şirketlerin fikri mülkiyet haklarını vergi cenneti ülkelerde yerleşik İrlandalı bir şirkete devretmesi söz konusudur. İrlandalı şirketin ise fikri mülkiyet konusunda Hollanda'da yerleşik başka bir şirkete alt lisans vermesi neticesinde Hollanda'daki şirketin vergi cenneti ülkedeki şirketin sahip olduğu İrlanda'daki başka bir şirkete alt lisans vermesi sonucu telif hakları nedeniyle ödenecek vergilerden kaçınılmakta ve kârların kurumlar vergisi düşük veya hiç olmayan vergi cenneti ülkelere aktarılması sağlanmaktadır[70].

Sonuç olarak; çok uluslu şirketler günümüzde faaliyet gösterdikleri ve kar elde ettikleri ülkelerde değil karların düşük vergilendirildiği veya hiç vergilendirilmediği ülkelere doğru bir yöneliş içerisindedirler[71]. Bu durum ise ülkeler arasında yatırımı ve ticareti bozma riski taşıyan zararlı vergi rekabeti ve vergi tabanlarında aşınma gibi sorunlara neden olmuştur. OECD ise bu kapsamda 1990 yılından itibaren vergi kaçakçılığı ve kurumlar vergisinden kaçınmamaya ilişkin çözüm yöntemlerine öncülük etmiştir[72]. Bu kapsamda geliştirilen yöntemlerden birisi de küresel asgari oranlı kurumlar vergisini uygulamasıdır.

IV. KÜRESEL ASGARİ ORANLI KURUMLAR VERGİSİ

A. Küresel Asgari Oranlı Kurumlar Vergisi'nin Ortaya Çıkışı

Dünyada kurumlar vergisi uyumlaştırması ve/veya küresel asgari bir oran uygulanması çalışmaları AB Komisyonu, OECD, G7/G20 gibi uluslararası kurumlar tarafından uzun yıllardır sürdürülmektedir. Avrupa Birliği Komisyonu tarafından Ocak 1991-Şubat 1992 tarihleri arasında Onno Ruding başkanlığında

[68] ÇELİKKAYA, Ali: "Globalleşmenin Neden olduğu Kurumlar Vergisi Reformları ve OECD Üyesi Ülkeler Üzerine Bir Değerlendirme", Maliye Dergisi, S:159, 2010, s.37.
[69] KAPLAN, Ersin:, "Çok Uluslu Şirketler Çerçevesinde Transfer Fiyatlandırması", Vergi Dünyası Dergisi, S:386, 2012, s.67.
[70] JONES, Chris: TEMOURİ, Yamai: COBHAM, Alex: "Tax Haven Networks And The Role Of The Big 4 Accountancy Firms", Journal of World Business, S: 53, 2018, s. 181.
[71] "OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project Addressing The Tax Challenges Arising From The Digitalisation Of The Economy".
[72] "OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project Addressing The Tax Challenges Arising From The Digitalisation Of The Economy".

yürütülen komisyon çalışmalarında üye ülkeler arasındaki vergilendirme farklılıklarının özellikle yatırım kararları ve rekabet açısından bozulmalara neden olup olmadığının araştırılması üzerine çalışma yapılmıştır. Çalışmanın sonuç raporunda üye ülkelerin vergilendirme rejimlerinde son yıllardaki yakınlaşmaya rağmen hala önemli farklılıkların olduğu ve bu farklılıkların hem mal hem de sermaye için iç pazarın işleyişini bozacağı belirtilmiştir. Çözüm olarak üye ülkelerin tek taraflı vergisel düzenlemeler yerine Topluluk düzeyinde ortak eyleme ihtiyaç olduğu belirtilerek kurumlar vergisi oranının tüm üyeler için %30 olarak uygulanması önerilmiştir[73].

OECD Mali İşler Komitesi (Committee on Fiscal Affairs) ilk defa Mayıs 1996 tarihinde zararlı vergi rekabetinin yatırım ve finansman kararları üzerindeki bozucu etkilerine ve ulusal vergi tabanları üzerindeki sonuçlarına karşı önlemler geliştirmesi için çalışma başlatmış ve bu çalışmanın sonucu olarak 1998 yılında "Zararlı Vergi Rekabeti: Yükselen Küresel bir Sorun" (Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue) adıyla bir rapor hazırlanmıştır. Raporda küreselleşme ile birlikte zararlı vergi rekabetinin "tercihli vergi rejimi" ve "vergi cenneti" şeklinde ortaya çıktığı ve bu uygulamaların ülkelerin vergi sistemlerini baskı altına aldığı vurgulanmıştır[74] .

Daha sonra, 2013 yılında G20 ülkelerinin çağrısı üzerine Matrah Aşındırması ve Kârın Aktarılmasına İlişkin Eylem Planı (Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting) ("BEPS") oluşturulmuş ve ekonominin dijitalleşmesi ile yerel şirketlerin çok uluslu işletmelere göre daha yüksek efektif vergi oranına maruz kaldıkları ifade edilmiştir[75].

2015 yılında Antalya'da düzenlenen G20 Zirvesi'nde "Matrah Aşındırması ve Karın Aktarılması (BEPS)" eylem planının uygulanması, izlenmesi ve sonuçlandırılması ile uluslararası vergi düzenlemesi yapılması kararlaştırılmıştır. Nihayet 2019 yılında BEPS kapsamında yapılan çalışmalarda çok uluslu işletmelerin fiziksel olarak bulunduğu ülke ile birlikte gelir elde ettiği ülkede de vergi ödemesi ve uluslararası asgari oranlı bir kurumlar vergisi uygulanması üzerinde çalışmalara başlanmıştır[76].

OECD, Aralık 2021 tarihi itibariyle küresel GSYİH'nin %90'nından fazlasını temsil eden aralarında ABD, Hindistan, İngiltere, Almanya ve Çin'in yer aldığı 137 ülkenin "Ekonominin Dijitalleşmesinden Kaynaklanan Vergi Sorunlarının Giderilmesine Yönelik İki Sütunlu Çözüm Beyanı"na (Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy) imza attığını bildirmiştir.

---

[73] "Conclusions And Recommendations Of The Committee Of İndependent Experts On Company Taxation", https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3104b077-5898-4e3e-acd6-3c7cc026d9a5/language-en/format-PDF/source-search, (Erişim tarihi: 01.11.2022)

[74] "Harmfull Tax Competition An Emerging Global Issue", https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en#page1 , (Erişim tarihi: 02.11.2022)

[75] "Taxation and Competition Policy", https://www.oecd.org/tax/taxation-and-competition-policy.htm, (Erişim tarihi: 08.11.2022)

[76] "OECD Leading Multilateral Efforts To Address Tax Challenges From Digitalisation Of The Economy", https://www.oecd. org/tax/beps/oecd-leading-multilateral-efforts-to-address-tax-challenges-from-digitalisation-of-the-economy.htm, (Erişim tarihi: 04.11.2022)

ABD Hazine Bakanı J. Yellen'ın Ocak 2021 tarihinde Senato'da düzenlenen panelde OECD/G20 ile birlikte uluslararası asgari oranlı bir kurumlar vergisi uygulanması üzerinde çalışmalara hız verileceğini açıklaması ve Nisan 2021 tarihinde ABD başkanı Joe Biden'nın The Made In America Tax Plan (Amerikan Yapımı) adlı vergi reform paketinde ulusal vergi düzenlemelerinin yanında çok uluslu işletmeler için küresel asgari %15 oranlı kurumlar vergisi getirilmesini önermesi ile çalışmalar hız kazanmıştır[77].

B. Küresel Asgari Oranlı Kurumlar Vergisinin İşleyişi

Oranı %15 olarak belirlenen asgari kurumlar vergisi, esasen bütün ülkelerin uygulamak zorunda olduğu asgari bir vergi olmayıp; çok uluslu şirketlerin kazançlarını elde ettiği ana ülkede uygulanacak ilave bir vergi yükümlülüğü şeklindedir. Örneğin; Google'ın Bermuda'daki kazançlarının %1 oranında vergiye tabi olması halinde ABD, toplam vergi oranını %15'e çıkarmak için %14 oranında ek bir vergi uygulayacaktır[78].

OECD tarafından yayımlanan raporlara göre; iki sütunun uygulanması ile birlikte küresel vergi anlaşmasına imza atan ülkelerin vergi tabanlarının büyük ölçüde genişlemesi beklenmektedir[79]. GloBE kuralları olarak isimlendirilen kurallar kapsamında; çok uluslu şirketlerin yıllık konsolide grup cirosunun 750 Milyar Euro'yu aşması halinde %15 oranında asgari oranlı kurumlar vergisine tabi olması söz konusu olacaktır. 2023'te etkin bir şekilde uygulanması hedeflenen küresel anlaşma ile ilgili çalışmalar devam etmektedir[80].

1. Birinci Sütun (Pillar One)

Birinci sütun, BEPS eylem planlarının ötesine geçmiş ve ekonominin dijitalleşmesinden kaynaklanan vergisel sorunları ve kar dağıtımı kurallarını odak noktası yapmıştır. Bu kapsamda vergileme yetkisinin uluslararası düzlemde yeniden değerlendirilmesini sağlamayı hedeflemiştir[81]. Kurumların maddi varlıklarına bakılmaksızın, çok uluslu şirketler, bazı vergilendirme yetkilerini ticari faaliyette bulunup kar elde ettikleri ülkelere tahsis edeceklerdir. Birinci sütun kapsamında 125 milyar ABD dolarından fazla kâr üzerindeki vergi haklarının her yıl piyasaya yeniden tahsis edilmesi beklenmektedir[82]. Küresel cirosu

[77] U.S. Department Of The Treasury, https://home.treasury.gov/system/files/136/MadeInAmericaTaxPlan_Report.pdf, (Erişim tarihi: 30.10.2022)
[78] JOHANNESEN, Niels: "The Global Minimum Tax", Journal of Public Economics, Vol: 212, 2022, s. 1.
[79] FEİ, Roberto: MOLTONİ, Massimo: ROMEO, Gabriele: "New Challenges, New Rules: The Global Mınımum Corporate Tax", 2021, https://www.orizzontipolitici.it/wp-content/uploads/2021/12/The_Global_Minimum_Corporate_Tax_Orizzonti_Politici.pdf (Erişim Tarihi: 25.10.2022), s. 9.
[80] "International Community Strikes a Ground-Breaking Tax Deal fort he Digital Age", https://www.oecd.org/tax/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm (Erişim Tarihi: 07.11.2022).
[81] SACCHİ, Andrea Riccardi: "Implementing a (Global) Minimum Corporate Income Tax: An Assessment from the Perspective of Developing Countries", Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper, No: 20-25, 2020, s. 8.
[82] "Tax Challenges Arising from Digitalisation", https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/ (Erişim Tarihi: 08.11.2022)

20 milyar Euro'nun üzerinde vergi/gelir öncesi kârlılığı %10'un üzerinde olan şirketler kapsam dâhilindedir[83].

Birinci sütun üç ana unsurdan oluşmaktadır[84]: Bunlar; Çok uluslu şirketlerin veya benzer segmentteki grupların/yapıların hesaplanan varlık karının bir kısmı üzerinden ilgili pazar ülkesine verilen yeni bir vergilendirme hakkı (Amount A-Tutar A) , emsallere uygunluk ilkesi'ne uygun olarak bir pazar ülkesinde fiziksel olarak gerçekleşen belirli temel pazarlama ve dağıtım faaliyetleri için getirinin sabit olması (Amount B-Tutar B), Etkin anlaşmazlık önleme ve çözüm yoluyla verginin belirginliğini iyileştirmedir[85].

Yeni bir vergilendirme hakkı (Amount A-Tutar A), Otomatik Dijital Hizmetler ve Tüketiciye Yönelik Hizmetler şeklinde iki faaliyet alanını içermektedir[86]. Otomatik Dijital Hizmetler; online reklam hizmetleri, kullanıcı verilerinin satışı veya başka şekilde devri, online arama motorları, sosyal medya platformları, online arabuluculuk faaliyetleri, dijital içerik hizmetleri, online oyunlar, standartlaşmış online eğitim hizmetleri ve bulut bilişim hizmetleri olarak detaylandırılabilecektir[87]. Tüketiciye Yönelik Hizmetler ise tüketicilere kişisel kullanımları için mal ve hizmet satarak gelir elde eden işletmelerin faaliyetlerini bünyesinde barındırmaktadır[88]. Söz konusu alanların dışında kalan hallerde ise kriter olarak gelir kuralı kullanılmakta olup küresel cirosu 20 Milyar Euro'yu aşan ve %10 üzerinde kârlılık oranına sahip çok uluslu şirketler bu kapsama girmektedir[89].

Emsallere uygunluk ilkesi'ne uygun olarak bir pazar ülkesinde fiziksel olarak gerçekleşen belirli temel pazarlama ve dağıtım faaliyetleri için getirinin sabit olması (Amount B-Tutar B) ise bir pazar ülkesinde bulunan çok uluslu şirketler için ürünlerin dağıtımına yönelik temel pazarlama ve dağıtım faaliyeti işleriyle uğraşan şirketlerin ücretini ifade etmekte olup[90] temel pazarlama ve dağıtım faaliyetleri gerçekleştiren distribütörlere verilecek hizmet bedelinin emsallere uygunluyk ilkesi kapsamında standartlaşmasını hedeflemektedir. Ayrıca Amount B-Tutar B ile vergi belirliliğinin arttırılması amaçlanmaktadır[91].

2. İkinci Sütun (Pillar Two)

İkinci sütun, temelde, en büyük ve en kârlı çok uluslu şirketlerin kârlarının faaliyet gösterdikleri ülkeler arasında daha adil bir şekilde dağıtılmasını sağlamaktır. Bu kapsamda, yıllık konsolide grup cirosu 750 Milyon Euro'yu10 aşan çok uluslu şirketler, 2023 yılından itibaren asgari %15'lik bir vergi oranına tabi olacaktırlar. Böylece, ikinci sütun ile en kârlı çok uluslu şirketlerden ek olarak 150 Milyar dolardan fazla

[83] "OECD Leading Multilateral Efforts To Address Tax Challenges From Digitalisation Of The Economy", s. 4.
[84] BİÇER, Ramazan: ÖZMEN, Nuri: "Küresel Asgari Kurumlar Vergisinin Çok Uluslu Türk Şirketlerine Etkileri", Vergi Dünyası, S: 489, 2022, s. 112-113.
[85] "OECD Tax Challenges Arising From Digitalisation-Report on The Pillar One Blueprint", 2020, https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges- arising-from-digitalisation-report-on-pillar-one-blueprint.pdf, (Erişim Tarihi: 16.07.2023), s. 11-12.
[86] "OECD Tax Challenges Arising From Digitalisation-Report on The Pillar One Blueprint", s. 12.
[87] "OECD Tax Challenges Arising From Digitalisation-Report on The Pillar One Blueprint", s. 25.
[88] "OECD Tax Challenges Arising From Digitalisation-Report on The Pillar One Blueprint", s. 38.
[89] "OECD Tax Challenges Arising From Digitalisation-Report on The Pillar One Blueprint", s. 62-63.
[90] "OECD Tax Challenges Arising From Digitalisation-Report on The Pillar One Blueprint", s. 162-163.
[91] "OECD Tax Challenges Arising From Digitalisation-Report on The Pillar One Blueprint", s. 160.

verginin toplanması ve vergilendirme haklarının dünya çapında daha adil bir şekilde dağıtılması beklenmektedir[92].

İkinci Sütunda iki temel kural bulunmaktadır. Bu kurallardan ilki "Küresel Matrah Aşınmasını Önleme Kuralları" (Global anti-Base Erosion Rules - GloBe Rules), ikincisi ise "Vergiye Tabi Olma Kuralı" (Subject to the Tax Rules - STTR)'dır. GloBE Kuralları da "Gelire Dahil Etme Kuralı" (Income InclusionRule – IIR) ve "Düşük Vergilendirilmiş Ödeme Kuralı" (Undertaxed Payment Rule – UTPR) olmak üzere iki uygulamadan oluşmaktadır[93]. "Gelire Dâhil Etme Kuralı" (Income InclusionRule – IIR) ile çok uluslu şirketlerin ana şirketinin sermaye payına sahip oldukları şirketlerin bulundukları ülkelerde efektif vergi oranının % 15'in altında vergilendirilmesi durumunda düşük vergilendirilen kısmın ana şirket gelirine eklenerek vergilendirilmesini sağlamaktadır[94].

V. KÜRESEL ASGARİ ORANLI KURUMLAR VERGİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Küresel asgari kurumlar vergisi uygulamasının hayata geçmesiyle, çok uluslu şirketlerin kazançlarını daha düşük vergi oranı uygulayan vergi cenneti ülkelere taşıması engellenebilecektir. Zira tüm dünyada aynı vergi oranının uygulanıyor olması ile kazançların başka ülkelere taşınması karlı olmaktan çıkacak ve vergi cenneti ülkeler artık cazip olmayacaktır. Bununla birlikte; bahsedilen hedefe ulaşılabilmesi için öncelikle vergi cenneti ülkeleri de anlaşmayı onaylamaya ikna etmek gerekmektedir[95].

Dünyanın en büyük ve en kârlı yaklaşık olarak 100 çok uluslu şirketin söz konusu vergiye tabi olması ile birlikte birinci sütun kapsamında 125 milyar ABD dolarından fazla vergi geliri elde edilmesi beklenmektedir. Bu kapsamda çok uluslu şirketlerin faaliyette bulunduğu yer önem arz etmeden kâr elde ettiği zaman vergi yükünün adil dağılımı sağlanacaktır. İkinci sütun kapsamında da %15'lik küresel asgari vergi oranının, dünya genelinde yılda yaklaşık olarak 150 milyar ABD doları yeni vergi geliri oluşturacağı tahmin edilmektedir[96].

Küresel asgari oranlı kurumlar vergisi uygulaması ile birlikte çifte vergilendirmenin önüne geçileceği öngörülmektedir. Dijital Hizmet Vergisi gibi ülkelerin tek taraflı uygulamalarının da ortadan kaldırılması söz konusudur. Nitekim ülkelerin tek taraflı uygulamaları, mükellefler nezdinde belirsizlik ve çifte vergilendirme sorununa yol açabilecektir. Türkiye'nin de 2020 yılında düzenlemeye koyduğu %7,5 oranındaki Dijital Hizmet Vergisi de küresel asgari kurumlar vergisi kapsamında açıklanan OECD'nin iki yapılı yaklaşımından etkilenmekte ve kaldırılma olasılığı olan vergilerdendir. Türkiye açısından; merkezi

---

[92] BİÇER, ÖZMEN, s. 116.
[93] "OECD Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)", 14 Aralık 2021, https:// www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf, (Erişim tarihi: 08.07.2023), s. 8.
[94] "OECD Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)", s. 11-12.
[95] UYGUN, Esra: "Vergiden Kaçınmayı Önlemeye Yönelik Küresel Asgari Kurumlar Vergisi", İnternational Journal of Public Finance, Vol: 7, No: 1, 2022, s. 109.
[96] "OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project Addressing The Tax Challenges Arising From The Digitalisation Of The Economy", s. 5.

veya işyeri Türkiye'de olmayan küresel şirketlerin, Türkiye'deki kazançlarının vergilendirilmesi ile birlikte önemli bir gelir kaynağı olacağı da söylenebilecektir[97].

Küreselleşme ile birlikte ülkelerin yabancı sermayeye olan ihtiyacı artmış ve bunun neticesinde devletler yabancı sermayeyi kendi ülkelerine çekebilmek için vergi politikalarından yararlanmıştır. Yararlanılan vergi politikaları arasında en çok tercih edilen yöntem ise vergi oranlarında özellikle de kurumlar vergisi oranında indirim yoluna gitmek olmuştur. Vergi oranlarında indirim şeklinde yürütülen politikaları, ülkelerin birbirini takip eder şekilde uygulamaları ile bir vergi indirimi yarışı başlamaktadır. Özellikle rakip ülkelerin vergi oranları arasındaki fark, yatırımların ülkeye çekilmesi açısından önem arz etmekte olup vergi oranı indirimi konusunda ülkeler birbirlerini izler hale gelmekte ve bu durum bir tür "dibe doğru yarış" *(race to bottom)* olarak isimlendirilmektedir[98]. "Dibe doğru yarış (race to bottom)" ifadesi 1933'te ABD Yüksek Mahkemesi yargıcı Louis Brandeis tarafından verilen Liggett V. Kararında popüler hale gelmiştir. Söz konusu kararda eyaletler arasında sermayeyi kendilerine çekebilmek için yasalarda bir esnemeye-gevşetmeye gitmeleri durumunun rekabette avantaj sağlamaktan çıkarak bu rekabetin her eyalet için aşırıya kaçmasını dibe doğru yarış olarak nitelendirmiş ve zararlı rekabetin eyaletler açısından birbirini tetikleyerek dibe doğru giden zararlı bir yarışa dönüştüğünü ifade etmiştir[99]. Vergi alanında söz konusu yarış, piyasanın bozulmasına, yatırımcıyı ülkesinde tutamayan ülkelerin bütçe açığı vermelerine neden olabilmekte, verimliliğin ve büyüklüğün azalmasına ve "Beggar-thy-neighbor[100]" politikasının uygulanmasına neden olabilmektedir[101]. Küresel asgari kurumlar vergisi, söz konusu dibe yarışı sona erdirebilecek potansiyele sahip bir çözüm yöntemi olarak düşünülmektedir. Zira, asgari bir vergi oranının belirlenmesi ile ülkeler yabancı yatırımları kendi ülkelerine çekebilmek için artık oranları indirme yoluna gidemeyecekler ve bu durum aralarındaki dibe doğru yarışı durduracaktır[102]. Aynı zamanda asgari oranlı kurumlar vergisinin, çok uluslu şirketlerin kazançlarını elde ettiği ana ülkede uygulanacak ilave bir vergi yükümlülüğü olması nedeniyle vergi cenneti ülkelerin vergi oranlarında bir yükseliş ivmesi kazandırması beklenebilecektir. Zira çok uluslu şirketler için hem kazançlarını elde ettiği ana ülkede asgari oranlı kurumlar vergisi ödemeleri hem de vergi cenneti ülkede oranı düşük de olsa vergi ödemesi artık çekici bir uygulama olmayacaktır.

Dibe doğru yarışa bir çözüm yöntemi olarak asgari oranlı kurumlar vergisi uygulaması hakkında 5 Haziran 2021'de ABD Hazine Bakanı Janet Yellen'nin yapmış olduğu bir açıklamada; ülkelerin yasal kurumlar vergisi oranlarının son kırk yıl içinde sürekli bir düşüş sergilediğini ve dibe doğru bir yarışın devam

---

[97] BEYDEMİR, Merve, "Dijital Çağın Yeni Vergilendirme Kuralı: OECD'nin Küresel Asgari Oranlı Kurumlar Vergisi Önerisi", TNKÜ İİBF Uluslararası Kamu Maliyesi Sempozyumu, 2022, s. 158.

[98] JENSEN, Nathan M.: Nation-States and Multinational Corporations A Political Economy of Foreign Direct Investment, Princeton University Press, Oxfordshire, 2008, s. 1,7.

[99] "Race to the Bottom", https://www.wallstreetmojo.com/race-to-the-bottom/ (Erişim Tarihi: 20.07.2023).

[100] "Beggar-thy-neighbor", ekonomik olarak çeşitli sorunlar yaşayan ülkelerin bu sorunları aşmak için başka ülkelerin ekonomik dengelerini bozacak politikalar uygulamasıdır. (ARIKAN, Zeynep: İnneci, Ahmet, "Küresel Asgari Kurumlar Vergisi 'Dibe Doğru Yarış'ı Sona Erdirebilecek Mi?", Vergi Sorunları Dergisi, S: 412, 2023.)

[101] EĞİLMEZ, Mahfi: Kur Savaşları, https://www.mahfiegilmez.com/2013/02/kur-savaslar.html (Erişim Tarihi: 16.06. 2023).

[102] ARIKAN, İNNECİ, s. 19.

ettiğini ifade etmiştir[103]. Açıklamanın devamında ise küresel asgari kurumlar vergisinin kurumlar vergisindeki dibe doğru yarışı sona erdireceğini ve ABD ve diğer ülkelerdeki özellikle emek geliri elde edenler için adaleti sağlayacağını ve dibe doğru yarışta avantajlarını kaybeden vergi cennetlerinin sona ereceği belirtilmiştir[104].

Teorik olarak asgari oranlı kurumlar vergisinin uygulanması mümkün gibi görünse de, kendisinden beklenen faydayı sağlaması ancak anlaşmaya taraf olacak ülkelerin sayısıyla ve kapsamıyla bağlantılı olup özellikle vergi cenneti olarak nitelendirilen ülkelerin anlaşmayı kabul etmeleri en önemli etkenlerden biri olacaktır. Buna ek olarak, OECD Kararlarının tavsiye niteliğinde olması ve dolayısıyla üye olmayan, hatta üye olan ülkeler nezdinde bile yaptırım gücü olmaması nedeniyle teoride mümkün görünen uygulamanın pratikte gerçekleşememe riski bulunmaktadır.[105]

SONUÇ

Küreselleşme kavramı, eski bir geçmişi olmamakla birlikte geçmişe yönelik bir kapsamı olan fakat ortak bir tanımı bulunmayan bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır. Küreselleşmenin net bir tanımı bulunmamasına rağmen; sınırötesi hareketliliğin varlığı ve ekonomik bütünleşmelerin varlık kazanmaya başlaması, devletler ve toplumlar arasında iletişim ve etkileşimin artması ve devletlerin birbirlerine daha bağımlı hale gelmeleri durumlarını kapsadığı söylenebilecektir. Küreselleşme kavramının aktörleri devletlerin yanında çok uluslu şirketler, uluslararası örgütler olmuştur[106]. Küreselleşmenin en önemli aktörlerinden birisi olan çok uluslu şirketler ise küreselleşme sürecine yön veren bir konumdadır[107].

Küreselleşmeye yön veren bir kavram olmasına rağmen Çok uluslu şirket kavramının henüz genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. En basit şekliyle çok uluslu şirket, en az bir üretim birimi yabancı ülkede olan doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının biri türü olan şirket olarak ifade edilebilecektir. Çok uluslu şirketlerin geçmişi İngiltere'nin sömürgelerinde yapmış olduğu yatırımlar ile başlamış olup bu yatırımlar yabancı sermaye ile yapılan yatırımların başlangıcı olarak düşünülmektedir. Çok uluslu şirketler I. Dünya Savaşından sonraki dönemde dış ticareti dengeleyici politikaların kaldırılması sonucu artmıştır. Çok uluslu şirketlerin günümüzdeki haline dönüşümü ise II. Dünya Savaşı sonrasına denk gelmektedir.

Çok uluslu şirketlerin gelişmesi ile birlikte minimum tutarda vergi ödemek için geliştirmiş oldukları vergi planlamaları ülkeler arasında vergi rekabetine neden olmuş ve vergi oranları karşılıklı olarak indirilmeye başlanmıştır[108]. Vergi rekabetine ek olarak sermayeye tanınan kolaylıkların artması ile vergi

[103] GOLDSTEİN, Jeff: "The Case for a Global Minimum Corporate Tax", https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/the-case-for-a-global-minimum-corporate-tax/ (Erişim Tarihi: 20.06.2023).
[104] ESSİD, Colleen: "The Global Minimum Tax Agreement: An End to Corporate Tax Havens?", SLU Law Journal Online, 2021, S:73.
[105] KARADUMAN, İbrahim: "Küresel Asgari Kurumlar Vergisi (Global Minimum Corporate Tax)", 2021.
[106] KIVILCIM, s. 9-10.
[107] KİNSEY, s. 212.
[108] ÇELİKKAYA, s.37.

yükü daha çok gerçek kişiler üzerinde kalmaya başlamış bu durum ise vergi adaletini zedeler hale gelmiştir[109]. Sonuç olarak; çok uluslu şirketler günümüzde faaliyet gösterdikleri ve kar elde ettikleri ülkelerde değil karların düşük vergilendirildiği veya hiç vergilendirilmediği ülkelere doğru bir yöneliş içerisindedirler[110]. Bu durum ise ülkeler arasında yatırımı ve ticareti bozma riski taşıyan zararlı vergi rekabeti ve vergi tabanlarında aşınma gibi sorunlara neden olmuştur. OECD ise bu kapsamda 1990 yılından itibaren vergi kaçakçılığı ve kurumlar vergisinden kaçınmamaya ilişkin çözüm yöntemlerine öncülük etmiştir[111]. Bu kapsamda geliştirilen yöntemlerden birisi de küresel asgari oranlı kurumlar vergisini uygulaması olmuştur.

Dünyada kurumlar vergisi uyumlaştırması ve/veya küresel asgari bir oran uygulanması çalışmaları AB Komisyonu, OECD, G7/G20 gibi uluslararası kurumlar tarafından uzun yıllardır sürdürülmektedir. Nihayetinde OECD, Aralık 2021 tarihi itibariyle küresel GSYİH'nin %90'nından fazlasını temsil eden aralarında ABD, Hindistan, İngiltere, Almanya ve Çin'in yer aldığı 137 ülkenin "Ekonominin Dijitalleşmesinden Kaynaklanan Vergi Sorunlarının Giderilmesine Yönelik İki Sütunlu Çözüm Beyanı"na (Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy) imza attığını bildirmiştir. Oranı %15 olarak belirlenen asgari kurumlar vergisi, esasen bütün ülkelerin uygulamak zorunda olduğu asgari bir vergi olmayıp; çok uluslu şirketlerin kazançlarını elde ettiği ana ülkede uygulanacak ilave bir vergi yükümlülüğü şeklindedir. OECD tarafından yayımlanan raporlara göre; iki sütunun uygulanması ile birlikte küresel vergi anlaşmasına imza atan ülkelerin vergi tabanlarının büyük ölçüde genişlemesi beklenmektedir[112].

Küresel asgari kurumlar vergisi uygulamasının hayata geçmesiyle, çok uluslu şirketlerin kazançlarını daha düşük vergi oranı uygulayan vergi cenneti ülkelere taşıması engellenebileceği ve çifte vergilendirmenin önüne geçileceği öngörülmektedir. Küresel asgari kurumlar vergisi, aynı zamanda dibe yarışı sona erdirebilecek potansiyele sahip bir çözüm yöntemi olarak da düşünülmektedir. Zira, asgari bir vergi oranının belirlenmesi ile ülkeler yabancı yatırımları kendi ülkelerine çekebilmek için artık oranları indirme yoluna gidemeyecekler ve bu durum aralarındaki dibe doğru yarışı durduracaktır[113]. Aynı zamanda asgari oranlı kurumlar vergisinin, çok uluslu şirketlerin kazançlarını elde ettiği ana ülkede uygulanacak ilave bir vergi yükümlülüğü olması nedeniyle vergi cenneti ülkelerin vergi oranlarında bir yükseliş ivmesi kazandırması beklenebilecektir. Zira çok uluslu şirketler için hem kazançlarını elde ettiği ana ülkede asgari oranlı kurumlar vergisi ödemeleri hem de vergi cenneti ülkede oranı düşük de olsa vergi ödemesi artık çekici bir uygulama olmayacaktır.

Teorik olarak asgari oranlı kurumlar vergisinin uygulanması mümkün gibi görünse de, kendisinden beklenen faydayı sağlaması ancak anlaşmaya taraf olacak ülkelerin sayısıyla ve kapsamıyla bağlantılı olup

[109] KAPLAN, s.67.
[110] "OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project Addressing The Tax Challenges Arising From The Digitalisation Of The Economy".
[111] "OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project Addressing The Tax Challenges Arising From The Digitalisation Of The Economy".
[112] FEİ, MOLTONİ, ROMEO, s. 9.
[113] ARIKAN, İNNECİ, s. 19.

özellikle vergi cenneti olarak nitelendirilen ülkelerin anlaşmayı kabul etmeleri en önemli etkenlerden biri olacaktır. Buna ek olarak, OECD Kararlarının tavsiye niteliğinde olması ve dolayısıyla üye olmayan, hatta üye olan ülkeler nezdinde bile yaptırım gücü olmaması nedeniyle teoride mümkün görünen uygulamanın pratikte gerçekleşememe riski bulunmaktadır.[114]

Kaynakça

AKDOĞAN, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 14. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.

AKYILDIZ, Ali: "Şirket-i Hayriye", *İslam Ansiklopedisi,* C: 39, 2010.

ARIKAN, Zeynep: İnneci, Ahmet, "Küresel Asgari Kurumlar Vergisi 'Dibe Doğru Yarış'ı Sona Erdirebilecek Mi?", *Vergi Sorunları Dergisi,* S: 412, 2023.

BEYDEMİR, Merve, "Dijital Çağın Yeni Vergilendirme Kuralı: OECD'nin Küresel Asgari Oranlı Kurumlar Vergisi Önerisi", *TNKÜ İİBF Uluslararası Kamu Maliyesi Sempozyumu,* 2022.

BİÇER, Ramazan: ÖZMEN, Nuri: "Küresel Asgari Kurumlar Vergisinin Çok Uluslu Türk Şirketlerine Etkileri", *Vergi Dünyası,* S: 489, 2022.

BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi Kararı, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, "Ulusötesi Şirketlerin Ve Diğer Ticari Teşebbüslerin İnsan Haklarına İlişkin Sorumluluklarına Dair Normlar", 2003.

BM Seçkin Kişiler Grubu Raporu, "The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations", U.N. Doc. E/5500/Rev. I,1974.

BULUTOĞLU, Kenan: "Kurumlar Vergisi Üzerine Bir Deneme", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası,* S: 20(1-4), 1962. (Kurumlar Vergisi)

BULUTOĞLU, Kenan: Türk Vergi Sistemi, Çağlayan Kitabevi, İstanbul, 1967.

BÜYÜKÇULCU, Uğur: Kurumlar Vergisinin Şirketlerdeki Vergi Yükü Üzerine Bir Değerlendirme Isparta Örneği(Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Isparta, 2006.

Cambridge Dictionary, https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/corporation.

CAN AKTAN, Coşkun: ŞEN, Hüseyin: "Globalleşme",1999, http://www.canaktan.org/canaktan_personal/canaktan-arastirmalari/degisim/aktan-sen-.

CAN AKTAN, Coşkun: VURAL, İstiklal Yaşar: "Vergi Rekabeti", *Erciyes Üniversitesi İİBF Dergisi,*S:22, 2004.

CANBAY, Tülin: Dünyada Vergileme Anlayışındaki Değişim (Antikçağdan Günümüze), Dora Yayıncılık, Bursa, 2009.

[114] KARADUMAN.

COLM, Gerhard: Essays in Public Finance and Fiscal Policy, Oxford University Press, New York, 1955.

"Conclusions And Recommendations Of The Committee Of İndependent Experts On Company Taxation", https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3104b077-5898-4e3e-acd6-3c7cc026d9a5/language-en/format-PDF/source-search.

ÇEÇEN, Muhammet: Küreselleşmenin Kurumlar Vergisi Politikası Trendleri Üzerine Etkileri: Gelişen Ülkelerden Kanıtlar 1989-2020, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Antalya, 2022.

ÇELİKKAYA, Ali: "Globalleşmenin Neden olduğu Kurumlar Vergisi Reformları ve OECD Üyesi Ülkeler Üzerine Bir Değerlendirme", *Maliye Dergisi,* S:159, 2010.

EĞİLMEZ, Mahfi: Kur Savaşları, https://www.mahfiegilmez.com/2013/02/kur-savaslar.html.

ELLWOOD, Wayne: Küreselleşmeyi Anlama Kılavuzu, Metis Yayınları, İstanbul, 2002.

ESSİD, Colleen: "The Global Minimum Tax Agreement: An End to Corporate Tax Havens?", *SLU Law Journal Online,* 2021, S:73.

FEİ, Roberto: MOLTONİ, Massimo: ROMEO, Gabriele: "New Challenges, New Rules: The Global Mınımum Corporate Tax", 2021, https://www.orizzontipolitici.it/wp-content/uploads/2021/12/The_Global_Minimum_Corporate_Tax_Orizzonti_Politici.pdf.

FELDMAN, David: "International Personality", *Collected Courses Of The Hague Academy Of International Law,* C: CXCI, 1985.

FİSCHER, Stanley: "Globalization and Its Challenges", *American Economic Review,* Vol: 93, No: 2, 2003.

GOLDSTEİN, Jeff: "The Case for a Global Minimum Corporate Tax", https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/the-case-for-a-global-minimum-corporate-tax/.

HARBERGER, Arnold C., "The Incıdence Of The Corporatıon Income Tax", *The Journal Of Polıtıcal Economy,* Vol: LXX, Nu: 3, 1962.

"Harmfull Tax Competition An Emerging Global Issue", https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en#page1.

HİGGİNS, Rosalyn: "International Law in a Changing International System", *Cambridge Law Jounal,* C: LVIII, No: 1, Mart 1999.

"Hollanda Doğu Hindistan Şirketi", https://tr.wikipedia.org/wiki/Hollanda_Do%C4%9Fu_Hindistan_%C5%9Eirketi.

IETTO-GİLLİES, Grazia: "The Role of Transnational Corporations in the Globalisation Process", *Handbook of Globalisation,* Ed. J. Michie, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2003.

"International Community Strikes a Ground-Breaking Tax Deal fort he Digital Age", https://www.oecd.org/tax/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm (Erişim Tarihi: 07.11.2022).

JENSEN, Nathan M.: Nation-States and Multinational Corporations A Political Economy of Foreign Direct Investment, Princeton University Press, Oxfordshire, 2008.

JESSUP, Philip C.: "The Subjects of Modern Law of Nations", *Michigan Law Review,* C: XLV, No: 4, Şubat 1947.

JOHANNESEN, Niels: "The Global Minimum Tax", *Journal of Public Economics,* Vol: 212, 2022.

JONES, Chris: TEMOURİ, Yamai: COBHAM, Alex: "Tax Haven Networks And The Role Of The Big 4 Accountancy Firms", *Journal of World Business,* S: 53, 2018.

KAPLAN, Ersin:, "Çok Uluslu Şirketler Çerçevesinde Transfer Fiyatlandırması", *Vergi Dünyası Dergisi,* S:386, 2012.

KARADUMAN, İbrahim: "Küresel Asgari Kurumlar Vergisi (Global Minimum Corporate Tax)", 2021.

KAYMAKÇI, Oğuz: "Küresel Ekonomide Çok Uluslu Şirketler Ve Türkiye'deki Yansımaları", *CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi,* C:11, S:1, 2013.

KIVILCIM, Fulya: "Küreselleşme Olgusu ve Çokuluslu Şirketlerin Küreselleşme Süreci Üzerindeki Rolü", *Ekonomi Bilimleri Dergisi,* C:5, No:2, 2013.

KİNSEY, Joanna: Marketing in Developing Countries, Mc-Millian Publishing, New York, 1998.

KORTEN, David: "Sustainable Development: A Review Essay", *World Policy Journal,* C: IX, No: 1, 1992.

MALANCZUK, Peter: Modern Introduction to International Law, New York, Routledge, 1997.

MIYNAT, Mustafa: "Liberalizasyon Sürecinde Uygulanan İstikrar Politikalarının Gelir Dağılımına Etkisi (1980 Sonrası Türkiye Örneği)", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Manisa, 2003.

MUCHLİNSKİ, Peter: Multinational Enterprise And The Law, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2007.

MUTLUER, Kamil: DAYANÇ KUZEYLİ, Nilay: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

NÖLL VON DER NAHMER, Robert: Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Band: 1, Westdeutscher Verlag, Köln, 1964.

"OECD Leading Multilateral Efforts To Address Tax Challenges From Digitalisation Of The Economy", https://www.oecd. org/tax/beps/oecd-leading-multilateral-efforts-to-address-tax-challenges-from-digitalisation-of-the-economy.htm.

"OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project Addressing The Tax Challenges Arising From The Digitalisation Of The Economy", https://www.oecd.org/tax/beps/brochure-addressing-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf.

"OECD Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, OECD Publication", 1998.

"OECD Tax Challenges Arising From Digitalisation-Report on The Pillar One Blueprint", 2020, https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges- arising-from-digitalisation-report-on-pillar-one-blueprint.pdf.

"OECD Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)", 14 Aralık 2021, https:// www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf.

ORAN, Baskın: Küreselleşme ve Azınlıklar, İmaj Yayınevi, 4.Baskı, Ankara,2001.

ÖNDER, İzzettin: Japonya'da ve Türkiye'de vergi sistemlerinin gelişimi. Maliye Enstitüsü Konferansları (26. Seri, Yıl 1979/1980), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi, Maliye Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1980.

PECHMAN, Joseph: Federal Tax Policy, Brookings Institution Press, New York, 1971.

"Race to the Bottom", https://www.wallstreetmojo.com/race-to-the-bottom/.

ROBİNSON, Richard.D.: " The Developing Countries, Development and Multinational Corporation*", The Annals Of The American Academy Of Political And Social Science,* C: 473, 1972.

"Romeo Ionescu ve Raducan Oprea, Multinational Corporation and Global Economy", http://idec.gr/iier/new/3rd%20Panhellenic%20Conference/IONESCUOPREA%20%20MULTINATIONAL%20CORPORATIONS%20AND%20THE%20GLOBAL%20ECONOMY.pdf.

SACCHİ, Andrea Riccardi: "Implementing a (Global) Minimum Corporate Income Tax: An Assessment from the Perspective of Developing Countries", *Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper*, No: 20-25, 2020.

SAĞLAM, Serdar: "Küreselleşmeye Yaklaşımlar", *Genç Sosyal Bilim Forumu AGORA,* S:13, 2007.

SEYİDOĞLU, Halil: Ekonomik Terimler: Ansiklopedik Sözlük, Güzem Yayınları, Ankara, 1992.

SEYİDOĞLU, Halil: Uluslararası İktisat Teori Politika Ve Uygulama, Güzem Can Yayınları, İstanbul, 2003.

SHAW, Malcolm: International Law, 8. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

STEİNBOCKOVA, Martina: "Multinational Corporations and Nation-State: Partners, Adversaries and Autonomous Actors?", *Masaryk University in Brno Faculty Of Social Sciences Dıploma Thesıs,* 2004.

STUDENSKİ, Paul, "Toward a Theory of Business Taxation", *Journal of Political Economy* ,Vol: XLVIII, Nu:5, 1940.

ŞEN, Hüseyin: SAĞBAŞ, İsa: Vergi Teorisi ve Politikası, Kalkan Matbaacılık, Ankara, 2016.

ŞENSOY, Fatma: "Şirket-İ Hayriye: Osmanlı Boğaziçi Taşımacılık Şirketi", *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi,* Özel Sayı, 2018.

"Taxation and Competition Policy", https://www.oecd.org/tax/taxation-and-competition-policy.htm.

"Tax Challenges Arising from Digitalisation", https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/.

TURHAN, Salih: Vergi Teorisi ve Politikası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, https://sozluk.gov.tr/.

"U.S. Department Of The Treasury", https://home.treasury.gov/system/files/136/MadeInAmericaTaxPlan_Report.pdf.

UYGUN, Esra: "Vergiden Kaçınmayı Önlemeye Yönelik Küresel Asgari Kurumlar Vergisi", *İnternational Journal of Public Finance,* Vol: 7, No: 1, 2022.

VERNON, Raymond: "Economic Sovereignty at Bay", *Foreign Affairs,* C: 47, No: 1, 1968.

WİLKİNS, Mira: The Emergence of Multinational Enterprise: American Business Abroad From the Colonel Era to 1914, Harvard, Harvard University Press, 1970.

YILDIRIM, Nuri: Kapitalizmin Gelişim Aşamasında Yeni Aşama: Uluslararası Şirketler, Cem Yayınları, İstanbul, 1979.

ZENGİNGÖNÜL, Oğul: Yoksulluk Gelişmişlik Ve İşgücü Piyasaları Ekseninde Küreselleşme, Adres Yayınları, Ankara, 2004.

HABERLEŞME VE KONUŞMA İÇERİKLERİNİN DELİL OLARAK KULLANILABİLİRLİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR*

ÖZET

Teknolojinin gelişmesi, iletişimin hızlanmasını ve yaygınlaşmasını sağlamış ancak özel hayata müdahaleyi de kolaylaştırmıştır. Haberleşme ve konuşma içerikleri, kişilerin özel hayatının ayrılmaz bir parçasıdır ve kişilerin serbestçe haberleşmeleri ile sözün mahremiyetinin korunması hukuk devleti olmanın gereğidir. Günümüzde teknolojinin sunduğu imkânlardan faydalanılmak suretiyle iddianın ispatlanması ve delil toplanması amacıyla haberleşme ve konuşmaların kayıt altına alındığı sıklıkla görülmektedir. Bu yola başvurulması, suçun ispatlanmasına matuf olabileceği gibi özel hukuktan kaynaklı bir uyuşmazlığın çözümü amacını da taşıyabilir. Zira haberleşme ve konuşma içerikleri, bir olayın ispatını kesin olarak sağlayabilecek niteliktedir. Ancak gerek Anayasa'da gerekse Ceza Muhakemesi Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hukuka uygun bir şekilde elde edilmemiş delillerin yüklenen suç veya vakıanın ispatında kullanılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Esasında Ceza Muhakemesi Kanunu'nda haberleşme veya konuşmalardan delil elde edilebilmesi çeşitli koruma tedbirleriyle mümkün kılınmıştır. Fakat bu koruma tedbirlerine başvurabilmesi sıkı koşullara tabidir. Ayrıca ani gelişen ve ispatı başka yollarla mümkün olmayan durumlarda da bu koruma tedbirlerine başvurulmasından bir netice alınamamaktadır. Öte yandan, kendisine karşı işlenen suçu veya hukuki bir vakıayı ispatlamak için haberleşmenin ya da konuşmanın gizliliğini ihlal eden kimselerin fiilleri Türk Ceza Kanunu'nun 132'nci maddesinde düzenlenen "*haberleşmenin gizliliğini ihlal*" ve 133'üncü maddede düzenlenen "*kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*" suçlarını oluşturabilir. Böyle bir durumda ilk başta haklı durumda olan kişilerin cezai müeyyide ile karşı karşıya kalması mümkündür. Çalışmamızda isnat olunan suçu veya hukuki bir vakıayı ispatlamak ve delil elde etmek amacıyla haberleşme ya da konuşmanın gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda elde edilen içeriklerin delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı üzerinde durulacaktır. Ardından bu fiillerin haberleşmenin gizliliğini ihlal ve kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçları karşısındaki konumu tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haberleşmenin gizliliğini ihlal, Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması, İspat, Hukuka aykırılık, Hukuka aykırı delil.

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, s.emreozdemir@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0414-4610.

THE ADMISSIBILITY OF THE CONTENTS OF COMMUNICATIONS AND CONVERSATIONS AS EVIDENCE

ABSTRACT

The development of technology has accelerated and widespread communication, but has also facilitated interference in private life. The contents of communication and speech are an integral part of the private life of individuals, and it is a requirement of the rule of law that individuals communicate freely and the privacy of speech is protected. Today, it is frequently seen that communications and conversations are recorded in order to prove the claim and collect evidence by making use of the opportunities offered by technology. Resorting to this method may be aimed at proving a criminal offence, or it may also aim to resolve a dispute arising from private law. This is because the contents of communications and conversations are capable of proving an event with certainty. However, it is clearly stated in the Constitution, the Code of Criminal Procedure and the Code of Civil Procedure that evidence that has not been obtained in accordance with the law cannot be used to prove the charged offence or fact. In fact, the Criminal Procedure Code makes it possible to obtain evidence from communications or conversations through various protection measures. However, these protection measures are subject to strict conditions. In addition, in cases that develop suddenly and cannot be proved by other means, no result can be obtained from the application of these protection measures. On the other hand, the acts of persons who violate the confidentiality of communication or conversation in order to prove a crime committed against them or a legal fact may constitute the crimes of "violation of the confidentiality of communication" regulated in Article 132 and "interception and recording of conversations between persons" regulated in Article 133 of the Turkish Penal Code. In such a case, it is possible that the persons who are in the right at first may face criminal sanctions. In our study, it will be emphasised whether the contents obtained in case of violation of the confidentiality of communication or conversation in order to prove the imputed crime or a legal fact and to obtain evidence can be used as evidence. Then, the position of these acts against the offences of violation of the confidentiality of communication and interception and recording of conversations between persons will be discussed.

Keywords: Violation of confidentiality of communication, Interception or recording of conversations between persons, Proof, Illegality, Illegal evidence.

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesi, iletişimin hızlanmasını ve yaygınlaşmasını sağlamış ancak özel hayata müdahaleyi de kolaylaştırmıştır[1]. Haberleşme ve konuşma içerikleri de özel hayatın ayrılmaz bir parçasıdır[2] ve kişilerin serbestçe haberleşmeleri ile sözün mahremiyetinin korunması hukuk devleti olmanın gereğidir[3].

[1] AKYÜREK, Güçlü: Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m.134), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 343; BİRTEK, Fatih: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCM m.132), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 21.

[2] ZAFER, Hamide: Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 83.

[3] Birtek, s. 22.

Öte yandan teknolojinin sunduğu imkânlardan faydalanılmak suretiyle delil toplanması ve iddianın ispatlanması amacıyla haberleşme ve konuşmaların kayıt altına alındığı sıklıkla görülmektedir. Bu yola başvurulması, bir suçun ispatlanmasına matuf olabileceği gibi özel hukuktan kaynaklı bir uyuşmazlığın çözümü maksadını da taşıyabilir.

Delil toplamak ve iddianın ispatı amacıyla haberleşme içeriklerinin veya konuşmaların kaydedilmesinin herhangi bir suç tipine veya dava çeşidine indirgenmesi mümkün değildir. Ancak böyle bir durum ceza hukuku bakımından genellikle tehdit, şantaj ve hakaret suçlarında[4]; özel hukuk açısından ise boşanma ve iş davalarında ortaya çıkmaktadır[5].

Hukuka uygun şekilde elde edilmiş haberleşme ve konuşma içeriklerinin delil olarak kullanılmasında bir engel bulunmamaktadır. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nda iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ya da teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirleri öngörülmüş ve sıkı koşullar altında haberleşme ve konuşma içeriklerinin ceza muhakemesi hukukunda delil olarak kullanılmasının önü açılmıştır. Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nda haberleşme ve konuşma içeriklerinin elde edilmesine ve bunların yargılamada kullanılabilmesine yönelik CMK'da olduğu gibi açık düzenlemeler mevcut değildir[6].

Haberleşme ve konuşma içerikleri özel hayatın ayrılmaz bir parçası olduğundan ve bunların korunması zorunluluk arz ettiğinden[7] Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 132'nci maddesinde, haberleşmenin gizliliğini ihlal, 133'üncü maddesinde kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçları ihdas edilmiştir. Keza haberleşme ve konuşma içeriklerinin hukuka aykırı yollarla elde edilmesi, zikredilen iki suç tipi haricinde özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı diğer suçlar açısından da tartışılabilir. Ayrıca haberleşme ve konuşma içeriklerine müdahale edilmesi, başka bir anlatımla, bunların hukuka aykırı olarak

---

[4] GÖKTÜRK, Neslihan: Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması Suçu (TCK M. 133), *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 24, Ocak 2016, s. 183; BAŞBÜYÜK, İsa: "İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, Yıl 2017, s. 169.

[5] ÇİFTÇİ, Pınar: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 707, vd.

[6] ÇİFTÇİ, s. 701, 702. Ancak bazı yargı kararlarında hukuk mahkemelerinde iletişimin tespitinin istendiği görülmektedir, bkz. "*Mahkemece, davalı ağır kusurlu kabul edilerek boşanmaya karar verilmiş ise de; yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davacının eşine, annesi ve kardeşine hakaret ettiği ve özellikle de davacının kullandığı telefonun iletişim tespit raporlarından fiili ayrılık döneminde Ramazan isimli kişi ile telefonda sık sık görüşmek suretiyle güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, buna karşılık davalının ise eşi ve çocuklarının ihtiyaçları ile ilgilenmeyerek birlik görevlerini yerine getirmediği, şiddet uyguladığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında, boşanmaya sebep olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olduklarının kabulü gerekir. Hal böyleyken davalının ağır kusurlu kabul edilmesi ve buna bağlı olarak davacı yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir*" Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 29.04.2015 tarih ve E: 2014/23170 K: 2015/9609 sayılı kararı; "*Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, özellikle de davacı-karşı davalı kadın adına kayıtlı telefon numaralarının iletişim tespitlerinde, davacı-karşı davalı kadının tarafların ikinci kez evlenmelerinden sonrada başka erkeklerle görüşmeye devam ederek güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Fiili ayrılık döneminde kocanın evliliğin devamı için aracı koyup girişimde bulunması, af iradesini kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya koyan başka olgu ve deliller bulunmadıkça af anlamına gelmez"* Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 09.05.2013 tarih ve E: 2012/27208 K: 2013/12928 sayılı kararı.

[7] ZAFER, s. 83; BİRTEK, s. 22.

elde edilmesi bir suçun tipikliğine uymasa dahi kişilik hakkının ihlaline yol açabilir[8]. Dolayısıyla haberleşme ve konuşma içeriklerinin delil olarak kullanılabilirliği bunların hukuka uygun şekilde elde edilmiş olmasına bağlıdır. Zira gerek Anayasa'da[9] gerekse CMK[10] ile HMK'da[11] kanuna yahut hukuka uygun bir şekilde elde edilmemiş delillerin yüklenen suç veya vakıanın ispatında kullanılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu itibarla ceza muhakemesi hukuku ya da medeni usul hukuku olması fark etmeksizin, hukukun cevaz vermediği şekilde kayıt altına alınan haberleşme ve konuşma içerikleri delil olarak kullanılamaz.

Hukuka aykırı bir delilin bulunup bulunmadığı belirlenirken hem hukukun her alanındaki pozitif metinleri hem de kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin evrensel hukuk ilkeleri dikkate alınmalıdır[12]. Bu bağlamda, delil elde etmek için icra edilen fiilin suç teşkil etmemesi, delilin hukuka uygun şekilde elde edildiği anlamını taşımayabilir.

I. HABERLEŞME VE KONUŞMA İÇERİKLERİNİN DELİL OLARAK KULLANILABİLİRLİĞİ

Kendisine yönelik bir suçun işlendiğini ispat etmek yahut bir boşanma davasında karşı tarafın kusurunu kanıtlamak amacıyla özel kişilerin hukuka aykırı şekilde elde edilen haberleşme ve konuşma içeriklerinden faydalanmaya çalıştığı uygulamada sıklıkla görülmektedir. Ancak özel kişilerce hukuka aykırı bir şekilde elde edilen haberleşme ve konuşma içeriklerinin delil olarak kullanılabilirliği tartışmalıdır[13,14]. Doktrin ve uygulamada görünüşte hukukun cevaz vermediği şekilde kayıt altına alınan haberleşme ve konuşma içeriklerinin istisnaen delil olarak kullanılabileceği, başka bir anlatımla bazı durumlarda haberleşme ve konuşma içeriklerinin hukuka uygun bir yöntemle elde edildiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte kabulün gerekçesi hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, kendisine yönelik bir suçu ispat edebilmek amacıyla haberleşme ve konuşma içeriklerini kaydeden kişi meşru savunma zemininde bulunmaktadır[15]. Ancak özellikle meşru savunmadan söz

---

[8] BAŞBÜYÜK, s. 190.

[9] Anayasa'nın 38'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" denilmektedir.

[10] CMK'nın 217'nci maddesinin 2'nci fıkrası, "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*" hükmünü içermektedir.

[11] HMK'nın 189'uncu maddesinin 2'nci fıkrası, "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*" şeklinde düzenlenmiştir.

[12] Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.2001 tarih ve E: 1999/2 K: 2001/2 sayılı kararı; ŞEN, Ersan: Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 23; AKYÜREK, Güçlü: "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu" T*ürkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012 (101), s. 62-63.

[13] ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / F. SAYGILAR, Yasemin / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 426-427; ŞEN, Hukuka Aykırı Deliller, s. 163.

[14] Medeni usul hukukunda yer alan bu tartışma konu dışı olmakla beraber, bu alan açısından meseleye genellikle ispat hakkı ile özel hayatın korunması hakkı arasındaki denge üzerinden bakıldığı ve bu hususta yargı kararlarında da yeknesaklık bulunmadığı genel olarak söylenebilir. Detaylı bilgi için bkz. ÇİFTÇİ, s. 567 vd.

[15] ŞEN, Ersan: Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme – Gizli Soruşturmacı – X Muhbir, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 138-139.

edebilmek için gerekli olan savunmada zorunluluk bulunması şartının bu nevi olaylarda nasıl vuku bulacağı tartışmalıdır[16].

Diğer bir görüşte ise böyle bir durumda kişilerin zorunluluk halinden faydalanabileceği ileri sürülmektedir[17]. Ancak hukukumuzda zorunluluk hali aksi ve farklı yönde görüşler olmakla birlikte kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabul edilmektedir[18]. Dolayısıyla bu nevi olaylarda zorunluluk halinin delili hukuka uygun hale getirdiği kanaatimizce söylenemez.

Başka bir görüşte ise kişilerin kendisine yönelik bir suçu ispat edebilmek amacıyla haberleşme ve konuşma içeriklerini kaydetmesi Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun 64'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan hakkın kendi gücüyle korunması hukuka uygunluk sebebi bağlamında değerlendirilmektedir[19]. Hüküm, "*Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa verdiği zarardan sorumlu tutulamaz*" şeklinde düzenlenmiştir. Bir fiil hukuka uygunsa tüm hukuk düzeni açısından o fiil hukuka uygundur. Hukuka uygunluğun temeli ceza hukukuna dayanabileceği gibi diğer hukuk dallarına da yaslanabilir[20]. Zira hukuk düzeninin birliği ilkesi aksi uygulamayı engeller. Ancak ifade edilmelidir ki ihkak-ı hakkın istisnasını teşkil eden hakkın kendi gücüyle korunması hukuka uygunluk sebebinin tatbiki ağır şartlara tabidir[21].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun istikrarlı kabulüne göre ise "*kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda haberleşme ve konuşma içeriklerinin kayıt altına alınması hali hukuka uygundur*" ve bu suretle elde edilen deliller yargılamada kullanılabilir[22]. Yargıtay, bazı kararlarında görüşünü meşru savunma hukuka uygunluk sebebine dayandırmakta[23], bazı kararlarında ise sadece yukarıda zikredilen koşullara yer verilerek ancak hukuki zemin belirtilmeden değerlendirme yapmaktadır[24]. Ayrıca konuya ilişkin kararlarda, böyle durumlarda, haberleşme ve konuşma içeriklerinin kayda alınmasının CMK'da yer alan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ya da teknik araçlarla izleme koruma tedbirleri kapsamında görülmemesi gerektiği belirtilmektedir[25].

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 24.11.2021 tarihli 5283/27483 sayılı kararında, ev sahibi olan katılanın, kiracısı olan ve onlardan alacaklı olduğunu belirttiği sanıklarla telefonda yaptığı

[16] BAŞBÜYÜK, s. 169.
[17] ZAFER, s. 162; GÖKTÜRK, s. 183.
[18] ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 580; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 347-349.
[19] BAŞBÜYÜK, s. 196. Krş. ÇİFTÇİ, s. 688.
[20] ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / Çakır, s. 485.
[21] BAYSAL, Başak: Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 128-129.
[22] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 01.12.2020 tarih ve E:2018/39 K:2020/485 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13.12.2018 tarih ve E:2017/11 K: 2018/639 sayılı kararı.
[23] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 16.05.2019 tarih ve E:2016/1062 K: 2019/441 sayılı kararı.
[24] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.09.2022 tarih ve E:2019/660 K: 2022/580 sayılı kararı.
[25] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.04.2020 tarih ve E:2020/430 K: 2021/161 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.05.2013 tarih ve E:2012/1270 K: 2013/248 sayılı kararı.

görüşmelerini kaydederek elde ettiği ve kendisine karşı işlendiği iddia ettiği tehdit ve hakaret suçlarıyla ilgili olarak bir daha elde edilme olanağı bulunmayan kayıtları yetkili makamlara sunmak amacıyla topladığı dolayısıyla hukuka uygun bu kayıtların gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.04.2021 tarihli 430/161 sayılı kararında, kişinin kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda yaptığı ikinci görüşmeyi gizlice kayıt altına aldığı olayda kişinin kolluğa başvurmaması ve birinci görüşmeden sonra ses kayıt cihazı alarak konuşmayı kaydetmesi sebebiyle konuşma içeriklerinin hukuka aykırı delil vasfını taşıdığı ifade edilmiştir. Zira burada ani gelişen bir durum değil kurguya dayalı, hazırlıklı, planlı bir delil elde etme durumu söz konusu olduğundan delil hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir.

Yargıtay Ceza Daireleri ile Ceza Genel Kurulu'nun "*kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda haberleşme ve konuşma içeriklerinin kayıt altına alınması hali hukuka uygundur*" şeklindeki görüşü, Yargıtay Hukuk Daireleri kararlarına da yansımıştır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 14.01.2020 tarihli 3848/156 sayılı kararında kadının annesiyle yaptığı telefon görüşmeleri eşi tarafından rıza hilafına kaydedilmiştir. Bu kayıtlar ilk derece mahkemesinde hukuka aykırı delil olarak kabul edilmiş ve Yargıtay kararı onamıştır. Ancak bu kararda yer alan karşı oy gerekçesinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durum koşullarından yararlanılabileceği ve delilin hukuka aykırı elde edilmediği ileri sürülmüştür[26].

Yargıtay tarafından benimsenin kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlar koşulları kanaatimizce meşru savunmadan ziyade TBK'nın 64'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan hakkın kendi gücüyle korunması hukuka uygunluk sebebinin koşullarına daha uygundur[27]. Zira doktrinde kabul edildiği üzere, hakkın kendi gücüyle korunması hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesi için, kişinin korunacak bir hakkının varlığı (üçüncü kişi lehine hakkın kendi gücüyle korunması mümkün değildir); durum ve koşullara göre o sırada yetkili organlarının yardımını zamanında sağlayamayacak olma; hakkın korunması için başka bir imkân mevcut olmaması ve ölçülülük aranmaktadır[28].

Hem hukuk mahkemeleri hem de ceza mahkemeleri arasında birlik sağlanması amacıyla iddia ve savunma hakkı (özel hukuk açısından ispat hakkı) ile özel hayata saygı hakkı arasında dengenin gözetileceği bir hukuka uygunluk sebebinin kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu hususta Yargıtay Ceza genel Kurulu'nun benimsediği koşullar dikkate alınabilir.

[26] Krş. ZAFER, s. 146-147. Aksi yönde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2008 tarihli E: 17220 K: 13614 sayılı kararı.
[27] Benzer yönde bkz. BAŞBÜYÜK, s. 196.
[28] BAYSAL, s. 128-129; NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 114-115.

II. HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE ELDE EDİLEN HABERLEŞME VE KONUŞMA İÇERİKLERİ SEBEBİYLE CEZAİ SORUMLULUK

TCK'nın 132'inci maddesinde haberleşmenin gizliliğini ihlal[29]; 133'üncü maddesinde ise kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması[30] suçları düzenlenmiştir. Bu iki suç tipi arasındaki temel fark görüşmenin bir araç vasıtasıyla yapılıp yapılmaması noktasındadır[31]. Eğer bir araçla görüşme sağlanmaktaysa haberleşmenin gizliliğini ihlal, yüz yüze bir iletişim söz konusu ise kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu düşünülmelidir.

Haberleşme veya konuşmaya taraf olmayan kişi veya kişilerin haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi veya konuşmayı kayıt altına alması durumunda yukarıda zikredilen suçlar oluşacaktır. Öte yandan bu iki suç tipi incelendiğinde, iletişimin taraflarının görüşmeyi kayda almasının, farklı durumlar olmakla birlikte, suç teşkil etmediği söylenebilir. Zira haberleşmenin gizliliğini ihlal bakımından TCK'nın 132'nci maddenin 3'üncü fıkrasında, "*kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa edilmesi*" yaptırım altına alınmıştır. Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması bakımından ise TCK'nın 133'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında, "*kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi*" suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bir fiilin suç teşkil etmemesi, o fiilin işlenmesiyle elde edilecek delillerin hukuka uygun şekilde elde edildiği anlamına gelmez.

Daha önce ifade edildiği üzere, hukuka aykırılık belirlenirken hem hukukun her alanındaki pozitif metinleri hem de kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin evrensel hukuk ilkeleri dikkate alınmalıdır[32]. Haberleşme ve konuşmanın tarafı olan kişilerin diğer tarafın rızası olmaksızın görüşmeyi kayda alması suç teşkil etmese dahi kişilik hakkının ihlalini sonuçlar ve bu suretle elde edilen deliller hukuka aykırı olarak addedilir[33].

---

[29] TCK'nın 132'nci maddesi, "*(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır. (2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 2/7/2012-6352/79 md.) İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur. (4) (Mülga: 2/7/2012-6352/79 md.)"* şeklinde düzenlenmiştir.

[30] TCK'nın 133'üncü maddesi, "*(1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. (3) (Değişik: 2/7/2012-6352/80 md.) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dörtbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur*" hükmünü içermektedir.

[31] ZAFER, s. 150. KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 590-591.

[32] Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.2001 tarih ve E: 1999/2 K: 2001/2 sayılı kararı; ŞEN, s. 23; AKYÜREK, s. 62-63.

[33] BAŞBÜYÜK, s. 190.

Hukuka aykırı şekilde elde edilen haberleşme ve konuşma içeriklerinin kullanılması neticesinde genellikle iletişimin tarafı, hukuka aykırı kaydı alan kişi veya kişiler hakkında şikâyetçi olmakta; bu durumda haberleşme ve konuşma içeriklerini hukuka aykırı şekilde elde eden kişiler hakkında soruşturma ve kovuşturma başlamaktadır. Yargı kararlarında kabul edildiği üzere, kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda haberleşme ve konuşma içeriklerinin kayıt altına alınması hali hukuka uygundur ve dolayısıyla bu durumda suç teşkil eden bir fiil de bulunmamaktadır.

Öte yandan Yargıtay hukuka aykırı şekilde elde edilen haberleşme ve konuşma içerikleri açısından bunların üçüncü kişilerle paylaşılmaması veya bu yönde bir iddia ileri sürülmemesi ve kişinin iddiasını ispatlama amacını taşıması durumunda kişide hukuka aykırı hareket etme bilinci bulunmadığından hareketle suçun unsurlarının oluşmadığından bahisle CMK'nın 223'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının a) bendi uyarınca beraat kararı verilmesi gerektiği kanaatindedir[34]. Örneğin, eşinin başkasıyla yapmış olduğu yazışmaları dilekçe ekinde sunan sanık hakkında Yargıtay, haksızlık bilincinin bulunmadığından bahisle beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Zira burada yazışmalar üçüncü kişiler ile paylaşılmamış ve boşanmada davasındaki iddianın ispatlanması amacıyla elde edilmiştir[35].

TCK'nın kabul ettiği suç teorisine göre işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi (haksızlık hatası) cezalandırılmaz (m. 30/4). Dolayısıyla hukuka aykırılık bilincini, kastın kapsamında değil, kusurluluk bağlamında ve haksızlık hatası çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Ancak bazı suçların kanuni tanımında "*hukuka aykırı olarak*", "*haksız*" gibi ifadelere yer verilmek suretiyle hukuka aykırılık unsuruna özellikle işaret edilmiştir[36]. Bu duruma "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*" arasında sıklıkla rastlanmaktadır. "*Hukuka aykırı olarak*" "*haksız*" gibi ifadelere suç tipinde yer verilmesi, başka bir anlatımla, hukuka aykırılık unsuruna özellikle işaret edilmesi durumunda, bu suçlarda hukuka aykırılık, tipikliğe ait bir unsur özelliği kazanır[37]. Hukuka özel aykırılık halleri olarak adlandırılan[38] bu gibi hallerde, failin, gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırılığını da bilmesi gerekir. Dolayısıyla özel hukuka aykırılık hallerinde hukuka aykırılık bilinci, kastın bilme unsuruna dâhildir ve bu nevi suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir[39].

Öte yandan doktrinde bu hususta ayırım yapan bir görüşe göre, şayet "*hukuka aykırı olarak*", "*haksız olarak*" gibi ifadeler suç tipinin önünde, bütününün değerlendirilmesiyle ilgili ise bu, hukuka aykırılığın suçun genel bir unsuru olduğuna işaret eden fazladan bir ibaredir[40]. Böyle bir durumda kanun koyucu hâkimi, olayda bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını araştırması yönünde ikaz etmektedir ve hukuka aykırılık kastın kapsamında mütalaa edilemez, ancak kusurlulukla ilgili olarak haksızlık bilinci açısından bu

[34] Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 12.09.2022 tarih ve E: 2022/2424 K: 2022/5540 sayılı kararı; Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 11.01.2021 tarih ve E: 2020/2131 K: 2021/28 sayılı kararı.
[35] Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 27.01.2014 tarih ve E: 2013/10608 K: 2014/1504 sayılı kararı.
[36] Detaylı bilgi için bkz. GÖKTÜRK, Neslihan: Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2016, s. 408, vd.
[37] ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 488.
[38] KOCA / ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 268.
[39] ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 489.
[40] KOCA / ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 269-270.

ifade bir bağlantı noktası oluşturur[41]. Buna karşılık anılan ifadeler, münferit bir unsurun sıfatı olarak kullanılmışsa, gerçek bir tipiklik unsurudur ve kastın bu hukuka aykırılığı da kapsaması gerekir.[42]

SONUÇ

Kişilerin serbestçe haberleşmeleri ile sözün mahremiyetinin korunması hukuk devleti olmanın gereğidir. Öte yandan bir olayın ispatını kesin olarak sağlayabilecek niteliği haiz olan haberleşme ve konuşma içeriklerinin delil toplanması ve iddianın ispatlanması amacıyla kayıt altına alındığı sıklıkla görülmektedir. Şüphesiz haberleşme ve konuşma içeriklerinin delil olarak kullanılabilmesi, bunların hukuka uygun şekilde elde edilmesine bağlıdır.

CMK'da haberleşme ve konuşma içeriklerinin delil olarak kullanılabilmesine yönelik çeşitli koruma tedbirleri öngörülmüştür. Ancak bu koruma tedbirlerinin tatbik edilebilmesi özel hayata saygı hakkına müdahalenin daha aza indirilmesi amacıyla sıkı koşullara tabi kılınmıştır. Dolayısıyla bazı basit suçlar ve özel hukuk uyuşmazlıkları açısından haberleşme ve konuşma içeriklerinin delil olarak kullanılabilmesi zorlaşmıştır. Öte yandan doktrinde bazı koşullar altında basit suçlar yönünden de haberleşme ve konuşma içeriklerinin delil olarak kullanılması mümkün görülmüştür. Keza uygulamada da kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda elde edilen haberleşme ve konuşma içeriklerinin delil olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu durumun hukuki dayanağı noktasında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce, özel kişilerce elde edilen haberleşme ve konuşma içeriklerinin delil olarak kullanılabilmesinde TBK'nın 64'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenen hakkın kendi gücüyle korunması hukuka uygunluk sebebinden faydalanılmalıdır. Buna göre, hakkın kendi gücüyle korunması hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesi için, kişinin korunacak bir hakkının varlığı; durum ve koşullara göre o sırada yetkili organlarının yardımını zamanında sağlayamayacak olma; hakkın korunması için başka bir imkân mevcut olmaması ve ölçülülük aranmaktadır.

Hukuka aykırı şekilde elde edilen haberleşme ve konuşma içeriklerinin iddianın ispatı amacıyla kullanılması durumunda, icra edilen fiil sebebiyle kişilerin cezai sorumlulukları gündeme gelmektedir. Meseleye ilişkin olarak TCK'nın 132'nci maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal ve 133'üncü maddesinde hüküm altına alınan kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçları değerlendirilmelidir. Bu hususta Yargıtay, hukuka aykırı şekilde elde edilen haberleşme ve konuşma içerikleri açısından ekseriyetle bunların üçüncü kişilerle paylaşılmaması veya bu yönde bir iddia ileri sürülmemesi ve kişinin iddiasını ispatlama amacını taşıması durumunda kişide hukuka aykırı hareket etme bilinci bulunmadığından hareketle suçun unsurlarının oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmesi gerektiği kanaatindedir.

[41] KOCA / ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 270.
[42] GÖKTÜRK, Hukuka Aykırılık, s. 426-427.

Kaynakça

AKYÜREK, Güçlü: "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu" T*ürkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012 (101), s. 61-82.

AKYÜREK, Güçlü: *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m.134)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

BAŞBÜYÜK, İsa: "İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, Yıl 2017, s. 161-204.

BAYSAL, Başak: Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

BİRTEK, Fatih: *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCM m.132)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

GÖKTÜRK, Neslihan: Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması Suçu (TCK M. 133), *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 24, Ocak 2016, s. 149-198.

GÖKTÜRK, Neslihan: Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2016, s. 407-450.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

NOMER, Haluk N.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / F. SAYGILAR, Yasemin / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

ŞEN, Ersan: *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998.

ŞEN, Ersan: *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme – Gizli Soruşturmacı – X Muhbir*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

ZAFER, Hamide: *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.

BM GENEL KURULU'NCA VERİLEN "TEMİZ, SAĞLIKLI VE SÜRDÜRÜLEBİLİR BİR ÇEVRE HAKKI" KARARINA, "İKLİM ADALETİ" PERSPEKTİFİNDEN BİR BAKIŞ

Öğr. Gör. Şanser VURGUN*

ÖZET

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 28 Temmuz 2022 tarihinde, 161 olumlu oyla, "temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre" nin insan hakkı olduğunu kabul etmiştir. Kararda; temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkının "diğer haklar ve mevcut uluslararası hukukla bağlantılı" olduğu ve bu durumun teşvik edilmesi için ise, 'uluslararası çevre hukuku ilkeleri çerçevesinde' çok taraflı çevre anlaşmalarının 'tam olarak uygulanmasını gerektirdiği' belirtilmektedir.

Genel Kurul bu karara varırken ortaya koyduğu karar ve ifadelerde; iklim değişikliğinin sonuçlarının, doğal kaynakların elverişsiz yöntemlerle kullanılmasının, atıkların sağlıksız biçimde yönetiminin, biyoçeşitlilik kaybı ve ekosistem hizmetlerinin tüketilmesinden bahsederek, bunların temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevreden yararlanmaya engel olduğunu dile getirmiştir. Bununla beraber, çevreye verilen zararların, insan haklarının etkin bir biçimde uygulanmasında, doğrudan yada dolaylı anlamda negatif etkileri olduğunu *da kabul ederek,* kararın içeriğine devam etmiştir. Bu anlamda bilhassa uluslararası bir işbirliği ile, gelişmekte olan ülkelere ve onların kapasitelerinin arttırılması bakımından yardım edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Bu çalışmada, BM Genel Kurul kararının içeriği doğrultusunda, yukarıda ifade edilen ve kararın içeriğinde bulunan temel hususlar dikkate alınarak, uluslararası hukukun önemli bir öznesi olan ve Birleşmiş Milletler'in, insan hakkı olarak nitelendirdiği ve kabul ettiği bu karara, günümüz dünyasında önemli bir yer edinen "iklim adaleti anlayışı" perspektifinden bakılmaktadır. Bu anlayış doğrultusunda verilen kararın insan hakları bağlamındaki olası getirileri, devletlere olan yükümlülükleri ve bu bağlamda iklim adaleti ile olan ilişkisine yanıt aranmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler, İklim Adaleti, İnsan Hakları.

A LOOK AT THE DECISION OF THE UN GENERAL ASSEMBLY ON "RIGHT TO A CLEAN, HEALTHY AND SUSTAINABLE ENVIRONMENT" FROM THE PERSPECTIVE OF "CLIMATE JUSTICE"

ABSTRACT

On 28 July 2022, the United Nations General Assembly, with 161 affirmative votes, accepted a "clean, healthy and sustainable environment" as a human right. In the decision; it is stated that the right to a clean, healthy and sustainable environment is "linked to other rights and existing international law" and to encourage this situation requires the "full implementation" of multilateral environmental agreements "within the framework of the principles of international environmental law".

* Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, Yatağan Meslek Yüksekokulu, Adalet Programı., sanservurgun@mu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0119-2767.

In the decisions and statements made by the General Assembly while reaching this decision; Mentioning the consequences of climate change, the use of natural resources with unfavorable methods, the unhealthy management of wastes, the loss of biodiversity and the consumption of ecosystem services, he stated that these prevent benefiting from a clean, healthy and sustainable environment. However, it continued with the content of the decision, recognizing that the damage to the environment has direct or indirect negative effects on the effective implementation of human rights. In this sense, he stated that especially with international cooperation, developing countries should be assisted in terms of increasing their capacities.

In this study, in line with the content of the UN General Assembly resolution, taking into account the basic issues stated above and in the content of the resolution, this resolution, which is an important subject of international law and which the United Nations describes and accepts as a human right, has an important place in today's world. It is viewed from the perspective of "climate justice understanding". In line with this understanding, the possible returns of the decision in the context of human rights, its obligations to the states and in this context its relationship with climate justice will be sought.

Keywords: United Nations, Climate Justice, Human Rights.

GİRİŞ

Brileşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilen kararların uluslararası hukuka ilişkin sonuçları nın hukuk dünyası üzerindeki etki ve sonuçları oldukça büyüktür. Bu bakımdan usulüne uygun alınan kararlarının ortaya koyduğu hukuki sonuçlar ve devletlere yüklediği ödevlerin ehemmiyeti uluslararası hukuk kişilerince önemli derecede önemsenmektedir. Bu konuda 28.07.2022 tarihinde ortaya konan bu kararda da, gerek ortaya konan yükümlülükler bakımından gerekse içerdiği hak ve sorumluluklar bakımından devrim niteliğinde bir karar verilmiştir.

Çalışma içerisinde öncelikle kararla ilgili genel değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bununla beraber kararın ve içeriğinin iklim adaleti kavramı perspektifinde kısaca yorumlanmasına çalışılmıştır. Böylelikle, her ne kadar (haklı olarak) adalet ile biçimlendirilen bir kavramın, ortaya yeni konan bir insan hakkı ile ilgili yorumlanması ve olası etkilerinden bahsedilmeye çalışılmıştır.

Çalışmada kısaca kararın olası etkileri, iklim adaleti ile ilişkisi ve sonuçlarının ne olabileceği gibi sorulara yanıt aranmaya çalışılmış ve bu bağlamda teorik olarak literatür taraması yöntemiyle izah edilen sonuçlar ortaya konmuştur. Böylelikle ilerleyen süreçte ortaya çıkabilecek sorun ya da öneriler bakımından önemli çıkarımlar yapılmaya çalışılarak alanyazında oldukça az işlenilen bu konuda literatüre katkıda bulunulmaya çalışılmıştır.

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER (BM) GENEL KURUL KARARI VE İÇERİĞİ[1]

"Temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre", Birleşmiş Milletler'in 28 Temmuz 2022 tarihli Genel kararı ile insan hakkı olarak tanınmıştır. BM kararının içeriğine kısaca bakacak olursak, kararın verilmesi hususunda öne çıkan belirli etmenlerin olduğu söylenebilir. Buna göre,

[1] Çeviri için ayrıca bakınız: https://altiparmakhukuk.org/blog/bm-genel-kurul-karari-cevirisi-temiz-saglikli-ve-surdurulebilir-bir-cevre-h-88, Erişim Tarihi:26/06/2023. https://www.ihd.org.tr/bm-ilke-karari-bir-insan-hakki-olarak-guvenli-temiz-saglikli-ve-surdurulebilir-cevre-hakki/, Erişim Tarihi:26/06/2023. https://www.forseti.com.tr/makale/bmden-temiz-saglikli-ve-surdurulebilir-bir-cevreye-erisimin-evrensel-insan-hakki-oldugu-karari/, Erişim Tarihi:26/06/2023.

İklim değişikliği ve dolayısıyla ortaya çıkan sonuçların, bireylerin temiz ve sürdürülebilir bir çevreden yararlanmalarına engel olduğu ifade edilmektedir. Öyle ki, bu sonuçların çeşitli biçimlerle ekosistemi etkilediği ve ortaya çıkan zararlarla birleştiğinde ise, insan haklarının etkin bir biçimde uygulanması hususunda negatif etkilerinin olduğu ifade edilmektedir. Çünkü bu hakkın kabulü ile beraber, çevrenin korunması sağlanacak, ayrıca ilintili olan insan haklarının sağlıklı ve tam bir biçimde gerçekleştirilebilmesinin teşviki kolaylaştırılacaktır.

Hakkın gelişimi hususunda ise, öncelikle gelişmekte olan, az gelişmiş, yoksul ve sair ülkelere yardım edilmesi bakımından uluslararası işbirliğinin önemli olduğu vurgulanmıştır. Bununla beraber, dolaylı biçimde, çevreye verilen zararların insan hakları üzerindeki yansımaları her ne kadar birçok kişi ve insan topluluğunu etkiliyor olsa da, özellikle toplumun kırılgan (incinebilir) kesimlerinde yer alan (çocuklar, yaşlılar, engelliler, kadınlar) kişilerin bu durumdan en fazla derecede etkilendiği kabul edilmektedir.

Karar içeriğinde, insan haklarının korunması adına herkesin tedbir alma yükümlülüğü olduğu özellikle belirtilmiştir. Bununla beraber verilen zararlar karşısında bilhassa daha kırılgan olan kişi ve gruplar adına ek tedbirler alınması gerekmekte olduğu daha önceki kararlarda da ifade edildiği üzere tekrar edilerek altı çizilmiştir.

Birçok devlet, hali hazırda, yürürlükte olan anayasalarında, çeşitli mevzuatlarında ve politikalarında çevre hakkını farklı biçimlerde de olsa tanımış olsalar da, temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevrenin doğrudan insan hakkı olarak nitelendirilmesi, bu hakkın savunusu ve sonuçları bakımından önem arzedecektir.

Tüm bunlar ışığında BM Genel kurulunca;

1. Temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkını bir insan hakkı olarak *tanınmakta*;
2. Temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkının diğer haklar ve mevcut uluslararası hukuk ile bağı olduğunu *kaydedilmekte*;
3. Temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkının ilerlemesinin/teşvik edilmesinin uluslararası çevre hukuku ilkelerine uyarak, çevre ile ilgili çok taraflı anlaşmaların tam uygulanmasından geçmekte olduğunu *teyit edilmekte ve*;
4. Devletler, uluslararası kuruluşlar, ticari işletmeler ve diğer ilgili aktörler, herkes için temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevreyi güvence altına almayı öngören çabaları arttırmak için politikalar oluşturmaya, uluslararası işbirliğini geliştirmeye, kapasitelerini arttırmaya ve iyi uygulamaları bütünleştirmeye *teşvik etmektedir.*

II. BM GENEL KURUR KARARLARI VE BAĞLAYICILIK SORUNU

BM Genel Kurulu, BM'e üye olan tüm devletlerin temsil edildiği, bir tür "uluslararası parlamento" olarak nitelendirilmektedir. Bu parlamento içerisinde tüm üye devletlerce oluşturulan Genel Kurul'da, her devlet en fazla beş temsilci ile yer almaktdır. Üyeler genel kurulda eşit oy hakkına sahip bulunmaktadır.[2]

Genel Kurul, Güvenlik Konseyi'nin görev alanına girmeyen bütün konularda yetkilidir. Genel Kurul'un vermiş olduğu kararlar, kural olarak "*tavsiye niteliğinde*" olmakla birlikte, Kurulun Güvenlik Konseyi dışındaki Örgüt organlarına ilişkin kararlarının büyük bir bölümü bağlayıcı niteliktedir.[3]

[2] Gülmez, Mesut: Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, 2004, s. 3.
[3] Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 2012, s. 129.

İnsan haklarına ilişkin konular, Genel Kurul'un 3. Komitesi tarafından denetlenmektedir. Komite genel olarak, sosyal, insancıl ve kültürel sorunlardan sorumludur.[4] Güvenlik Konseyi de dâhil olmak üzere diğer bütün BM insan hakları organları, insan haklarına ilişkin yıllık rapor vermek suretiyle, Genel Kurul tarafından denetlenmektedir.[5] Bu bağlamda, Genel Kurul, söz konusu organlardan gelen raporları görüşmekte ve karara bağlamaktadır. Bununla birlikte, Genel Kurul, herhangi bir ülkedeki insan haklarının durumunu araştırma ve/veya tartışmaya açma yetkisine de sahiptir. İlaveten, olağanüstü toplanma yetkisine de sahip olan Genel Kurul, yapılan acil oturumlar aracılığıyla, bir ülkede yaşanan insan haklarına ilişkin sorunları çözmeye yönelik çalışmalar yapabilmektedir.[6]

Genel Kurul gerek karar almak suretiyle gerekse yayımladığı bildirilerle, insan hakları ihlallerine karşı harekete geçmeleri için BM organlarına tavsiyelerde bulunabilmektedir. Her ne kadar bu karar ve bildiriler bağlayıcı olmasalar da, oylamaya katılan devletlerin çoğunluğunun düşüncesini yansıtmasından dolayı, insan hakları organları üzerinde önemli bir etkiye sahiptirler[7]. Nitekim Genel Kurul'da oybirliğiyle ya da ortak mutabakat ile alınan kararlar, ilgili konularda örf ve adet kurallarının varlığının güçlü kanıtını oluşturabilmektedir.[8] Ayrıca BM'in devletler üzerindeki mevcut olan maddi ve manevi yetkileri sebebiyle de ortaya çıkan herhangi bir problem, devletlerce önemli ölçüde dikkate alınmaktadır.

III. TEMEL SORUN: İKLİM ADALETİ KAVRAMI

1. Tarihçe

Temelde iklim değişikliği ile başlayan bu kavramın ana çıkış noktası, ABD de 1960lı yıllara denk düşmektedir. O yıllarda özellikle Afro Amerikanların önderliğindeki bir grup aktivistin, öncelikle çevrecilik ve medeni haklar alanı ile ilgili çevresel birleşme mottosundaki büyük eylemleri bu anlayışın temelindeki tartışmaları ortaya çıkarmıştır. Daha sonra 1983 yılında zehirli atık depolarına karşı başlatılan eylemlerle devam eden bir süreç ortaya çıkmış ve nihayetinde 1990 yılında "ırksal ve çevresel tehlikelerin insidansı (riski)" adında bir akademik konferans ile teorik yazınsal anlamda bilimsel bir geçerliliği de beraberinde getirmiştir. Bu konferansta; iklimsel adalet, ırk, yoksulluk gibi konuların birbiri ile ilişkili olduğuna değinilmiştir.[9]

ABD de bu kavramın ortaya çıkışı hususunda, öncelikle "çevresel adalet" üzerinde yoğunlaşılmıştır. Fakat özellikle Afro Amerikalıların yaşamlarından da kesitlerle ifade edilebildiği ölçüde, çevresel adaletin «adaletsizliği» olarak ifade edilmekteydi. Çünkü bu kişiler "beyaz" şeklinde tabir edilenlere ya da "zenginlere" oranla çok daha eşitsiz, savunmasız ve örgütsüz bir biçimde yaşamakta ve sömürülmekte olduklarını ifade etmektediler. Bu gruplar, söz konusu ayrım ve zorlukları sosyal anlamda da sonuna kadar yaşamışlardır. Bu bakımdan özellikle çevresel maliyetlerin ve faydaların dağılımı, eşit koşullarda yaşam ve eşit haklara sahip olmak gibi temel isteklerde bulunmuşlardır. (Kaldı ki, başlarda yoğunlaşılan çevresel

[4] Schmidt, Markus: "United Nations", *International Human Rights Law*, (Edited by: Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford 2010, s.427, Ayrıca Aktaran: Çalık, Tacettin: Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları İle İlişkisi, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:6, Sayı:4, 2016, s.1098.

[5] Topal, Ahmet Hamdi: "Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması", *Mevzuat Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 83, Kasım 2004, par. 7, http://www.mevzuatdergisi.com/2004/11a/01.htm, Erişim Tarihi, 19. 9. 2014.

[6] Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009, s. 389.

[7] Kalabalık, s. 388, Ayrıca Aktaran: Joseph Sarah/ Kyrıakakıs Joanna: "The United Nations And Human Rights", Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010, s.6

[8] Joseph Sarah/ Kyrıakakıs Joanna: "The United Nations And Human Rights", Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010., s.6

[9] Schlosberg, D., & Collins, L. B.: From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change, 5(3), 2014, 359–374. doi:10.1002/wcc.275

adalet kavramı aslında iklim adaleti kavramı ile temelde aynı manalarda kullanılmaktadır. Teorik anlamda da incelendiğinde, önceleri bu kavram kullanılmakta olup daha sonra iklim adaleti terimi ve kavramına yoğunlaşılmıştır.) [10]

ABD'de başlayan bu süreç daha sonra bir çok ülkeye de yayılmış, ve içeriğine şehir planlaması, çevresel etmenler, ulaşım, çevre sağlığı, afet yönetimi, su durumu gibi hususlar da eklenmiştir. Böylece bu tanımlama ve terim iklim adaletine değin evrilen bir sürece doğru gitmiştir. Bu anlamda işin bilimsel boyutu günümüzde "iklim adaleti" ile ifade edilmektedir.

Bu konuda ABD içi vahametin ve belirliliğin ortaya çıkması tam anlamıyla "2005 Katrina Kasırgası" ile olmuştur denebilir. Çünkü yaşanan kasırgayla beraberi şehirdeki ayrımcılık, yoksulluk, savunmasız gruplar, iklim savunmasızlığı, afet yardımı gibi ihtiyaçlar ve adaletsiz dağılımın sonuçları daha da belirginleşmiştir. Ayrı tarihlerdeki iklim konferansları ile de, akademik ortamda iklim değişlikliğinin ciddi bir tehlike yarattığı ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Bu konuda atılan en önemli adımların başında Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (BMİDÇŞ) gelmektedir. Bu sözleşmeye ek olarak; Kyoto Protokolü ve Paris Anlaşması da bu konuda önemli bir yere sahiptir. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi uyarınca, her yıl İklim değişikliğine ilişkin taraflar konferansı olan COP (conferences of parties) düzenlenmektedir.[11]

Bu konuda düzenlenen söz konusu toplantılarda atılan en önemli adımlardan biri COP6 konferansında gerçekleştirilmiştir. COP6 konferansını diğerlerinden farklı kılan şey, 10 iklim adaleti ilkesi kabul edilmiş olmasıdır. Bu ilkelerden genel olarak bahsetmek gerekirse; fosil yakıt kullanımı, hassas grupların korunması, yenilenebilir enerji gibi önemli adımlar birer ilke olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

COP konferansı en son, COP27 adı ile 2022 yılında gerçekleştirilmiştir. Bu konferans 6-18 Kasım 2022 tarihleri Mısır'ın Şarm El Şeyh kentinde gerçekleştirilmiştir. Genel olarak sonunca COP konferansının sonuncusu, küresel ısınma ve sera gazı salınım oranlarını azaltmak gibi temel amaçlar doğrultusunda 194 ülkenin katılımıyla gerçekleştirilen organizasyon olarak tarihe geçmiştir.[12]

Paris Anlaşması ise, iklim adaleti kavramı, kayıplar, ulusal katkı beyanları gibi konularda önemli bir konumdadır. Bilhassa farklı adalet tipleri bakımından dağıtıcı adalet ve telafi edici adalet bakımından bu anlaşma hükümleri uygulamada önemli bir yere sahiptir.[13]

2. Tanım

Tanım itibariyle betimlemek gerekirse, iklim adaleti kavramı, dünya üzerinde iklim değişikliğinin yaşanması hususunda, en az etkiye sahip olan kişi ya da grupların, iklim değişikliği sonucu ortaya çıkan ya da çıkanbilecek olumsuz sonuçlardan en fazla etkilenen kişi ya da gruplar olduğu anlayışını ortaya koyan bir ifade olarak tanımlanmaktadır.[14]

---

[10] Schlosberg, D., & Collins, L. B.: From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change, 5(3), 2014, 359–374. doi:10.1002/wcc.275

[11] Kyoto Protokolü ve BMİDÇS konularına bu çalışmada değinilmemiştir. Paris Anlaşması ise, özellikle adalet teorileri bakımından önemli bir yere sahip olduğu için kısaca bahsedilmiştir.

[12] https://tr.wikipedia.org/wiki/2022_Birle%C5%9Fmi%C5%9F_Milletler_%C4%B0klim_De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi_Konferans%C4%B1, Erişim Tarihi:27/06/2023.

[13] Kaya, Yasemin: " Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 14, Sayı 54, 2017, s. 99-103.

[14] Shue, Henry: Climate Justice: Vulnerability and Protection, Oxford, Oxford University Press, 2014, s.119.

Bu bağlamda, İklim değişikliği ve buna bağlı sonuçların meydana gelmesi konusunda en büyük role sahip olan ülkelerin başında, günümüz dünya koşullarında, özellikle sanayileşmenin de önemli bir yoğunlukta gelişim sağlaması sebebiyle büyük rol oynadığı Çin ve ABD gelirken, ortaya çıkan olumsuz koşullardan en çok etkilenen bölgelerin başında ise Afrika yer almaktadır.[15]

İklim adaleti, farklı kaynaklara göre, iklim değişikliğini temeline yerleştiren ve ayrıca çevresinde her tür toplumsal eşitsizlikleri ve yapısal şiddet olarak ifade edebilecek şiddet türlerine değin geniş bir yelpazeyi içeriğinde barıdıran bir bir çerçeve yapıdır. İklim adaleti kavramı, bilhassa yaklaşık olarak son on yılda kamu tartışmalarında ve taban kampanyaları sayesinde büyüme ve gelişme göstermiştir. Bilhassa bu yolda, herhangi bir kar amacı gütmeyen ve özellikle çevresel anlamda faaliyetleri bulunan STK'lar (örneğin: greenpeace vs) insan hakları, eşitsiz kalkınma ve iklim değişikliği arasındaki bağlantıyı söz konusu kavramlar dâhilinde giderek daha fazla kurmakta, dile getirmekte ve negatif sonuçların yol açabileceği olumsuzluklara dikkat çekmektedir.[16]

Teorik olarak incelendiğinde, genellikle alanyazında bir insan hakları sorunu olarak sunulan ve bu biçimde değerlendirilen iklim adaleti tartışmaları, temelde iklim değişikliği kavramına ve bu kavramın dağıtımsal etkilerine odaklamaktadır. Kaldı ki, daha önce de ifade edildiği üzere, bu etkilerin orantısız bir biçimde en yoksul ve en az dezavantajlı durumda bulunan kişi ya da gruplara yükümlülük yüklediğine de oldukça fazla sayıda kaynakta dikkat çekilmektedir. Buradan hareketle, iklim adaleti alanında gerçekleşen (ve hatta doğrudan bi çalışmanın konusu olmayan) pek çok tartışmada da, bilhassa gelişmekte olan ve gelişmiş ülkeler arasında, iklim değişikliği etkilerinin küresel olarak ne biçimlerde yer aldığı ve evleviyetle ne kadar kötü bir dağılımın gerçekleştiği incelenmektedir.[17]

Nihayetinde ortaya çıkan sonuçlar göstermektedir ki, yaşanılan tüm olağan dışı iklim olayları, bu konuda en fazla zarar payına olan kesime değil, tersine bu konuda en az zarar payına sahip olan kesime önemli boyutlarda zararlar vermektedir. Bu hususta, yapılan çalışma ve veriler göstermektedir ki, iklim değişikliği hususunda ortaya çıkan, ekonomik ve/veya toplumsal anlamdaki olumsuzluk ve yıkımın % 80'inin "gelişmekte olan ülkeler" klasmanında yaşanacaktır.[18] Bu da gerek iklim adaletinin amacı, yaşananların vahameti ve ortaya çıkan zararların telafisi bakımından zaten elinde kendini yeterince koruyamayan topluluklar bakımından oldukça korkutucu sonuçlara gebe bir mahiyet olarak ifade edilebilir.

IV. Adaletsizliğin teorik yansıması olarak İklim Adaleti:

İklim değişikliğine ve çevresel bozulmaya karşı en savunmasız durumda olan insanların ve/veya toplulukların çoğu, yani ortaya çıkan problemden en çok etkilenenler, halihazırda yoksul olan kişi ya da gruplar, veyahut küresel ekonomik faaliyetlerin getirilerinden büyük ölçüde dışlanmış olanlardır. [19]

Bu bağlamda, özellikle bu grupların sahip oldukları kaynakların derecesi ya da maruz kaldıkları olumsuzluklar incelendiğinde, insan kaynaklı iklim değişikliğinin sorumluluğunun da eşit olmayan bir şekilde dağıtıldığı gözlemlenmektedir. Örneğin; Dünya üzerinde ölçülen **tarihsel emisyonların çoğu, artan sıcaklıklara uyum sağlamak için en fazla kaynağa ve kapasiteye sahip olan en zengin ülkelerden** gelmektedir. Ve ilginç bir biçimde bu devletlerin, bu soruna ilişkin ortaya koydukları çözümleme ya da çözme girişimlerinin oldukça az olduğu bilinmektedir. Bilgilere ek olarak, iklim değişikliği,

[15] https://www.helpzone.org/iklim-degisikliginin-onemli-kavrami-iklim-adaleti/, Erişim Tarihi:27/06/2023.
[16] Porter vd.: Climate Justice in a Climate Changed World, Vol:21, Issue:2, *Planning Theory&Practice*, 2020, p1.
[17] Porter vd.: Climate Justice in a Climate Changed World, Vol:21, Issue:2, *Planning Theory&Practice*, 2020, p1.
[18] https://www.helpzone.org/iklim-degisikliginin-onemli-kavrami-iklim-adaleti/, Erişim Tarihi:27/06/2023.
[19] https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf, Erişim Tarihi:27/06/2023.

yapısal ırkçılık gibi diğer eşitsizliklerle de yakından ilişkilidir. Misalen, aynı ülke veya şehirde bile, etnik kökenleri, cinsiyetleri veya diğer faktörler ve özellikleri nedeniyle toplumda daha az ayrıcalığa sahip kişilerin, iklim değişikliğinden en fazla etkilendiği bilinmekte ve gelecek bakımından da ortaya çıkacak sorunlar bakımından etkilenmesi de muhtemel gözükmektedir.[20] Hatta farklı bir alan ve konu üzerinden yaklaşmak gerekirse, dünya üzerinde bir çok farklı ülke ve kesimlerde (her ne kadara farklı bir çalışma konusu olsa da) herhangi bir biçimde kişilerin zorunlu olarak göçe ya da yerleşim yerinden uzaklatırılması hususunda zorlanan kişilere dair en önemli gerçeğin, bu konuda etkisi olan devletlerin kimler olduğu bilinmesine ve hatta bu devletleri sorun çözücü ya da bir nevi sınır açıcı konumda bulunmasına rağmen, yine aynı devletlerin mağdurlara kucak açmayan ve hatta bilerek ve isteyerek sınırlarını kapatan devletler olduğu da bilinmektedir.

Aynı minvalde değerlendirildiğinde ve fakat nesiller arası bir temelde düşünüldüğünde ise, gençler ve gelecek nesillerin, -iklimsel bağlamda en çok karşılaşılan bir sorun tipi ve örneği olarak- sıcaklıkların yükselmesine en az katkıda bulunmuş halde olmalarına karşın, içinde bulunduğumuz yüzyıl boyunca iklimsel krizlerin bir neticesi oalrak aşırı sonuçlardan da en çok onların zarar göreceği bilimsel olarak öngörülmektedir. Dolayısıyla , 'iklim adaleti' kavramı, iklim eylemi argümanının merkezinde yer bulmuş olan bir nevi etik bir meydan okuma olarak ifade edilebilir. Bu anlayışla beraber, iklim değişikliği; adaletsizliği temele alan, politik bir duruşa sahip, ekonomik bir sorun olarak belirmektedir. Nihayetinde de, toplumda bu minvalde kaynaklanan eşitsizliklerle doğal bir bağıntı kurulmaktadır.[21]

Ayrıca Paris Anlaşmasında da ifade edildiği üzere, iklim adaleti kavramı, dağıtıcı adalet ve telafi edici adalet kavramlarına uygunluk bakımından da önem arzetmektedir. Yani gelişmiş ülkelerin, gelişmekte olan ülkelere yardım etmesi, finansal destek sağlaması ve ortaya çıkan zararların telafisinde yardımcı olmaları gerekmektedir.[22]

Şu ana dek aktivistlerce sürdürülen gelişmeler babında, iklim adaleti iddiaları, genellikle ülkelerdeki hukuki düzen elverdiğince yasal sistem aracılığıyla sürdürülmeye çalışılmaktadır. Yasal sistemler, çeşitli "topluluklara ait haklar", "endüstri atıkları" ve "çeşitli bölgelerin diğerlerine oranla haksızca ve bilerek kirletilmesi" gibi faaliyet örnekleriyle mücadele etmek için kullanılmaktadır. Bununla birlikte, bu konuda adım atmaya çalışan özellikle düzenleyici kurumlar yetersiz finansal eksikliği, dava açma hakkına sahip olduğuna ilişkin sorunlar, ya da ilgili toplulukların sorunları bağımsız olarak gündeme getirmesini zorlaştırılmakta ve bu tür yasaların çıkarılması ve (belkide aslen) uygulanması genellikle zorlukla karşılaşılmaktadır.[23]

Günümüzde gelinen noktada birçok iklim değişikliği ve iklim adaleti davası bulunmakta olup, bu durum iklim adaleti konusunda önemli bir zemin dalgası oluşturmuş bulunmaktadır. (https://climate-laws.org/ sorgulanabilir..)[24]

Tabii ki bu durumun etkin bir biçimde savunulması ve hakkaniyete uygun kararların verilebilmesi adına, devletlerin yasal mavzuatlarında bir takım reformlara ve değişikliklere ihtiyaç duyulmaktadır. Öyle ki;

[20] https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf, Erişim Tarihi:27/06/2023.

[21] https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf, Erişim Tarihi:27/06/2023.

[22] Kaya, Yasemin: " Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 14, Sayı 54, 2017, s. 99-103.

[23] Farklı bir yorum için ayrıca bkz.: Kaya, Yasemin: Paris Anlaşması ve İklim Adaleti, Barolar Birliği Sunumu., https://chk.barobirlik.org.tr/dokuman/videosunum/19112021.pptx

[24] https://climate-laws.org/, Erişim Tarihi:27/06/2023.

günümüzde kimi örneklerini gördüğümüz üzere, bazı davalarda belirli nüfuzlu kişi ya da kurumlarca, yapılanlar es geçilerek bu durumun ilgili kurumlarca bireylere katkıda bulunmak türünde ilginç bir savunuyla (!) insan haklarına ve anayasal ilkelere uygun olduğu dahi ifade edilmektedir (!) (Örneğin: Bir inşaat markasının taraf olduğu Bodrum Cennet Koyu Davası gibi..)[25]

V. KARARIN HAK OLARAK KABULÜ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kısaca İnsan Hakkı Kavramı

İnsan hakları, hukuk teroisi bakımından ele alındığında, en genel nitelendirme ile, «*kişilerin sırf insan olmaları sebebiyle sahip oldukları haklar*» olarak nitelendirilmektedir. Tarihsel açıdan ele alındığında, bu nitelendirmenin ilk çağ filozoflarına değin uzandığı bilinmektedir.[26]

Teorik anlamda incelendiğinde, insan hakları konusu ile ilgili en temel kavramın; «insan onuru» kavramı olduğu görülmektedir. İnsanı değerlerin atfedildiği bir kavram olan insan onuru kavramı; insanı, insan yapan temel değer olarak betimlenilmektedir. Yani, insanı değerli kılan ve onu diğer varlıklardan ayıran temel değerdir. Çünkü bu değer onu, onurlu (haysiyetli) kılmaktadır. Dolayısıyla her insan, doğası ve varoluşu gereği onurlu bir varlık olarak nitelendirilmektedir.[27]

Bireyler, sırf insan türüne ait oldukları için dahi, değerli kabul edilmektedir. Bu durum insana aynı zamanda bir ahlaki ödev de yüklemektedir. Bu ödev, sahip olduğu onurun, her şartta ve «herkes» için korunmasıdır. Dolayısıyla insan, hem bireyleri *birbirinden*, hem de bireyleri *devletten* her koşulda korumalıdır.[28]

Teorik anlamda incelendiğinde, insan haklarının aşağıdaki biçimde sınıflandırıldığını görmekteyiz. Buna göre,

Birinci Kuşak Haklar (Klasik Haklar) : Ticaret yoluyla zenginleşen burjuvalar sayesinde ortaya çıkan kendi sınıfsal çıkarlarını korumak için «özgürlük» temelli haklar olduğu bilinmektedir. Örn: Yaşam Hakkı, Kişi Özgürlüğü, Kişi Güvenliği vs.[29]

İkinci Kuşak Haklar (Sosyal Haklar) : Birinci kuşak hakların tam olarak yetmediği anlaşıldığında, bireyler, devletten pozitif bir yükümlülük istemeleri sonucunda ortaya çıkmıştır. Örn: Çalışma Hakkı, Sendika Kurma Hakkı, Sağlık Hakkı, Sosyal Güvenlik Hakkı vs.[30]

Üçüncü Kuşak Haklar (Dayanışma Hakları) : II. Dünya Savaşı sırası ve öncesinde, kültürel grupların kendi kimliklerini koruma çabaları sonucunda ve bilim ve teknolojide yaşanan ilerlemelerle beraber belirli sorunlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu minvalde bireylerin kendilerini ait hissettikleri etnik, dini, tarihsel, evresel ve sair anlamdaki hak talepleri ile ortaya çıkmıştır. Örn: Kültürl Kimlik Hakkı, Çevre Hakkı, İnsanlığın ortak mal varlığına saygı hakkı vs.

Dördüncü Kuşak Haklar : Bilim ve teknolojinin gelişmesi sonucu, insan onurunun korunması bakımından yeni hakların ortaya çıkması zorunlu hale gelmiştir. Yaşanan gelişmelerle insan onuru hem güvence altına

---

[25] https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/iste-cennete-cokusun-hikayesi-memleketin-ozeti-bu-davada-sakli-1843525, Erişim Tarihi:27/06/2023., https://www.gazeteduvar.com.tr/cengiz-insaattan-cennet-koyu-aciklamasi-danistay-karari-bizi-etkilemiyor-haber-1574186, Erişim Tarihi:27/06/2023.

[26] Griffin, James (2008). On Human Rights, Oxford University Press, p.38.

[27] Uygun, Oktay: Devlet Teorisi, İstanbul: On iki Levha Yayınları, 7. Baskı, 2020, s.504.

[28] Uygun, Oktay: Devlet Teorisi, İstanbul: On iki Levha Yayınları, 7. Baskı, 2020, s.505.

[29] Uygun, s.533.

[30] Uygun, s.534-535.

alınmış hem de insan haklarının temelinde bulunan insanın gelişim potansiyeline de katkıda bulunulmuştur. Bu haklar; Kişisel bütünlük hakkı, Kişisel verilerin korunması hakkı dır.[31]

İklim Adaleti kavramı ise, temelde çevre hukukuna dair bir kavram olarak görülmesi hasebiyle üçüncü kuşak haklar arasında bulunmaktadır. Bu hususta, üçüncü kuşak haklar bakımından özellik gösteren temel etmenler olan, bireylerin kendilerini ait hissettikleri ortam, çevre ve kimlik arayışları bu hakkın temelinde bulunmaktadır. Dolayısıyla bu hakkın teoride bir «dayanışma hakkı» olarak yer bulduğu, bir insan hakkı olduğu ve çevresel etmenler içerdiği unutulmamalıdır.

Kararın Değerlendirilmesi:

BM Genel Kurulunda, Türkiye** dahil, üye ülkelerden 161 tanesi karara 'evet' oyu vermiştir. Kurulda hiç 'hayır' oyu verilmezken, 8 ülke ise 'çekimser' oy vermiştir. Bu ülkeler: **Rusya, Çin, Belarus, İran, Suriye, Kamboçya, Etiyopya ve Kırgızistan'dır.

Çekimser kalan bu üye ülkelerin ortaya koyduğu çekimser oy gerekçelerine baktığımızda;

Çin temsilcisi; yerel ülkeleri içinde ulusal insan hakları eylem planının çevre haklarıyla ilgili bir bölüm içerdiğini, her ne kadar BM'nin çevresel konulardaki tartışma ve olumlu uygulamaları teşvik etme isteklerini kabul ettiğini beyan etmiş ve fakat, **çevre hakkı konusunda, insan haklarıyla ilişiği konusunda herhangi bir anlaşma olmadığını,** ifade etmiş ve gereksiz aceleden kaçınmak için daha fazla zaman, sabır ve çaba talep etmiştir.

Rusya Federasyonu temsilcisi, böyle bir hakkın, münhasıran uluslararası anlaşmalar ile tanınması halinde bir haktan bahsetmenin mümkün olacağını, BM Genel Kurul kararı yönteminin ise hukuki açıdan tartışılabilir olduğunu ve olumsuz sonuçlar doğurabileceğini söylemiştir.

Belarus temsilcisi de; özel bir insan hakları kategorisini tanımanın ancak evrensel, yasal olarak bağlayıcı bir belge aracılığıyla yapılabileceğini kabul ederek, çekimser kalacaklarını açıklamıştır.

İran temsilcisi; karar taslağının gelişmekte olan ülkeler bakımından çevresel taahhütler içerdiğinden dolayı, ek yükler getirmeye çalıştığını, devletler arasında net bir biçimde tanımı ve anlayışı olmayan bir insan hakkının tanıdığını, metinde tek taraflı ve zorlayıcı mahiyetlerdeki önlemlere atıfta bulunulmadığını gözlemleyerek, ilgli hakka ilişkin engelleri ve uygulama araçlarını ele almadan üye devletlerin endişelerinin uygun şekilde dikkate alınmadığını, bu nedenle, çekimser kalacaklarını açıklamıştır.

Suriye temsilcisi; şiddetli hava olaylarının gelişmekte olan ülkeler üzerindeki olumsuz etkisi göz önüne alındığında, delegasyonunun kalkınma ihtiyaçlarını ve ortak ancak farklı sorumluluklar ilkesini vurgulamanın değerini gördüğünü, Heyeti'nin endişelerinin metne yansımamasından üzüntü duyduğunu, konunun önemi nedeniyle Suriye'nin karar taslağına karşı oy kullanmayacağını ancak çekimser kalacağını açıklamıştır.

Kamboçya, Etiyopya ve Kırgızistan delegeleri de aynı biçimde, kısaca "ek yükümlülüklerin kendileri için sorun ve yük teşkil edeceği"nden bahisle bu karara vardıklarını ifade etmişlerdir.[32]

*Çekimser devletlerin gerekçelerini değerlendirdiğimizde, iklim adaleti anlayışının temelinde bulunan argümanlar, çekimser oy kullanan devletlerden önemli bir çoğunluğu bakımından da -bir nevi adaletsizliğe dem vurularak- tam da gerekçelerinin kalbine yerleştirilmiştir denebilir. Özellikle Suriye, Kamboçya,

[31] Uygun, s.536.

[32] https://www.forseti.com.tr/makale/bmden-temiz-saglikli-ve-surdurulebilir-bir-cevreye-erisimin-evrensel-insan-hakki-oldugu-karari/

Etiyopya gibi devletler, diğer devletlere nazaran "gelişmekte olan devletler" skalası içerisine dahil edilebilecek türdeki devletler arasındadır. Pek tabii ki, kararın içeriği bakımından bu argümanı değerlendirdiğimizde, karar içeriğinde bu olumsuz yargı ve düşüncelerin bertarafına yönelik adım ve yükümlülükler bulunmaktadır. Bu bakımdan olumlu olan bu hususu dile getirmek oldukça önem arzetmektedir.

*Verilen karar, Paris Anlaşması'nda belirtilen ve ön plana koyulan dağıtıcı adalet ve telafi edici adalet bakımından uygun bir tavır ortaya koymaktadır. Bu iki adalet teorisi, bilhassa verilen zararların sorumluluklarının üstlenilmesi, zararların giderilmesi ve/veya zararların telafi edilmesi bakımından önem arz etmektedir. Kararda da özellikle gelişmiş devletlerin, gelişmekte olan devlet ve topluluklara karşı olabilecek olası yardımları göze çarpmaktadır. Kaldı ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, çekimser kalan ülkeler tam da bu konuda çekimserlik göstermiştir. Her ne kadar kararın içeriğinde yükümlendirilen bu temel çekinceler, bir nevi temellendirilmiş gibi gözükse de, yükümlülük yüklemekten öteye gidemediği düşünülmüş olsa ki, çekimser kalan ülkeler bu anlamda tam olarak ikna edilememiş ya da BM'ce düşüncelere inandırılamamışlardır denebilir.

*Uluslararası hukuk bağlamında önemli bir yeri olan bu karar, karar içeriğinde de temel alınan anlayış uyarınca tek taraflı bir katılımdan ziyade birden fazla ülke, örgüt ve topluluğun katılımını ortaya koymaya çalışmakta ve bu bakımdan yapılabilecek her tür düzenlemenin ulusal hukuk sistemlerini aşkınlığı ve pozitif hukuka uygun olması konusunda önem arzetmektedir.

*Kararın önem verdiği bir başka husus olarak, gelişimlerin Çevre hukuku ilkelerine uygun biçimde şekillendirilmesi ve bu konuda, BM'in yargı yetkisini tanıyan devletlerce ortaya konulması hususunda gerek devletlerin anayasa gerekse diğer mevzuatsal hükümlerinin bu minvalde düzenlemelerinin karar ile beraber bir ödev mahiyetine dönüştürülmesi de olumlu bir edim ve yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.

-Tüm bunlar yapılırken, bu hakkın diğer haklar ile bağlantılı olduğu ve sonucunda diğer hakların kullanımına pozitif etki edeceği unutulmamalıdır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Birleşmiş Milletler, uzun zamandan beri insan haklarının geniş çevrelerce kabulü, benimsenmesi ve evrensel bir kavram haline gelmesini sağlamaya çalışmaktadır. Bununla beraber, insan haklarına ilişkin kavramların geliştirilmesi, hakların uygulamaya dökülmesi konulması ve ülkelerce pozitif hukuka entegre edilmesi hususunda da önemli bir rol oynamış ve oynamaktadır.

Birleşmiş Milletler içeriğinde bulunan ana organları ve yardımcı organları ile beraber, bünyesinde oluşturulan sözleşmeler ve mevzutların da etkisiyle, insan haklarına saygılı olmayı öne planda tutmakta, ülkeleri buna teşvik etmekt, bununla beraber de insan haklarına ilişkin ihlalleri önlenmeye çalışmaktadır.

Pek tabii ki uluslararası toplum söz konusu olduğunda, otorite boşluğunun bulunması, insan haklarının yeteri kadar korunması hususunda en büyük eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletlerin, herhangi bir vatandaşın haklarını ihlal etmemeye, onları insan haklarına saygı göstermeye (sözüm ona) zorlayacak bir otoritenin bulunmaması temel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. İş bu bağlamda Birleşmiş Milletler, bu otorite boşluğunu kısmen dahi olsa doldurmaya çalışmaktadır.

Birleşmiş Milletler sistemi içerisinde bir parlamento olarak görev yapan Genel Kurul, yapılan oylamalar ve görüşmeler doğrultusunda belirli kararlar almaktadır. Böylece aldığı kararlar doğrultusunda, insan haklarına ilişkin belgeleri kabul etmektedir. Fakat bundan öte bir görevi bulunmamaktadır. Söz gelimi insan hakları bağlamında ihlalleri durumunda Güvenlik Konseyi çeşitli görevlerde bulunmaktadır. inisiyatif alabilmektedir. Yani bir nevi aksiklik olarak dile getirmek gerekirse, bireylerin şahsi anlamda başvurabilecekleri yargı mekanizması "Kişisel ve sosyal haklar sözleşmesi" uyarınca kurulmuş olan komite dışında bulunmamaktadır. Bu başvuru hali de komite yetkisinin kabulu dahilinde ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan bireyler ve devletler anlamında hüküm ifade eden bir mekanizmada ortaya çıkan yargısal savunu yolları da yetersiz kalmaktadır denebilir.

Bu hususla birlikte her ne kadar yargısal mekanizmaları işlevi çok önemli olsa da, belirli kavramların insan hakkı olarak nitelendirilmesi hususu da, gerek geniş kitlelerce kabul ve meşruiyetin sağlanması, gerekse ilgili hakların uluslararası hukuka entegre edilmesi bakımından önem arz edecektir.

İş bu sebeptendir ki; temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevrenin insan hakkı olarak kabulü de bu konuda uluslaraası hukuk kişilerine ve evleviyetle bizlere önemli görevler yüklemektedir. Kararın kabulü ve ilgili gerekçelerine bakıldığında ise, uluslararası hukuka uygun olduğu, temel hukuki normları bünyesinde barındırdığı ve hem gelişen hem de gelişmekte olan ülkeler bakımından pozitif denebilecek yükümlülükler sağladığı görülmektedir. Her ne kadar kararın kabulü esnasında çekince öne süren ülkeler bulunsa da, zamanla bu çekincelerin son bulacağı temenni edilmektedir.

Kısaca karar, içeriği, ve ilgili kavramlardan da bahsedildiği üzere, öneriler bağlamında şunlar ifade edilmelidir:

-Öncelikle iklim adaletinin bilhassa Anayasalar/mızdaki çevre hukuku hükümleri içinde bulunması sağlanmalı ve mümkünse bu konuda somut bir ifade kullanılmalıdır.

-İklim adaleti ve bununla ilgili kavramların tam olarak ortaya konması bakımından bağımsız bir yasal mevzuat yapılmalı ya da ilgili hükümleri içeren bir yapı ortaya konmalıdır.

-Her ne kadar uluslararası anlamda Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi gibi önemli uluslararası örgütlerin bireysel başvuru esasları bulunsa da, gerek başvuru bakımından gerekse yaptırımlar bakımından daha etkin ve işlevsel bir usul ortaya konulmalıdır.

-Her ne kadar ihlal edilen hakların yasal anlamda talep edilebilme hususları bulunsa da, bilhassa ilgili sözleşmelere ve yargı yetkisine riayet edilen ülkeler bakımından etkin yargısal bir mekanizma ortaya konmalıdır.

-Tüm bunlar yapılırken, bu hakkın diğer haklar ile bağlantılı olduğu ve sonucunda diğer hakların kullanımına pozitif etki edeceği unutulmamalıdır.

Kaynakça

https://www.helpzone.org/iklim-degisikliginin-onemli-kavrami-iklim-adaleti/

https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf

https://climate-laws.org/

https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/iste-cennete-cokusun-hikayesi-memleketin-ozeti-bu-davada-sakli-1843525, https://www.gazeteduvar.com.tr/cengiz-insaattan-cennet-koyu-aciklamasi-danistay-karari-bizi-etkilemiyor-haber-1574186

https://www.forseti.com.tr/makale/bmden-temiz-saglikli-ve-surdurulebilir-bir-cevreye-erisimin-evrensel-insan-hakki-oldugu-karari/

https://altiparmakhukuk.org/blog/bm-genel-kurul-karari-cevirisi-temiz-saglikli-ve-surdurulebilir-bir-cevre-h-88

https://www.helpzone.org/iklim-degisikliginin-onemli-kavrami-iklim-adaleti/

https://tr.wikipedia.org/wiki/2022_Birle%C5%9Fmi%C5%9F_Milletler_%C4%B0klim_De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi_Konferans%C4%B1

Çalık, Tacettin: Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları İle İlişkisi, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:6, Sayı:4, 2016, s.1098.

Griffin, James: On Human Rights, Oxford University Press, 2008.

Gülmez, Mesut: Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, 2004.

JOSEPH Sarah/ KYRIAKAKIS Joanna: "The United Nations And Human Rights", Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010.

Kalabalık Halil: İnsan Hakları Hukuku, Ankara, 2009.

Kaya, Yasemin: Paris Anlaşması ve İklim Adaleti, Barolar Birliği Sunumu., https://chk.barobirlik.org.tr/dokuman/videosunum/19112021.pptx

Kaya, Yasemin: "Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 14, Sayı 54, 2017, s. 99-103.

Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 2012.

Porter vd.: Climate Justice in a Climate Changed World, Vol:21, Issue:2, *Planning Theory&Practice*, 2020, p1.

Schmidt, Markus: "United Nations", International Human Rights Law, (Edited by: Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford, 2010.

Schlosberg, D., & Collins, L. B.: *From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change, 5(3), 359–374.* 2014. doi:10.1002/wcc.275

Shue, Henry: Climate Justice: Vulnerability and Protection, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Topal, Ahmet Hamdi: "Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması", *Mevzuat Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 83, Kasım 2004, par. 7, http://www.mevzuatdergisi.com/2004/11a/01.htm, Erişim Tarihi, 19. 9. 2014.

Uygun, Oktay: Devlet Teorisi, İstanbul: On iki Levha Yayınları, 7. Baskı, 2020.

İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇLARININ CEZA HUKUKU BOYUTLARI

Av. Şeydanur Kaçdıoğlu*

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, İnsan Üzerinde Deney başlıklı 90. maddesinde "insan üzerinde deney" başlığı ile düzenlenmiştir. Maddenin 1, 2, 3 ve 5. fıkraları "insan üzerinde bilimsel deney yapma" suçuna dair hükümler içerirken, 4. fıkra "hasta üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı deneme" suçunu düzenlemektedir. Maddenin son fıkrasında ise her iki suç tipi için de ortak hüküm olan tüzel kişinin sorumluluğuna yer verilmiştir. Tıp bilimi, sağlık alanındaki çalışmalar ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak insan yaşamının devamlılığı noktasında vazgeçilmez bir unsur haline gelmiştir. Sağlığını kaybeden kişi için yaşadığı çağa uyum sağlayan, bilimsel gelişmeleri takip eden ve söz konusu bilimsel gelişmeler ile kendini sürekli yenileyen, bütün bu yenilikleri tıp etiğinin kuralları çerçevesinde teşhis ve tedavi amacıyla sürdüren bir bilim dalından bahsetmek oldukça önemlidir. Madde gerekçesinde, tıp bilimi alanında süregelen gelişmelerin hayata geçirilmesi ve insan sağlığının sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla bir takım bilimsel deneyler yapılmasına karar verildiğinden bahsedilmektedir. Kanun koyucunun madde metninde açıkça ifade ettiği şartlar karşılanmış olup açık rızanın söz konusu olduğu hallerde ancak hukuka uygun bir deneyden bahsedilebilecektir. Hukuka uygun gerçekleşen bilimsel deneylerden alınan sonuçlara dayanarak yeni teknikler ve tedavi yöntemleri ortaya çıkartılmaya çalışılmıştır. İnsan dışı deney ortamında gerçekleşen deneylerin hedeflenen sonuç adına yeterli bulunmamasının ardından bilimsel deneylerin insan bedeni üzerinde de uygulanabileceği görüşü kabul edilmiştir. Hukuk ve ahlak dışı çalışmaların önüne geçebilmek adına deney ve denemelere dair etik kurallar ve uluslararası metinler düzenlenmiştir. Ancak ulusal kaynaklarımızda TCK düzenlemesinden önce insanların vücut bütünlüğü üzerinde uygulanan deney ve deneme müdahaleleri adına somut standartlar belirlenmemiştir. Dolayısıyla TCK'nın 90. maddesi düzenleyici norm şeklinde olup öngörülen maddede deney ve denemenin gerçekleştirilmesi için birtakım şartların düzenlenme gayreti dikkat çekmektedir. Bununla birlikte ilgili madde ile kanun koyucu tarafından insan vücudu üzerinde söz konusu olan deney ve deneme müdahaleleri hakkında kanunumuzda ilk defa yasal bir düzenleme öngörülmüştür. Çalışmanın inceleme konusunu oluşturan Türk Ceza Hukuku'nda insan üzerinde deney ve deneme suçları kanunda birbirinden farklı suç tipleri olarak düzenlense de çalışmamızda ortak özellik taşıyan kısımlar aynı başlık altında ele alınmıştır. Aynı zamanda farklılık arz eden hususlar ise birbirinden ayrı konu başlıklarında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Deney, Deneme, Tedavi, İnsan Dışı Deney Ortamı, Rıza.

* Av. Şeydanur Kaçdıoğlu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, seydanur.kacdioglu@istanbulticaret.edu.tr, ORCID ID: 0009-0005-3650-9719.

GİRİŞ

Tarihsel süreçte, insanlar üzerinde yapılan deneyler ne yazık ki acı dolu tecrübelerle doludur. Özellikle bazı ilaç veya tıbbi girişimlerin insan üzerindeki etkilerini anlamak amacıyla yapılan uygulamalar, acımasız ve vahşi yöntemlerle gerçekleştirilmiş ve birçok insana hayatını kaybetme veya sakat kalma gibi trajik sonuçlar yaşatmıştır. Günümüzde tıp bilimi, teknolojik gelişmelerin etkisiyle sürekli olarak ilerlemekte ve değişmektedir. Hızlı bir şekilde yeni ilaçlar ve yöntemler, tıbbi standartlara dahil edilmektedir. Ancak bu hızlı değişim, tıbbi müdahalelerin bireyin temel haklarıyla daha sık kesişmesine neden olmaktadır. Bu noktada, önemli olan meşru amaçlara yönelik olan bu çalışmalara hukuk biliminin ilgisiz kalmaması veya tamamen yasaklaması değil, bu araştırmaların normatif düzenlemelere tabi tutulması ve ihlallerinin cezai yaptırımlarla karşılanmasıdır.

İnsan üzerinde gerçekleştirilen deney fiilleri açısından, kişisel yararlar ile toplumsal çıkarlar arasında bir çatışma mevcuttur. Bu çatışmanın dengeye oturtulmasında, bireysel menfaatlerin öncelikli tutulması gereklidir. Çünkü insan sağlığını tehdit eden veya yaşamını tehlikeye atan herhangi bir bilimsel deney, hukuksal ve etik açıdan kabul edilebilir bir uygulama değildir. Bu nedenle, tıp alanındaki gelişmeler ve deneyler insanların temel haklarını korumak adına sıkı bir düzenlemeye tabi tutulmalıdır. Böylece insanlar, bilimsel araştırmaların faydalarından yararlanırken, aynı zamanda insan haklarının korunmasına özen gösterilmiş olur. Hukuk ve etik, insan üzerinde yapılan deneylerin denge ve adalet içinde gerçekleştirilmesine yönelik önemli bir rehber ve koruyucu unsurdur.[1]

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. İnsan

TCK M90 da düzenlenen insan üzerinde deney ve deneme suçunun ortaya çıkmasını sağlayan eylem, insan üzerinde gerçekleştirildiğinden incelenmesi gereken ilk kavram "insan" kavramı olmalıdır. İnsan kavramı, her pozitif bilimin penceresinden farklı tanımlanacak ve anlamlandırılacaktır. Bu yönüyle insan kavramını tek bir tanıma sığdırmak mümkün olamayacağından Türk hukuku çerçevesinde tanımlama yapılacaktır. Hukuki anlamda insan kavramı, kişi kavramını açıklamayı gerektirmektedir. Her insan bir kişidir ve kişiler, toplum içerisinde varlıklarını sürdüren sosyal canlılardır. Hukuk, kişinin yaşadığı topluma karşı benimsediği tutum ve davranışların gereklerini ve aksi durumda hukuk düzenine karşı sorumluluklarını yazılı veya örfi kurallar çerçevesinde düzenlemektedir. Kişi kavramını tek bir hukuk dalına indirgemek diğer hukuk dallarının öznesini yok saymak olacaktır. Öyle ki kişi kavramının tüm hukuk dalları ile ayrı ama vazgeçilmez bir ilişkiye sahip olduğu, adeta çıkış noktasını oluşturduğu açıktır.[2]

Medeni Kanun m28 ; "Kişilik, çocuğun sağ olarak, tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer." şeklindeki ifadesi ile insanın tam ve sağ doğum ile dünyaya geldiği belirtilmiştir. Kişinin anne karnında tam doğmasıyla anlaşılması gereken doğum sırasında bebeğin bütün organlarıyla birlikte anneden tamamen ayrılmasıdır. Sağ olarak doğum ise, anneden ayrıldıktan sonra kısa bir süreliğine de olsa bebeğin dünyada

[1] Bayındır. S. (2018), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. M. 90), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24 (1), s. 78.
[2] Doğan, T. A. (2022). İnsan Hakları Bağlamında İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Kocaeli, s.3.

kalması, anlık dahi olsa nefes almış olması şeklinde tanımlanabilir.[3] Kişinin ölümü ile hukuken ve fiilen kişiliği sona erecektir. Kişinin ne zaman ölü olarak kabul edileceğine ilişkin TCK'da öngörülmüş bir hüküm bulunmamaktadır. Kişinin hayatını hangi anda kaybettiğini yalnızca tıp bilimi kesin olarak açıklayabilecektir.[4]

B. Hasta

Kişi sağlığı, yalnızca kişinin bedensel fonksiyonlarının sorunsuz çalışması demek değildir. Kişi günlük yaşamı içerisinde fiziksel ve psikolojik olarak kendi iyi hissetmemesinin yanı sıra günlük hayatın sorumluluklarını yerine getirmesini engelleyecek sağlık problemleri yaşaması halinde hastalık kavramından bahsedilebilir. Kişi, yaşadığı rahatsızlığa dair kendisine sunulan sağlık kuruluşlarından hizmet almak istediğinde ise hasta kavramı karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu açıklamalar doğrultusunda hasta kavramı; vücudunun veya ruhunun sağlığını dünyaya geldiği andan itibaren veya birtakım dış etkenler sebebiyle, ilerleyen yaşlarında kaybetmesi sonucu, kaybettiği sağlığını geri kazanmak amacıyla, kendisine sunulan sağlık imkanlarından faydalanma amacı olan kişi için kullanılmaktadır. Değinildiği üzere sağlık yalnızca kişinin bedensel bütünlüğü ve sağlığı üzerinden belirlenen bir kavram olmayıp kişinin vücudunun yanı sıra ruhunun da olumlu ve sağlıklı hissetmesi gerekmektedir. Bahsedilenlerden yola çıkarak, kişi ancak doğumla veya sonradan gerçekleşen bir kaza sonucu vücudunda meydana gelen bir hasar veya ruhunu olumsuz etkileyen bir travma sonrası 'hasta' olarak nitelendirilmeyecek tam aksine sağlıklı olarak kabul edilen kişiler de sağlık kuruluşuna yalnızca kontrol amacıyla müracaatta bulunduğu an 'hasta' kavramını karşılayabileceklerdir.[5]

C. Tedavi

Tedavi, fiziksel veya ruhsal rahatsızlığı tespit edilen kişinin söz konusu rahatsızlığının test ve tetkikler neticesinde elde edilen bulgulara dayanılarak teşhis edilmesinin ardından baş gösteren ve genelde uzun soluklu denilebilecek bir süreçtir. Tedavi ile hastanın fiziksel veya ruhsal rahatsızlığına son vermek, hastanın çekmiş olduğu acıları dindirmek ya da modern tıbbın imkanları doğrultusunda mevcut acıları hafifletmek amaçlanmaktadır.[6]

D. Bilimsel Amaçlı Deney

İnsan üzerinde gerçekleştirilen deney, müdahalede bulunulacak kişinin hasta ya da sağlıklı olması fark etmeksizin bilimsel amaç güden araştırmalardır. TCK m90 hükmünde "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme" suçu düzenlenmiştir. Ancak madde metni hazırlanırken deney ve deneme kavramları tanımlanmamıştır. Deney ve deneme kavramlarını bahsi geçen madde gerekçesinde tanımlaması yapılmak suretiyle açıklanmıştır.[7]

---

[3] Oğuzman M. K./Seliçi Ö./Oktay-Özdemir S. (2016). Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul: Fizik Kitapevi, s. 10-11.

[4] Subaşı M. F. (2021), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29(1), s. 79

[5] Yılmaz, A. (2019), Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara: LYKEION Yayınları, s. 11.

[6] Tunçer, P. (2017), Sağlık Hukuku Temel Bilgiler, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 50-51.

[7] Altınbasan, İ. (2017), Biyotıp Sözleşmesi Bağlamında Türk Hukukunda Embriyo Üzerinde Tıbbi Araştırmalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, s. 24.

İlgili madde gerekçesinde, deneyin bilimsel çalışma sürecinin başlangıç aşamasında karşımıza çıkan bir müdahale olduğundan bahsedilmiştir. Dolayısıyla hareketin deney olarak nitelendirilmesi için bilimsel bir çalışmanın başlangıç aşamasında faaliyet göstermelidir.[8]

Bilimin insanlığı yararlanabileceği yönde değişip gelişmesi amacıyla gerçekleşen deneyler, elbette bu süreçte gereken bilimsel ve etik ölçüleri karşılayarak belirtilen kurum ve kurullardan izin almalıdır. Aynı zamanda insan üzerinde herhangi bir deneyden bahsedilmeden önce söz konusu araştırmanın insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvanın üzerinde gerçekleştirilmedir. Dolayısıyla insan üzerinde deney uygulamada karşımıza çıkan ve kolaylıkla gerçekleştirilebilecek bir müdahale değildir. İnsan üzerinde bir deney söz konusu olduğunda gönüllünün vücut bütünlüğünün korunması, sağlığı üzerinde zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, insanlık onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin kullanılmaması üzerinde durulması gereken, deneyi hukuka uygun kılacak önemli konulardır. Bilimsel amaçlı deneye yönelik bütün detayların gönüllünün anlayabileceği seviyede yeterli düzeyde açık ve anlaşılır şekilde anlatılması ve ardından gönüllüden deneye yönelik yazılı bir rızanın alınması gerekmektedir.[9]

E. Tedavi Amaçlı Deneme

Tedavi amaçlı denemelerde; hali hazırda mevcut tedavi yöntemlerinin uygulanamadığı hastalarda, hastanın üzerinde yeterince uygulanmamış, elde edilecek sonuçlar hakkında kesin bilgi verilemeyen teşhis ve tedavi yöntemleri ile müdahalede bulunulmaktadır.[10] Hasta üzerinde uygulanacak denemenin daha önce gerçekleşen denemelerden daha ağır sonuçlar doğurmaması gerekmektedir. Denemenin gerçekleşeceği kişinin sağlık durumu, fiziksel ve ruhsal sağlığı başarılı şekilde analiz edilmeli herhangi bir komplikasyona karşı gerekli önlemlerin alınarak kişiye uygun denemenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.[11] İnsan üzerinde tedavi amaçlı denemeye bağlı bir müdahalede bulunulması için öncelikle araştırmanın laboratuvar ortamında ve hayvan üzerinde denenmesi gerekmektedir. Ancak gerekli şartlar sağlanmış olup büyük ölçüde zarara sebebiyet verecek bir durumun söz konusu olmayacağı kanısına ulaşıldığı takdirde insan üzerinde tedavi amaçlı deneme yapılabilecektir. [12]

II. TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA SUÇA İLİŞKİN KORUNAN HUKUKİ MENFAATLER

Kişi, yaşam hakkından faydalanmak için tam ve sağ olarak dünyaya gelmelidir. Doğduğu anda yalnızca nefes alıyor olması önemli değil aynı zamanda dünyadaki hayatı boyunca bedenen ve ruhen yaşamını sürdürebilme yeteneğine sahip olmalıdır.[13] Kişinin var oluşundan ölümüne kadar geçen yaşam serüveninde yaşam hakkı, çeşitli hukuki düzenlemeler ile kişinin yaşamını korumaktadır.[14] Dolayısıyla yaşam hakkı hukuka aykırı şekilde kullanılmamalıdır. Yaşam hakkının ihlali durumunda kişinin yaşamına

[8] Alan, E. (2008), Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK Madde 90), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, s. 6.
[9] Kirkit, E. (2016), Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara: Adalet Yayınevi, s.214.
[10] Sarıtaş, H. (2005), Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, İstanbul: Bilge Yayınevi, s. 26.
[11] Kirkit, a.g.e., s. 207.
[12] a.g.e., s. 208
[13] Savcı, B. (1980), Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Yayınları, s.14.
[14] Yaghoobpour, P. (2019), Küreselleşme Sürecinde Sağlık Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, s. 55.

karşı gerçekleşen büyük bir tehdit söz konusu olacaktır. Yaşam hakkı tehdit altında olan bir insanın diğer insan haklarıyla koruma altına alınmasının kişiye fayda sağlamayacağı açıkça söylenebilir.[15]

Yaşam hakkı korunan kişi korunduğu hukuk düzenince vücut ve ruh olmak üzere bir bütün olarak kabul görmektedir. Bahsedilen iki parçanın oluşturduğu bu önemli bütüne yönelik küçük de olsa herhangi bir müdahalenin kişinin bütününe yansıyacak büyük bir müdahaleye dönüştüğü kabul edilmektedir. [16] İnsan üzerinde bilimsel deney ve tedavi amaçlı deneme gerçekleştirilirken gönüllülerin sırf insan olmalarından kaynaklı sahip olduğu yaşam hakkını gözetmek ve müdahaleler süresince karşılaşılabilecek tehlikelere yönelik hazırlıklı olmak devletin görevidir. Yaşam hakkı ulusal ve uluslararası belgelerde korunma altına alınmıştır. Bilimsel amaçlı deney veya tedavi amaçlı deneme gerçekleştirilecek kişi, yaşam hakkına yönelik müdahalenin bilincinde olarak deney veya denemeye rıza göstermektedir. Ancak insan üzerinde yapılan deney veya deneme, içinde barındırdığı risk nedeniyle kişinin yaşamı için tehlike bir hal alması ile kişinin açıklamış olduğu rıza artık insan üzerinde deney ve denemenin hukuka uygunluğunu sağlamayacaktır.[17]

Sağ ve tam doğum ile hayata gelen her kişi, doğduğu andan itibaren kendi akıl seviyesine, kimseye bağımlı hissetmediği özgürlük hissine ve hukuk düzenince kendisine tanınan kişilik haklarına sahiptir.[18] İnsan onurlu bir hayatı benimsemeli, hayatının her aşamasında onurlu bir yaşam için mücadele vermelidir. Kişinin onurlu yaşam mücadelesinde hukuk sisteminin üstüne düşen görev ise "insan onuru" kavramını topluma aşılayacak çeşitli hukuki düzenlemeler ile insanların kendilerine yönelik tıbbi, duygusal veya ruhen her müdahalede kanunlar tarafından korunmasını sağlamaktır.[19] Tarihin tozlu sayfalarına dönüp baktığımızda insan onuru ile bağdaşmayacak, adeta insanlara eziyet edecek kadar insanlık dışı muamelede bulunulan deney ve denemeler karşımıza çıkmaktadır.[20] İşkence seviyesine ulaşan, insan onurunu hiçe sayan bu deney ve denemeler üzerinde müdahalede bulunulan kişiyi maddeleştirip adeta insanlığına saygı duyulmayan bir konuma getirdiğinden devlet, insan onurunu doğuştan gelen temel bir hak olarak benimseyerek yasalarla koruma altına almıştır. Bu bağlamda insan üzerinde gerçekleşecek bilimsel amaçlı deney ve tedavi amaçlı denemelerde insanın var olduğu hayatı onuruyla yaşamasını sağlayan yasalar dikkate alınmalıdır. Söz konusu müdahaleler sırasında kişinin onurunu hiçe sayacak davranışlarda bulunulmaması gerekmektedir.[21]

Vücut bütünlüğünün dokunulmazdır. Vücut dokunulmazlığı, insanların sağ ve tam olarak dünyaya geldiği andan hayata veda ettiği ana kadar hayatındaki her anı kapsamaktadır. Vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı, kişinin vücuduna yönelik dışarıdan herhangi bir müdahalenin gerçekleşmesi veya kişinin kendi vücuduna karşı gerçekleştirdiği bir zarar verici bir eylemi halinde söz konusu olacaktır.[22]

---

[15] a.g.t., s. 56.

[16] Atlı, T. (2018), Kişi Dokunulmazlığının Hukuki ve Felsefi Temelleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Konya, s. 40.

[17] Kul, N. B. (2019), İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Yapma Suçları (TCK m.90), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, İstanbul, s. 59.

[18] Şimşek, O. (1999), Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, s. 3.

[19] Sarı, N. (2002), Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Beden Muayenesi Ve Örnek Alınmasının Tıp Hukukundaki Yansımaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, İstanbul, s. 67

[20] Vardar. Ç. (2012), İnsan Onurunun Anayasal Düzeyde Korunması, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (1), s. 105-114

[21] Kul, a.g.t., s. 63.

[22] Gülen KURT. M. (2020), Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 146,s. 199.

Bakınız TMK m.23; "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz."[23]

Kişinin rızası alınmadan vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleşen her türlü müdahale hukuka aykırı bir saldırı hükmünde olup, kişilik değerlerinin de ihlali anlamına gelmektedir.[24] Bakınız Anayasa m.17 ; "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."[25] Vücut bütünlüğü yalnızca bedenden ibaret değildir. Kişinin vücut bütünlüğünü oluşturan kavramlar, beden, ruh ve zihindir. Kişi, bedensel bütünlüğünün yanında ruhsal ve zihinsel olarak da kendinden mutlu olmalı, iyi hissetmelidir. Dolayısıyla gerçekleştirilen bilimsel amaçlı deney ve tedavi amaçlı denemeler de dahil olmak üzere her türlü müdahalenin hukuksal temeli olması ve kişilik haklarına saldırı niteliği taşımaması çok önemlidir.[26]

Sağlık, kişinin vücut fonksiyonlarının yerinde olması ve bedenen kendisini iyi hissetmesi ile sınırlı değildir. Kişi, dünyada yalnızca bedeni ile değil aynı zamanda ruhu ile de var olduğundan kişinin vücut tamlığı, sağ ve tam doğması ve hayatının devamında sağlıklı bir birey olması sağlıklı bir yaşam adına yeterli nitelikler değildir. Kişi, kendisini sağlıklı olarak nitelendirmek için beden sağlığının yanı sıra sosyal yaşantı ve ruhsal yapısında da iyi olmalı, iyi hissetmelidir.[27] Kanun koyucu düzenlediği yasalarda devlet eliyle toplumu oluşturan herkesin sağlık hakkından zamanında ve yeterli düzeyde faydalanabilmesini öngörmüştür.[28] İnsan üzerinde deney ve deneme fiilleri ile sağlığı tehlikeye girecek deneklerin sağlıklarının korunması, zarar görmemesi ve sürdürülmesi Anayasa'da açıkça sosyal bir hak olarak düzenlenmemiş olsa da devletin yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla insan üzerinde deney ve deneme suçlarının kanun koyucu tarafından cezalandırılmasıyla, deneklerin sağlığını da korumanın amaçlandığı söylenebilir.[29]
Özel hayat, bireyin, kendisi dışında herhangi biri ile ne ölçüde paylaşacağı konusunda her zaman özgür olduğu içinde belli bir gizlilik barındıran ve kişinin özgür olarak, yalnız ve rahat bırakılma hakkına sahip olduğu kendisine ait özel bir alanıdır.[30] Özel yasama saygı hakkı, gerek uluslararası sözleşmelerle, gerekse Anayasa ile koruma altına alınmış temel haklardandır. [31] Kişinin özel yaşamına kanun koyucunun öngördüğü yasalar çerçevesinde korunması, kişinin maddi ve manevi değerlerinin hukuki güvence altına alınması beraberinde toplumun kişinin hayatına duyduğu saygı sınırlarını belirlemektedir. Dolayısıyla bilimsel amaçlı deney ve tedavi amaçlı deneme yapan araştırmacıların, hali hazırda üzerinde araştırma

[23] https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf (Erişim Tarihi 10.06.2023)
[24] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 166,167
[25] https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf (Erişim Tarihi 10.06.2023)
[26] Altun, A. (2018), Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (1), s. 44.
[27] Aydın, T. (2022), Pandemi Döneminde Sağlık Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara, s. 45
[28] Gündüz, M. (2019), Hastaların Sağlıkta Şiddete Yönelik Görüşleri ile Hasta Haklarını Kullanma Tutumlarının Belirlenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi, Edirne, s. 9.
[29] Kul, a.g.t., s. 67.
[30] Turhan, M. M. (2010), Kamu Hukuku Açısından Klinik İlaç Araştırmaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, s. 120.
[31] Turhan, a.g.t., s. 122.

yaptığı ya da gelecekte araştırmaya katılacak gönüllülerin özel yaşamına saygı göstermek ve maddi manevi değerlerle bütün yaşamının gizliliğini korumakla yükümlüdürler. [32]

III. SUÇUN FAİLİ VE MAĞDURU

Bilimsel amaçlı deney suçunun faili herkes olabilir. Hiçbir ayırt edici özelliği ve kendisini deney yapması için farklı kılacak bir vasfı olmasına gerek olmadan herkes insan üzerinde deney yapmak amacıyla müdahalede bulunabilir. Araştırmacının yaptığı müdahaleler, TCK M90 kapsamında suç teşkil edecek unsurları barındırdığı ve bilimsel amaçlı deneyin hukuka uygunluk şartlarını ihlal ettiği takdirde deneyi gerçekleştiren kişi hakkında ceza sorumluluğu doğacaktır. Tedavi amaçlı deneme yapma suçunun faili, hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan uzman hekimdir. Dolayısıyla bitirmiş olduğu tıp eğitimi ile birlikte tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisine sahip uzman bir hekimin suçun faili olabilmesi tedavi amaçlı deneme suçunu özgü suç haline getirmektedir.[33]

Kanun koyucu insan üzerinde deney suçunun mağduru hakkında özel bir nitelik öngörmemiştir. Bilimsel amaçlı deneyin üzerinde gerçekleştirildiği herkes bu suçun mağduru olabilmektedir. Ancak her ne kadar deneme suçunun mağduru herkes olabilse de üzerinde bilimsel amaçlı deneme yapılacak kişi mutlaka hayatta olmalıdır. Henüz dünyaya gelmemiş olan cenin veya hayatını kaybetmiş insanlar deneme suçunun mağduru olamayacaktır.[34] Hasta insanların rızası dışında üzerlerinde deneme yapılması, söz konusu kişileri deneme suçunun mağduru haline getirmektir. Madde metninde bahsedilen "hasta kişiler", sağlığı bozulmuş olup sağlık hizmeti alması gereken kişilerdir. Yine deney suçunda olduğu gibi deneme suçunun mağduru olan kişi de her ne kadar sağlık hizmeti alması gereken hasta biri de olsa hayatını hala kaybetmemiş, yalnızca sağlığını kaybetmiş yaşayan bir insan olmalıdır.[35]

IV. SUÇUN KONUSU

İnsan üzerinde deney ve deneme yapma suçu, kişinin yalnızca vücut bütünlüğüne değil aynı zamanda psikolojisine de yönelebilmektedir.[36] Kişi ve o kişinin vücudunun üzerinde gerçekleştirilen deney ve deneme fiilleri, insan üzerinde deney ve deneme yapma suçlarının konusunu oluşturmaktadır.[37] Bilimsel amaçlı deney ve tedavi amacıyla deneme suçlarının oluşması ancak üzerinde araştırma yapılan kişinin hayatta olması ile mümkündür. Bu noktada asıl anlaşılması gereken insan üzerinde gerçekleşen deney ve deneme yalnızca kişinin bedenine değil bedeni ile birlikte ruhunu da yönelik müdahalelerde bulunan bir araştırmadır.[38] Yaşamı devam eden insanı beden ve ruh birlikte bir bütün halinde inceleyerek üzerinde deney ve denemeler gerçekleştiren araştırmacılar insan bedeninden ayrışmış ve artık kişinin beden bütünlüğüne dahil olmayan parçalarla ilgilenmemektedir. Dolayısıyla ölü insan vücutları ya da hayatta olan

[32] a.g.t., s. 124.
[33] Dumancı G. (2020), İnsan Konulu Klinik Araştırmalar Ve Hukuki Boyutu, İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş., s. 115
[34] Dumancı, a.g.e., s. 106
[35] KUL, a.g.t., s. 79.
[36] Artuk, M. E. ve Gökcen A. (2022), Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Adalet Yayınevi, s. 305
[37] Kul, a.g.t., . 81.
[38] a.g.t.

bir insanın vücudundan bir şekilde kopmuş organ veya ayrılmış doku vb. her örnek insan üzerinde deney ve deneme suçunun konusunu oluşturmayacaktır.[39]

V. SUÇUN MADDİ UNSURU

İnsan üzerinde bilimsel amaçlı deney eyleminden bahsedilebilmesi için hali hazırda yaşamı devam eden herhangi bir insan üzerinde bilimsel deneyin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İnsan üzerinde yapılan bilimsel müdahalelerin en bilindik örnekleri tıbbi deneyler olsa da bilimsel temelli olması şartıyla her deneyin bilimsel amaçlı deney olduğu söylenebilir. Dolayısıyla insan üzerinde bilimsel temelli her müdahale TCK m90 kapsamına girmektedir.[40]

Ayrıca söz konusu araştırmanın yalnızca bilimsel bir amaç barındırması o araştırmayı bilimsel deney olarak nitelendirmek için yeterli olmamaktadır. Aynı zamanda bilimsel amaçlı deneyin nesnel ve ilgili bilim dalında faaliyet gösteren yetkin bilim insanları tarafından "bilimsel" kabul edilmesi gerekmektedir. [41] İnsan üzerinde tedavi amaçlı deneme suçlarında ise üzerinde deneme yapılacak hasta kişinin aydınlatılması ve hukuka uygun şekilde rızasının alınması gerekmektedir. Aksi takdirde gerçekleştirilen deneme hukuka aykırı olup fail, hukuka aykırı fiilin icrası sebebiyle TCK m90 hükmü çerçevesinde cezalandırılacaktır.[42]

İnsan üzerinde deney ve deneme suçu, sırf hareket suçu olup bahsedilen suçun varlığı için haksız fiilin gerçekleşmiş olması yeterlidir.[43] Ayrıca suçun konusu üzerinde gerçek bir tehlikenin varlığı aranmadığından suç, soyut tehlike suçu olarak tanımlanmaktadır. [44] Suçun tamamlanması bakımından failin deney yaptığını bilmesi ve deney yapmak amacıyla hareket etmesi yeterlidir. Bahsedilen deney sonucu gönüllünün mağduriyetine sebebiyet verebilecek bir neticenin varlığı aranmamaktadır.[45] Ancak fail tarafından yapılan deney ve denemeye bağlı mağdurun yaralanarak sağlığının zedelenmesi veya yaşamını kaybetmesi halinde kasten yaralama veya kasten öldürme hakkında öngörülen hükümlerin uygulanacağı söylenebilir.[46]

VI. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Kanun koyucu insan üzerinde deney ve deneme suçlarını 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında kasten işlenebilecek suçlardandır. Türk hukuk sisteminde herhangi bir suçun taksirle işlenebilmesi için söz konusu suçun taksirli halinin kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. İnsan üzerinde deney ve deneme suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmemiş olup suç, yalnızca kasten işlenebilmektedir. İnsan üzerinde deney ve deneme suçunun icrai hareketlerini başlatan failin, suçun maddi unsurları ve hukuka aykırılığı

[39] Dumancı, a.g.e., s. 123.
[40] Hakeri, H. (2018), Tıp Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 1048-1049. ; Erman, B. (2016), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13 (2), s. 23.
[41] Uğurlubay, G./ Aygörmez, A. (2015), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, (1), s. 186.
[42] Dumancı, a.g.e., s. 117.
[43] Erman, a.g.e., s. 27.
[44] ALAN, a.g.t., s. 50.
[45] Hakeri, a.g.e., s. 1049.
[46] Kul, a.g.t.,, s. 87.

kaldıran durumlarda yanılgıya düşmesi halinde suç kasten işlenmiş sayılmayacaktır. TCK 90. maddesinin anatomisine göre, suç taksirle işlenebilen bir suç olmadığı için failin, hata sonucu ortaya çıkan fiiline bağlı olarak cezalandırılacağından bahsedilemeyecektir.[47]

Tedavi amaçlı deneme suçunda hastanın rızasının alınması gerekmektedir. Hastadan, üzerinde gerçekleştirilecek denemeye dair rıza alınmış olsa da açıklanan rızanın hukuken geçerli bir rıza olmaması ve suça dair hukuka uygunluk koşulunu veya "tedavi amaçlı deneme" için şartları sağlayamaması halinde suç, kasten işlenmiş olacaktır.[48]

Hasta üzerinde "tedavi amaçlı deneme" eyleminden bahsedilebilmesi için failin özel bir "tedavi amacı" ile hasta üzerinde deneme gerçekleştirmesi aranmaktadır. İnsan üzerinde tedavi amaçlı deneme suçu için "tedavi amacı" özel kasttır. Dolayısıyla hasta üzerinde tedavi amaçlı deneme suçundan bahsedebilmek için yalnızca failin, suç oluşturan eylemi bilmesi ve isteyerek gerçekleştirmesi yetmeyecek, aynı zamanda hasta üzerinde uyguladığı deneme işleminde tedavi amacının da bulunması gerekecektir. Somut olayda söz konusu amacın bulunmaması halinde failin eyleminin olası kastla nitelendirilecek olup, faile herhangi bir yaptırım uygulanması hukuk sisteminden beklenemeyecektir.[49]

VII. İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEMENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

A. Genel Olarak İnsan Üzerinde Deney Suçu Bakımından Hukuka Uygunluk Koşulları

Kişi, sağlığına kavuşmak amacıyla yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilecek müdahaleye rıza gösterdiği takdirde maruz kaldığı müdahale, hukuka uygun hale gelecektir. Ancak rıza konusu müdahalenin hukuka uygun bir müdahaleye şeklinde gerçekleşmesi için yalnızca kişiden rıza alınması yeterli olmamakta aynı zamanda kişinin müdahalenin risk ve sonuçları hakkında belirlenen kural ve esaslara uygun şekilde ayrıntılı biçimde aydınlatılması yine açıklamış olduğu rızasını kanun koyucu tarafından belirlenmiş usun ve esaslara uygun olarak açıklaması gerekmektedir.[50] Ayrıca kişilik hakkına ters düşen, kişinin ruh ve beden bütünlüğüne kalıcı veya onarılması güç hasarlar bırakma ihtimali olan müdahalelere verilen rızanın hukuka aykırı olduğu söylenebilir.[51]

TCK m90/2 hükmü yetişkin bir bireyin gönüllü olduğu araştırmada kişinin üzerinde gerçekleşen deneyin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran maddeler öngörülmüştür. Bahsi geçen hukuka uygunluk nedenlerinin birinin dahi söz konusu deneyde karşılık bulmaması bütün araştırmayı hukuka aykırı hale getirecektir. Kanun koyucu belirlediği şartlarla gönüllü üzerinde gerçekleşecek deneyin hukuka uygunluğunu çerçevelemiştir. Gönüllü, deneye rıza göstermeden önce söz konusu müdahale için belirlenen şartların yerine getirildiğinden emin olmalıdır. Gönüllü üzerinde gerçekleştirilecek deney hakkında, deneyi hukuka uygun hale getiren şartların varlığı ve söz konusu şartların somut olaya uygulandığına dair yeterince

[47] Dumancı, a.g.e., 108.
[48] Ünver, Y. (2007), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, s. 155.
[49] Erman, a.g.e., s. 28.
[50] Kahraman, Z. (2016), Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1), s. 484.
[51] a.g.t., s. 486.

aydınlatılmayan kişinin rızası, insan üzerinde deney ve deneme fiilinin "suç" şeklinde gerçekleşmesine sebep olmaktadır.[52]

Kanun koyucunun belirlediği çerçeveye uygun şekilde yapılmayan bilgilendirme neticesinde kişiden alınan rıza hukuka uygunluk doğurmamaktadır. TCK M90'a göre insan üzerinde deney fiilini icra eden araştırmacıların fail, gönüllülerin mağdur, deneyin ise suç teşkil etmemesi adına üzerinde yapılacak deney hakkında kişinin yeterli derecede ve anlayabileceği kadar açık şekilde aydınlatılmasının ardından yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Dolayısıyla insan üzerinde deney suçunda rızanın hukuka uygunluk koşulunu sağlaması, kişinin deneye yazılı rızasını vermesi ile mümkün olmaktadır.[53]

"Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması" (TCK M90/2-a) gerekmektedir. İnsan üzerinde yapılan bilimsel deneylerin hukuka uygun şekilde gerçekleşmesi deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamdan gerekli iznin alınması ile sağlanmaktadır.[54] Bahsi geçen kurullar, "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik 4. madde ile; "Gönüllülerin hakları, güvenliği ve esenliğinin korunması amacıyla araştırma ile ilgili diğer konuların yanı sıra gönüllülerin bilgilendirilmesinde kullanılacak yöntem ve belgeler ile bu kişilerden alınacak olurlar hakkında bilimsel ve etik yönden görüş vermek üzere teşkil edilecek ve Kurumca onaylanacak bağımsız kurullar" şeklinde tanımlanmıştır.[55] 6945 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek madde 10'a göre ise etik kurul; "en az biri sağlık mesleği mensubu olmayan kişi ve biri de hukukçu olmak kaydıyla ve üyelerinin çoğunluğu doktora veya tıpta uzmanlık seviyesinde eğitimli sağlık mesleği mensubu olacak şekilde, en az yedi en çok onbeş üyeden oluşturulur."[56] İnsan üzerinde gerçekleştirilmek istenen bir deney projesinden bahsedebilmek için yetkili kurul ve makamlardan izin alınması gerektiğini ve söz konusu kurullardan kastedilenin ne olduğunu yukarıda açıklamıştık. Dolayısıyla etik kurul onayı ve Sağlık Bakanlığının izni ile insan üzerinde gerçekleşen deneyler yetkili kurul ve makamlardan gerekli izni alarak hukuka uygun hale gelecektir.[57] Söz konusu izin mecburiyetini, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik madde 5; "Herhangi bir ilaç konusunda bilimsel amaçla klinik araştırma yapmak isteyen kişi, kurum veya kuruluşlar, bu Yönetmelik hükümlerine uygun olarak yerel etik kurul aracılığıyla Bakanlığa başvuruda bulunmak ve izin almak zorundadırlar. Araştırmayla ilgili olarak hazırlanacak "araştırma protokolü" ve diğer dokümanlar Bakanlığa sunulur. Etik Kurul'un gerekçe, amaç, yaklaşım ve yöntemler de dikkate alarak, etik yönden uygun gördüğü araştırmaların uygulamaya konulmasına, Bakanlıkça izin verilir." ifadeleri ile düzenlemiştir.[58]

"Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması" (TCK M90/2-b) gerekmektedir. Kanun koyucu öngörülen madde hükmü ile gönüllü üzerinde herhangi bir tıbbi deneyin gerçekleşmesi için öncelikle "insan dışı deney ortamında" veya "yeterli sayıda hayvan üzerinde"

[52] Aygün Eşitli, E. (2012), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 101.
[53] a.g.e., s. 102.
[54] Alan, a.g.t., s. 53.
[55] İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik http://etikkurul.medicine.ankara.edu.tr/klinik-arastirmalar-hakkinda-yonetmelik/ (Erişim Tarihi: 16.06.2023)
[56] Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.3359.pdf (Erişim Tarihi: 16.06.2023)
[57] Kul, a.g.t., s. 93.
[58] İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik http://sakur.uludag.edu.tr/files/07.pdf (Erişim Tarihi: 18.06.2023)

deneyin yapılması gerekliliğini açıkça belirterek araştırmacıya seçenek sunmuş olup belirtilen yöntemlerden birini tercih ederek hayata geçirmesi gerektiğini belirtmiştir.[59]

Bakınız İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesi; "Yeni geliştirilen bir ilacın, klinik öncesi farmakolojik, toksikolojik ve farmasötik araştırmaları tam ve uygun deneysel yöntemler kullanılarak yapılmadan I. dönem klinik araştırmalarına geçilemez. Bu çalışmaların değerlendirilmesinde aşağıda belirtilen hususlar öncelikle dikkate alınır: A) Klinik öncesi araştırmaların uygun deney hayvanlarında ve uygun metotlarla yapılmış olması, B) İlacın ve etkinin özelliğine göre uygun sayıda deney hayvanı kullanılmış olması," şeklindeki düzenlemesi ile TCK M90/2-b hükmünün uygulama alanı bulduğu bir hüküm karşımıza çıkmaktadır.[60]

"İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması" (TCK M90/2-c) gerekmektedir. Araştırmacıların "insan dışı deney ortamında" veya "hayvanlar üzerinde" gerçekleştirdikleri deneylerin ardından istedikleri başarıya ulaşamadıkları pek çok örnek mevcuttur. Başarısızlıkla sonuçlanan deneye dair elde edilen bulgular ışığında istenilen sonuca yaklaşmak amacıyla aynı deneyin insan üzerinde de gerçekleştirilmesi gerekliliğinden bahsedilebilir.[61] Dolayısıyla insan üzerinde deney yapılması hakkında göz önünde bulundurulması gereken nokta, insan üzerinde deney yapılması gerektiğine karar verilmeden önce deneyin madde metninde belirtildiği gibi öncelikle "insan dışı deney ortamında" veya "hayvanlar üzerinde" gerçekleştirilmesi ve ancak istenilen sonucun alınamadığına kanaat getirildiği takdirde "insan üzerinde deney" yöntemine başvurulmasıdır.[62]

"Deneyin insan sağlığı üzerinde öngörülebilir, zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması" (TCK M90/2- d) gerekmektedir. Deneyin gerçekleşmesi halinde kişinin sağlığında zararlı ve kalıcı bir etkinin oluşacağına dair bir kanaat hakimken deneye yönelik her fiil suç teşkil etmektedir. [63]Bakınız, Hasta Hakları Yönetmeliği m.33'e göre; "Araştırmalarda, gönüllünün sağlığına ve diğer kişilik haklarına zarar verilmemesi için gereken bütün tedbirler alınır. Araştırmanın gönüllüye vereceği muhtemel zararlar öncede tespit edilemediği takdirde; gönüllü, rızası bulunsa dahi, araştırma konusu yapılamaz" şeklinde düzenlenmiştir.[64] Dolayısıyla failin kanuna aykırı fiili sonucu kişinin sağlığında zararlı ve kalıcı bir etkinin oluşması halinde kanun koyucu tarafından öngörülen ceza yaptırımları uygulama alanı bulacaktır.[65]

"Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması" (TCK M90/2-e) gerekmektedir. İnsan, onurlu bir canlı olarak yaratılmıştır. Öyle ki kişi, onurunu koruyamadığı her ortamda insani yaşam koşullarını da kaybetmektedir. Bundan dolayı hukuk sitemi kişide

[59] Kerman, O. K. (2007), Tıbbi Araştırmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, s. 97.
[60] İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik http://sakur.uludag.edu.tr/files/07.pdf (Erişim Tarihi: 20.06.2023)
[61] Altınbasan, a.g.t., s. 30.
[62] Aygün Eşitli, a.g.e., s. 110.
[63] Kul, a.g.t., s. 96.
[64]Hasta Hakları Yönetmeliği https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 25.06.2023)
[65] Parlar, A. ve Hatipoğlu, M. (2008), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 1540

herhangi bir şart aramaksızın onun kişilik değerlerini ve insan onurunu her daim yasalarca koruma altına almıştır.[66]

İnsan üzerinde gerçekleştirilen deneylerde kişi, belli ölçüde acı çekebileceğine dair bilgilendirilmiş olup bu bilgilendirme doğrultusunda rıza göstermektedir. Ancak kişi deneye rıza gösterse dahi yapılan araştırma kişinin onurunu zedeleyecek bir müdahale haline geliyorsa kişiden alınan rıza hukuka uygunluk koşulunu karşılamayıp aksine rızanın varlığında dahi gerçekleşen müdahale hukuka aykırı kabul edilecektir.[67]

"Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması" (TCK M90/2-f) gerekmektedir. İnsan üzerinde yapılan bilimsel deneyler toplumun karşılaştığı hastalıkların teşhis ve tedavi sürecini hızlandırarak insan sağlığına katkıda bulunmayı hedeflemektedir. Ancak söz konusu amaç hayata geçirilirken hiç şüphesiz gönüllünün kişilik hakları ve sağlığının olabilecek en iyi seviyede korunması gerekmektedir. Her ne kadar söz konusu kişi, vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunan bilimsel deneylere rıza göstermiş olsa da yasalarla birlikte söz konusu müdahalelerin hukuki çerçevede kalması konusuna dikkat edilmelidir. Böylelikle araştırmacıların bilimsel deney adı altında insan hayatını ve kişiliğini zedeleyecek müdahalelerde bulunma girişimi sınırlandırılmış olacaktır.[68]

B. Çocuklar Üzerinde Deneyin Hukuka Uygunluk Koşulları

Bazı deneyler çocukların denek olmasını gerektiren konular içermektedir. Bahsedilen deneylerde çocuklar üzerinde gerçekleşecek olup etkilerinin hangi boyutta olacağı yine sağlıklı çocukların deneye vereceği tepkiye göre belirlenecektir. Ancak yaşları itibariyle çocukların vücut gelişimlerinin devam etmesi, buna bağlı olarak psikolojik yapılarının bir yetişkine oranla farklılık arz etmesi, hukuk sisteminde çocuk için ayrı bir yasa çerçevesi öngörülmesi gibi etkenlerden dolayı çocuklar üzerinde gerçekleştirilen deneylerde yetişkin gönüllülerden farklı olarak birtakım ek düzenlemeler getirilmiştir.[69]

Bu bilgiler ışığında, hali hazırda açıklamış olduğumuz hukuka uygunluk koşullarının yanı sıra; gerçekleştirilen bilimsel amaçlı deneyler neticesinde ulaşılan bilimsel verilerin, deneyden alınmak istenen sonuca varılması bakımından çocukların da araştırmaya dahil olmasını gerektirmesi, kendi vücudu üzerinde deney yapılmasına hakkında rıza açıklamaya ehil çocuğun müdahale için verdiği rızanın yanında veli/vasinin deneye dair aydınlatılmasının ardından açıkladıkları rızanın da bulunması ve deneye dair izin verecek olan yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gerekmektedir.[70]

Deney, çocuklar üzerinde gerçekleştirilecekse o halde önem verilmesi gereken öncelikli konu çocuğun üzerinde yapılacak müdahale ve gönüllü olduğu deney hakkında rıza açıklamasında bulunabilecek

---

[66] Kul, a.g.t., syf. 96-97.

[67] Doğan, C. (2008), İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları), İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu (Yay. Haz. Yener Ünver–Ali Kemal Yıldız–Onur Özcan), Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul, s. 102.

[68] İpekyüz, F. Y. (2006), Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 101.

[69] Aygün Eşitli, a.g.e., s. 133.

[70] Altınbasan, a.g.t., s. 34.

yetkinliğe sahip olup olmadığıdır. Çocuk kaç yaşına geldiğinde ancak üzerinde gerçekleştirilecek bir deneye rıza göstereceğini kesin ifadelerle belirtememekteyiz.[71]

Deneyin üzerinde yapılacağı çocuğun müdahale hakkında yeterince bilgilendirilmesinin ardından kendi rızasını açıklaması için durumunun yeterli olup olmadığına incelemeleri sonucu hekim karar verecektir. Doktrinde ağırlıklı savunulan görüş, hekimin incelemeleri sonucu çocuğun rıza göstermeye ehil olduğu kararına varılması neticesinde somut olayda çocuğun temyiz kudretinin varlığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla hekimin varacağı karar doğrultusunda çocuğun açıklanan rızası, deneyi hukuka uygun hale getirecektir.[72]

C. Tedavi Amaçlı Denemenin Hukuka Uygunluk Koşulları

Hastalıklar özelinde mevcut tedavi planları ile hastaya müdahale edilmesi neticesinde artık istenilen sonucun alınamadığının gözlemlenmesi üzerine, kişi üzerinde tedavi amaçlı denemeler gerçekleştirilmektedir. Hasta üzerinde gerçekleştirilen tedavi amaçlı deneme hukuka uygunluk şartlarını karşıladığı sürece ceza sorumluluğu gerektirmeyecektir. Dolayısıyla öncelikle hali hazırda tedavisi bulunan bir hastalığın varlığından bahsedilmelidir. Ancak söz konusu tedavi artık hastaya fayda sağlamamalıdır. Bahsi geçen tedavi planı ile tedavi edilemeyen hastalık için yeni bir tedavi amaçlı deneme gerçekleştirilmelidir. Üzerinde tedavi amaçlı deneme yapılacak kişi, gerçekleşecek deneme hakkında yeterli derecede ve anlaşılır şekilde aydınlatılmalıdır. Usulüne uygun şekilde bilgilendirilen kişinin üzerinde gerçekleştirilecek tedavi amaçlı deneme için tamamen özgür iradesiyle verilmiş yazılı rızasının alınması gerekmektedir.[73]

Tedavi amaçlı deneme suçu açısından kanun koyucu çocuklar için ek şart öngörmemiştir. Bu nedenle yetişkinler için belirtilen hukuka uygunluk nedenlerini çocuklar özelinde de somut olaya uygulayabilmekteyiz. Zira tedavi olmak hakkı bakımından çocukla yetişkin arasında bir fark bulunmamaktadır. [74]

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Türk hukuk sistemine göre teşebbüsten söz edebilmek için, failin kastettiği fiilin icrasına başlamış ancak elinde olmayan sebeplerden suçun tamamlanamamış olması gerekir.[75] İnsan üzerinde tıbbi deney ve tedavi amacıyla deneme suçları için teşebbüsten bahsedilebilir. Suç, neticesi harekete bitişik soyut tehlike suçu olduğundan failin gerçekleştirdiği hareketin bölünebilir bir hareket olması ve hareketin icrasına başlanması ancak failin elinde olmayan bir nedenle neticeye ulaşamaması suçta teşebbüs hükümlerinin

[71] a.g.t., s. 35.
[72] Boran, B. (2008), Aydınlatılmış Rıza, 1-3 Kasım Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s. 90.
[73] Ersan Şen, "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları" (Çevrimiçi) https://esinseckinaydin.wordpress.com/ (Erişim Tarihi: 30.06.2023)
[74] Aygün Eşitli, a.g.e., s. 170-171.
[75] Hakeri, H. (2020), Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler, Ankara: Astana Yayınları, s. 337.

uygulanması adına yeterli olacaktır.[76] İnsan üzerinde bilimsel amaçlı deney yapan araştırmacı veya tedavi amacıyla deneme yapan uzman hekim tarafından bilimsel amaçlı deney veya tedavi amaçlı deneme suçunu oluşturacak hareketlerin icrasına başlanmış ancak tamamen özgür iradeye bağlı olarak, gönüllü şekilde vazgeçilmiş olması durumunda TCK m90 hükmüne bağlı olarak herhangi bir yaptırım uygulanmayacaktır. Ancak bilimsel deney veya tedavi amacıyla deneme sırasında failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiği ana kadar gerçekleştirdiği fiil suç barındırdığı takdirde uzman hekim veya araştırmacı söz konusu suçun karşılığı olan TCK düzenlemesi kapsamında yargılanacaktır.[77]

B. İştirak

İnsan üzerinde bilimsel amaçlı deney ve hasta üzerinde tedavi amaçlı deneme halinde söz konusu müdahaleler ancak onları yapmaya yetkili şahıslar tarafından gerçekleştirilebileceğinden insan üzerinde deney ve deneme suçunda suça iştirak mümkün değildir. [78] İnsan üzerinde bilimsel amaçlı deney yapmak isteyen araştırmacının öncelikle "deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli izni almış olması" (TCK M90/2-a) gerekmektedir. Söz konusu deneyin hukuka uygunluğu araştırılmadan araştırmacıya verilen izin ile gerçekleşmekte olan hukuka aykırı deneyin sonucunda yetkili kurul ve makamlardan alınan iznin hukuka uygunluk şartı ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla devam eden deneyde yalnızca araştırmacı değil kurul veya kurum üyelerinin de cezai sorumluluğu doğacaktır. Söz konusu ihtimalde araştırmacı insan üzerinde deney suçunun faili olup izni vermeye yetkili kurul ve kurum üyeleri ise azmettiren ve yardım eden sıfatına haiz olmaktadır. [79]

Tedavi amaçlı deneme suçu, kanun koyucu tarafından özgü suç niteliğinde, yalnızca belirli kişilerin fail olabileceği şekilde düzenlenmiştir. Belirtilen özellikleri taşıyan yetkili hekimler hasta üzerinde tedavi amacıyla deneme yapabilecek olup bu suça söz konusu hekimlerin yanında iştirak eden kişiler ancak azmettiren veya yardım eden konumunda olabilecektir.[80]

C. İçtima

Deney ve deneme suçları insan üzerinde gerçekleştirildiğinden, aynı gönüllü özelinde ancak farklı zaman dilimlerinde birden fazla kez aynı suçun işlenmesine yönelik alınan karar neticesinde fail hakkında TCK m43'de düzenlenen zincirleme suç kapsamında; "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır." ifade edildiği şekilde tek bir cezaya ağırlaştırılmış haliyle hükmedilecektir.[81]

Failin suç işleme kastına dayalı deney veya denemeyi birden çok gönüllü üzerinde gerçekleştirmesi mümkündür. Özellikle insan psikolojisini konu alan deneyler bakımından birden çok denek üzerinde suç teşkil eden tek bir hareketin gerçekleştirilme olasılığı daha yüksektir. Bahsedilen hallerde TCK m43/2 ; "Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır." şeklinde düzenlenen zincirleme suç hali meydana gelmektedir. Her ne kadar klinik araştırma çalışmaları

[76] Doğan, a.g.e., s. 111.
[77] Kul, a.g.t., s. 112-113
[78] Doğan, a.g.e., s. 110.
[79] Dumancı, a.g.e., s. 120
[80] Parlar ve Hatipoğlu,a.g.e., s. 1553.
[81] Erman, a.g.e., s. 38; Kul, a.g.t., s. 114.

çerçevesinde meydana gelen deney ve kontrol grupları TCK m43/2 hükmünün uygulama alanı bulması adına ortam hazırlıyor olsa da bahsi geçen zincirleme suç hükmü deneyler için nadir görülmekte ve genel olarak her denek için farklı suçtan bahsedilmektedir. [82]

TCK m.90/5 fıkrası ile özel bir içtima hükmü düzenlemiştir. İnsan üzerinde deney suçunun varlığı halinde, mağdurun ölmesi veya yaralanması söz konusu olduğunda ancak kasten yaralama ya da kasten öldürme fiilleri yönünden sorumluluk doğacaktır. Dolayısıyla fail ceza sorumluluğu kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin düzenlenen maddeler kapsamında oluşacaktır. Hukuka uygunluk şartını sağlamış ve suç oluşturmayan herhangi bir deneyin gerçekleşmesi neticesinde gönüllünün hayatını kaybetmesi veya yaralanması durumunda ise deneyi yapan kişinin en azından suçun kanunda düzenlenen taksirli haline girebilecek şekilde kusurunun bulunması gerekmektedir.[83]

IX. SUÇUN SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Davanın görüleceği mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesidir. Ancak bazı hallerde, üzerinde gerçekleştirilen deney sonucunda gönüllü yaralanmakta veya hayatını kaybetmektedir. Gönüllünün yaralanması veya hayatını kaybetmesi ile sonuçlanan deneyler için kanun koyucu tarafından öngörülen "kasten öldürme (TCK m81)" ve "kasten yaralama (TCK m86)" suçlarına ait hükümler uygulanacağından fail, ağır ceza mahkemesinde yargılanabilecektir. Yargılamanın yapılacağı yer mahkemesi, failin mağdur üzerinde deney ve deneme eylemini gerçekleştirdiği yer mahkemesidir.[84] İnsan üzerinde hukuka aykırı şekilde gerçekleşen deney ve denemeler sonucunda yürütülecek soruşturma re'sen başlayacaktır. Suçun failinin kamu görevlisi olarak karşımıza çıkması durumunda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. Kamu görevlisi fail hakkında soruşturmanın açılması kanun koyucu tarafından öngörülen iznin alınmış olmasına bağlıdır.[85]

X. YAPTIRIM

Araştırmacıların İnsan üzerinde gerçekleştirdikleri bilimsel deney hukuka aykırı olduğu takdirde bahsedilen deneyi yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Ayrıca Hasta üzerinde hukuka aykırı şekilde tedavi amaçlı deneme yapıldığı takdirde ise tedavi amaçlı denemeyi yapan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.[86] Bakınız TCK m90/1 ; "İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Yine TCK m 90/ 4 ; "Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."[87]

Tüzel kişinin insan üzerinde hukuka aykırı şekilde bilimsel deney ve tedavi amaçlı deneme gerçekleştirerek TCK M90'da düzenlenen insan üzerinde deney ve deneme suçunun faili olması ile kanunda öngörülen tüzel kişilere dair güvenlik tedbirine hükmolunur. Suçun işlenmesi sonucu özel hukuk tüzel kişisinin karşılaşacağı yaptırımlar, iznin iptal edilmesi ve müsadere hükümlerinin uygulanmasıdır.[88]

[82] Dumancı, a.g.e., s. 120; Altunkaş, a.g.t., s. 400.
[83] Subaşı, a.g.t., s. 38; Alan, a.g.t., s. 78.
[84] Kul, a.g.t., s. 117,118
[85] Subaşı, a.g.e., s. 99.
[86] Dumancı, a.g.e., s. 123.
[87] Türk Ceza Kanunu https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf (Erişim Tarihi; 12.07.2023)
[88] Bayındır, a.g.e., s. 116.

TCK m90/6 ; “suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”[89] Güvenlik tedbirleri, tüzel kişiler hakkında düzenlenen güvenlik tedbirleri ve izin iptali tedbirlerinden ibarettir. Bahsedilen güvenlik tedbirleri için bakınız TCK m60 ; “Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.” [90]

XI. ZAMANAŞIMI

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarına dayanılarak açılan kamu davası TCK M66 hükmü gereğince 8 yıllık zamanaşımı süresinin geçmesiyle düşecektir. Sekiz yıllık zamanaşımı süresi üzerinde deney ve deneme suçları için failin suç oluşturan hareketi meydana getirdiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır.[91] Bakınız TCK m66/1-e; “Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adlî para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer.”[92] İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarının gerçekleşmeden daha teşebbüs aşamasında kalarak tamamlanamadığı durumlarda ise failin son fiilinin gerçekleştiği gün dikkate alınacaktır.[93] Bakınız TCK m66/6; “Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden itibaren işlemeye başlar.”[94] Suçun failinin kamu görevlisi olması durumunda, fail hakkında yargılamanın başlayabilmesi için 4483 sayılı kanun uyarınca izin alınması gerektiğinden, izin alınıncaya kadar dava zamanaşımı duracaktır.[95]

SONUÇ

85237 sayılı TCK'nın 90. maddesi, insan üzerinde gerçekleştirilen bilimsel deney ve deneme fiillerini suç olarak düzenlemiştir. Ancak madde başlığı, içeriğiyle tam olarak örtüşmemektedir. Başlık "İnsan Üzerinde Deney" olarak belirlenmiş olsa da madde metninde, birinci fıkrada insan üzerinde bilimsel deney yapma suçu, dördüncü fıkrada ise tedavi amaçlı deneme suçu yer almaktadır. Bu durum, madde başlığı ve içeriği arasında uyumsuzluğa neden olmaktadır. TCK m. 90, bir ceza normu olmaktan ziyade, deney ve deneme fiillerinin hangi şartlar altında hukuka uygun olacağını belirleyen düzenleyici bir niteliğe sahiptir. Bilimsel bir deneyin hukuka uygun hale getirilmesi için belirlenen şartlardan herhangi birinin eksik olması, fiilin suç teşkil etmesine yol açacaktır.

Kanun koyucu, deney suçu bakımından deneyin bilimsel olması dışında başka bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla, tıbbi ve biyolojik deneyler de dahil olmak üzere, insan üzerinde gerçekleştirilen her türlü bilimsel deney bu madde kapsamına girmektedir. Madde gerekçesinde biyotıbbi deney ve denemelerden bahsedilmiş olmasına rağmen, bu gerekçe metni hukuken bağlayıcı değildir ve madde metniyle

[89] Türk Ceza Kanunu https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf (Erişim Tarihi; 15.07.2023)
[90] Türk Ceza Kanunu https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf (Erişim Tarihi: 19.07.2023)
[91] Altunkaş, A. (2021), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, (TCK m.90), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, s. 418.
[92] Türk Ceza Kanunu https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf (Erişim Tarihi; 18.07.2023)
[93] Altunkaş, a.g.t., s. 418
[94] Türk Ceza Kanunu https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf (Erişim Tarihi; 18.07.2023)
[95] Subaşı, a.g.e., s. 100.

çelişmektedir. Bu nedenle, kanun koyucunun deneyi yalnızca bilimsel nitelikteki deneylerle sınırlaması, bilimsel olmayan deneylerin cezasız kalma riskini doğurabilir.

Madde, bilimsel deneyler bakımından yetişkin ve çocuk ayrımı yapmış olmasına rağmen, tedavi amaçlı denemeler bakımından bu ayrımı göz ardı etmiştir. Bu eksiklik eleştirilebilir. Aynı şekilde, deneme suçu bakımından, deney suçundan farklı olarak, suçun işlenmesi sonucu mağdurun yaralanması ya da ölmesi durumuna ilişkin düzenleme yapılmaması bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

TCK m. 90, Deney ve deneme fiillerinin net bir tanımını madde metninde belirtmemiş, yalnızca madde gerekçesinde tanıma yönelik ifadeler bulunmaktadır. Bu anlamda madde metnine bakarak deney ve deneme fiilinin birbirinden ayrılması oldukça güçtür, çünkü deneme fiilleri aynı zamanda deneyi içerisinde barındırmaktadır. Bu nedenle, deney ve deneme kavramlarının net bir şekilde tanımlanması ve sınırlandırılması gerekmektedir. Ayrıca gelişen gen teknolojisi ve uluslararası alandaki embriyo ve cenin koruma hassasiyeti, TCK m. 90'da yeterince karşılık bulmamaktadır. Bu tür konuların, uluslararası düzenlemelere uygun bir şekilde iç hukukta düzenlenmesi gerekmektedir.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçu konusunda henüz yeterli sayıda içtihat olmaması, maddeye ilişkin öğretide ciddi görüş farklılıklarının olduğunu göstermektedir. Anayasa tarafından korunan birçok hukuki değeri koruyan bu normun içeriğinin ve sınırlarının net olması, bu hukuki değerlerin gereği gibi korunması ve ihlallerin cezasız kalmaması bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenle, uluslararası düzenlemeler çerçevesinde konuya ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması, madde metninin yeniden düzenlenmesi ve vücut bütünlüğü, yaşam hakkı, insan onuru gibi hukuki değerlerin doğru bir şekilde korunabilmesi için yeni suç tiplerinin ihdas edilmesi gerekmektedir.

Kaynakça

Alan, E. (2008), Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK Madde 90), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul

Altınbasan, İ. (2017), Biyotıp Sözleşmesi Bağlamında Türk Hukukunda Embriyo Üzerinde Tıbbi Araştırmalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Altun, A. (2018), Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (1)

Atlı, T. (2018), Kişi Dokunulmazlığının Hukuki ve Felsefi Temelleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Konya

Artuk, M. E. ve Gökcen A. (2022), Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Adalet Yayınevi

Aydın, T. (2022), Pandemi Döneminde Sağlık Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara

Aygün Eşitli, E. (2012), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara: Yetkin Yayınları

Boran, B. (2008), Aydınlatılmış Rıza, 1-3 Kasım Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları

Doğan, C. (2008), İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları), İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu (Yay. Haz. Yener Ünver–Ali Kemal Yıldız–Onur Özcan), Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul.

Doğan, T. A. (2022). İnsan Hakları Bağlamında İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Kocaeli

Dumancı G. (2020), İnsan Konulu Klinik Araştırmalar Ve Hukuki Boyutu, İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş.,

Ersan Şen, "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları" (Çevrimiçi) https://esinseckinaydin.wordpress.com/ (Erişim Tarihi: 30.06.2023)

Gülen KURT. M. (2020), Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Türkiye Barolar Birliği Dergisi.

Gündüz, M. (2019), Hastaların Sağlıkta Şiddete Yönelik Görüşleri ile Hasta Haklarını Kullanma Tutumlarının Belirlenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi, Edirne

Hakeri, H. (2018), Tıp Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 1048-1049.; Erman, B. (2016), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13 (2)

Hakeri, H. (2020), Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler, Ankara: Astana Yayınları

İpekyüz, F. Y. (2006), Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık

Kahraman, Z. (2016), Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1)

Kerman, O. K. (2007), Tıbbi Araştırmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul

Kirkit, E. (2016), Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara: Adalet Yayınevi

Kul, N. B. (2019), İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Yapma Suçları (TCK m.90), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, İstanbul

Oğuzman M. K./Seliçi Ö./Oktay-Özdemir S. (2016). Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul: Fizik Kitapevi

Parlar, A. ve Hatipoğlu, M. (2008), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara: Seçkin Yayınları

Sarı, N. (2002), Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Beden Muayenesi Ve Örnek Alınmasının Tıp Hukukundaki Yansımaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, İstanbul

Sarıtaş, H. (2005), Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, İstanbul: Bilge Yayınevi

Savcı, B. (1980), Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Yayınları

Şimşek, O. (1999), Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir

Subaşı M. F. (2021), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29(1)

Şimşek, O. (1999), Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir

Tunçer, P. (2017), Sağlık Hukuku Temel Bilgiler, Ankara: Adalet Yayınevi

Turhan, M. M. (2010), Kamu Hukuku Açısından Klinik İlaç Araştırmaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir

Ünver, Y. (2007), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul

Vardar. Ç. (2012), İnsan Onurunun Anayasal Düzeyde Korunması, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (1), s. 105-114

Yaghoobpour, P. (2019), Küreselleşme Sürecinde Sağlık Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara

Yılmaz, A. (2019), Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara: LYKEION Yayınları

GENETİĞİ DEĞİŞTİRİLMİŞ ORGANİZMALI ÜRÜNLERDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Arş. Gör. Şule Uzun*

ÖZET

Teknolojide ve moleküler biyolojide meydana gelen gelişmelerin bir sonucu olarak genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünler (GDO) hayatımızın bir parçası haline gelmiştir. Canlıların besin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik ürünlere teknolojinin yardımıyla genetik değiştirme işlemleri yapılabilmektedir. Gıda ve tarım ürünlerinin ömrünü uzatan, iktisadi açıdan ucuz ve dayanaklı ürün üreterek kar elde etme gayesi taşıyan işletmeler genetiği değiştirilmiş organizmalar sayesinde amaçlarına ulaşabilmektedir. Böylelikle bir ürüne birçok farklı açıdan müdahale edilebilmektedir. Bu durum bir yandan bireylerin ve canlıların yaşamını kolaylaştırırken bir yanda da ilerleyen zamanlarda, şu an var olan teknoloji ve bilim ile öngöremeyeceğimiz zararların ortaya çıkmasına neden olabilir. Tam da bu sebeple bünyesinde tehlike barındıran genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlerle ilgili faaliyette bulunan kişilerin sorumluluğunun düzenlenmesi önem arz etmektedir. Dünyada ve ülkemizde genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlerin muhtemel risklerine karşı önlem alınması zaruri hale gelmiştir. Bu sebeple ülkeler iç hukuklarında düzenleme yapma yoluna gitmişlerdir. Her ne kadar konu ile ilgili düzenlemelerde eksiklikler olsa da doğrudan ve dolaylı olarak insan ve canlı yaşamını tehdit eden genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlere karşı işletmelerin belirli koşulları sağlaması hususunda dünya ülkelerinin hemfikir olması önemlidir. Ülkemizde genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlere ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda belirtilen yükümlülüklere aykırı davrananlar için hukuki sorumluluğun nasıl ve ne şekilde olacağına dair hükümlere yer verilmiştir. Çalışmanın amacı genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlerden doğan hukuki sorumluluğun şartlarını değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: Genetiği Değiştirilmiş Organizma, Hukuki Sorumluluk, Sorumluluğun Kapsamı

LEGAL LIABILITY ARISING FROM PRODUCTS WITH GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS

ABSTRACT

As a result of the developments in technology and molecular biology, products with genetically modified organisms (GMO) have become a part of our lives. With the help of technology, genetic modification processes can be made to products that meet the nutritional needs of living things. Businesses that extend the life of food and agricultural products and aim to make profits by producing economically cheap and durable products can achieve their goals thanks to genetically modified organisms. Thus, a product can

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, sule.uzun@omu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5806-1696.

be intervened in from many different angles. While this situation facilitates the lives of individuals and living things, it may also cause harm in the future that we cannot foresee with the current technology and science. For this very reason, it is important to regulate the responsibilities of those who engage in activities related to products with genetically modified organisms, which contain dangers. It has become necessary to take precautions against the possible risks of products with genetically modified organisms in the world and in our country. For this reason, countries have resorted to making regulations in their domestic laws. Although there are deficiencies in the regulations on the subject, it is important for the countries of the world to agree that businesses must meet certain conditions against products with genetically modified organisms that directly and indirectly threaten human and living life. Regulations regarding products with genetically modified organisms have been made in our country. In this context, provisions are included regarding how and in what form legal liability will be incurred for those who act contrary to the specified obligations. The aim of the study is to evaluate the conditions of legal liability arising from products with genetically modified organisms.

Keywords: Genetically Modified Organism, Legal Liability, Scope of Liability

GİRİŞ

Genetiği değiştirilmiş organizma, genetik yapıları doğal olmayan yollarla değiştirilmiş organizmalardır[1]. Genetiği değiştirilmiş organizmalar; genetiği değiştirilmiş mikroorganizmalar, genetiği değiştirilmiş yeşil bitkiler ve genetiği değiştirilmiş hayvanlar olarak üç kategoriye ayrılmaktadır[2]. Biyoteknolojik metodlar kullanılarak genetiği değiştirilmiş organizmalar elde edilmesi çeşitli amaçlarla olabilmektedir. Kırmızı gen mühendisliği olarak bilinen yöntem tıp alanında; bazı hastalıkların nedenlerinin araştırılması, genetik hastalıkların teşhisinin konulması, aşıların, yeni ilaçların üretimi genetiği değiştirilmiş organizmalarla olabilmektedir[3]. Yeşil gen mühendisliği yöntemi tarım alanında, besinlerin dayanıklılığının arttırılması veya içlerindeki maddelerin değiştirilmesi yoluyla ömrünün uzatılması gibi, gıda ürünlerinin olası hastalıklara ve gıdaya zarar veren böceklere karşı dirençlerinin artırılması suretiyle hem daha ekonomik hem de daha az kimyasalın kullanıldığı bir tarımın yöntemi olarak tercih edilmektedir[4]. Gri gen mühendisliği ise çevre alanında zeminleri temizlemek için özel olarak üretilen organizmalardan

[1] Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar (GDO veya transgenik ürünler), genetik kodu gen teknolojisi kullanılarak değiştirilmiş canlı organizmalardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ATSAN, Tecer/ KAYA, Tuğba Erem: ‘‘Genetiği Değiştirilmiş Organizmaların (GDO) Tarım ve İnsan Sağlığı Üzerinde Etkileri’’, *Uludağ Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 2008/2, S. 1-6, s. 2; AKSU KAYACAN, Simge: Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizma ve Ürünlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 74; ATEŞ, Zehra Gizem: Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 70 [Hukuki Sorumluluk], ÖCAL, Ece Elif/ IŞIKLI, Burhanettin: ‘‘Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar Yararlı mı, Zararlı mı?’’, *ESTÜDAM Halk Sağlığı Dergisi,* Cilt 4, Sayı 1, 2019, S. 71-79, s. 73.

[2] GÜRPINAR, Damla: ‘‘Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk’’, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı 2013, S. 1067-1109, s. 1068; DEMİRKOL, Kenan: GDO: Çağdaş Esaret, Kaynak Yayınları, İstanbul 2010, s. 26; KÜÇÜK, Hakan Rıza: Genetiği Değiştirilmiş Organizma ve Ürünlerin Sağlık Hakkı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı Açısından Değerlendirilmesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 40.

[3] GÜRPINAR, s. 1068; DEMİRKOL, s. 27; KÜÇÜK, s. 40.

[4] GÜRPINAR, s. 1068; DEMİRKOL, s. 27; KÜÇÜK, s. 40.

yararlanılması ile atık suların genetiği değiştirilmiş bakteriler sayesinde arındırılmasını olanaklı kılmaktadır[5]. Günümüzde en çok bilinen ilaç üretimi bakımından genetiği değiştirilmiş organizmalardan yararlanılmasıdır.

I. GENETİĞİ DEĞİŞTİRİLMİŞ ORGANİZMALARDAN DOĞAN SORUMLULUK HALİNE İLİŞKİN MEVZUAT HÜKÜMLERİ

Türk hukukunda sorumluluğun doğması çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Borç ilişkisinin kaynaklarından biri olan haksız fiil sorumluluğu hukukumuzda esas olarak kabul edilen kusur sorumluluğunu oluşturur[6]. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[7] m. 49'da belirtilen sorumluluğun doğabilmesi için kusurun varlığını aramaktayız[8]. Ancak bazı hallerde sorumluluğun türü farklı olabilir. Kişinin kusuru olmasa dahi kanunda açıkça düzenlenen bazı hallerde kusursuz sorumluluk hali mümkündür. Hakkaniyet, tehlike ve objektif özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan kusursuz sorumlulukta zarar ile zararı meydana getiren olay arasında nedensellik ilişkisi mevcuttur[9]. Bu bağlamda sorumluluğun doğması için kusur unsuruna gerek bulunmamaktadır. Kusur esasına dayanmayan tehlike sorumluluğu TBK m. 71'de düzenlenmiştir[10].

TBK m. 71 tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme ihdas etmiştir. İlgili maddenin 3. fıkrası tehlike sorumluluğuna ilişkin özel hükümlerin saklı olduğunu belirtmiştir. Bu açıdan özel kanunlarda hükümlerin olması öncelikli olarak uygulanması anlamına gelir. Kanun koyucu gelişen teknolojiyle birlikte

[5] GÜRPINAR, s. 1068; DEMİRKOL, s. 27; KÜÇÜK, s. 41.

[6] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 513; REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 169; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 475; TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 89; SARIHAN, Banu Bilge: ''Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Bir Kural Olarak Tehlike Sorumluluğu'', *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 2014/1, S. 1177-1196, s. 1178; BAŞOĞLU, Başak: ''Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler'', *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2015/2, S. 29-56, s. 31.

[7] RG. 04.02.2011 T, 27836 S.

[8] EREN, s. 514; REİSOĞLU, s. 169.

[9] KORKUSUZ, M. Halit: ''Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri'', *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15-16, Sayı 2011/22-23-24-25, S. 89-99, s. 93; ATEŞ, *Hukuki Sorumluluk,* s. 108; EREN, s. 531; REİSOĞLU, s. 173; BAŞOĞLU, s. 33.

[10] TBK m. 71; Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır. Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır. Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.

öngörülemeyen tehlikelerin özel kanunlarda düzenlenmesinin zaman alıcı olması sebebiyle genel bir kural koyma yoluna gitmiştir[11].

Özellikle son yıllarda genetik ve moleküler biyolojide meydana gelen gelişmelerin bir sonucu olarak, genetiği değiştirilmiş ürünler toplumun hemen hemen her kesimini ilgilendiren bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır[12]. Bu kapsamda kısaca genetiği değiştirilmiş organizmaların ortaya çıkma sebebini oluşturan biyoteknolojinin ne olduğuna değinmek gerekir. Biyoteknoloji, gen aktarımı yoluyla canlı organizmaların özelliklerini değiştiren ve doğal olmayan şekilde bir canlının genetik niteliklerinin diğer bir canlıya aktarılmasına imkân sağlayan teknoloji uygulamalarıdır[13]. Genetiği değiştirilmiş organizmalar ise, biyoteknolojinin uygulanması sonucunda bir canlı türüne başka bir canlı türünden gen aktarılması ya da canlının mevcut genetik yapısına müdahale edilmesi yoluyla bu canlıya yeni genetik özellikler kazandırılması ile elde edilen yeni özelliklere sahip organizmalardır[14]. Transgenik organizmalar olarak da adlandırılan genetiği değiştirilmiş organizmalar, biyoteknoloji uygulamalarının doğrudan bir sonucunu oluşturmaktadır[15]. Günümüzde biyoteknoloji uygulamaları tarım, gıda, hayvancılık, kimya ve sağlık gibi birçok sektörde gerçekleşmektedir. Genetiği değiştirilmiş organizmalar hem insan sağlığı hem de çevre üzerinde oldukça ciddi riskler barındırmaktadırlar[16]. GDO'lu ürünlerin özellikle tarım sektöründe yaygınlık kazanmasının doğuracağı sosyoekonomik sonuçların, insan sağlığı üzerinde doğrudan etkisinin olduğunu belirtmek gerekir[17]. Gerek genetiği değiştirilmiş organizmalara ait riskler, gerekse de bu konuda yürütülen bilimsel araştırmalar sonucunda biyoteknoloji uygulamalarının uzun vadede doğurabileceği zararlar

[11] AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: ''6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu'', *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXX, Sayı 2012/1, S. 203-220, s. 206; EREN, s. 693; ATEŞ, *Hukuki Sorumluluk,* s. 110; SARIHAN, s. 1179; KORKUSUZ, s. 95.

[12] ÖZDEMİR, Hayrunnisa: ''Gıda Hukuku ve Hukuki Sorumluluk'', *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, Cilt 19, 2017, S. 443-491, s. 456; GÜRPINAR, s. 1068; ATEŞ, *Hukuki Sorumluluk,* s. 70; AKSU KAYACAN, s. 24; ÖCAL/ IŞIKLI, s. 74.

[13]OĞUZLAR, Özlem: Genetiği Değiştirilmiş Organizmalara İlişkin Uluslararası ve Avrupa Birliği'ndeki Düzenlemeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 1; GÜNEŞ, Ahmet: ''Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Çevre Hukuku -Uluslararası Düzenlemeler, Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye'deki Mevcut Durum'', *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXVI, Sayı 2008/2, S. 49-90, s. 49; YILDIRIM, Mustafa Fadıl: Gen Teknik Uygulamalarından Doğan Hukuki Sorumluluk, Engin Yayınevi, Ankara 2008, s. 12; DENLİ, Muzaffer: Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar (GDO), İTO Yayın No: 201-90, İstanbul 2012, s. 27; GÜNGÖR, Engin/ DEMİRYÜREK, Kürşat: '' Türkiye'de Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar'', *Tarım Ekonomisi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2021, S. 140-154, s. 142; ÖZDEMİR, s. 457; GÜRPINAR, s. 1068; AKSU KAYACAN, s. 24; ÖCAL/ IŞIKLI, s. 74; KÜÇÜK, s. 44.

[14] ATSAN/ KAYA, s. 2; ÖZDEMİR, s. 457.

[15] ATSAN/ KAYA, s. 2; ÖZDEMİR, s. 457.

[16] ATEŞ, Zehra Gizem: ''Genetiği Değiştirilmiş Organizmalara (GDO) İlişkin Avrupa Birliği'ndeki Yasal Düzenlemeler'', *İnsan ve İnsan Journal of Science*, Cilt 7, Sayı 24, ISSN 2148- 7537, 2020, S. 9-19, s. 9 [Yasal Düzenlemeler]; ÖZDEMİR, s. 457; KÜÇÜK, s. 51.

[17] ATEŞ, *Yasal Düzenlemeler,* s. 9; Genetiği değiştirilmiş bitkisel ve hayvansal ürünler doğrudan kullanılmakla beraber, genetiği değiştirilmiş mikroorganizmalar (bakteriler, mayalar ve küfler) ekmek, peynir ürünleri vb. çeşitli üretimlerde, enzim ve gıda katkı maddesi olarak amino asit elde etmek için kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, Venhar/ BALIK, Dilek Turgut: ''Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar (GDO)'', *Erciyes Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi,* Cilt 23, Sayı 1-2, ISSN 1012-2354, 2007, S.13-23, s. 15; ÖZDEMİR, s. 457.

nedeniyle ülkelerin belirsiz ve niteliğini tanımlayamadıkları bu zararlara karşı hukuki çareler aramasını gerekli kılmıştır[18].

1992 yılında Rio de Janeiro'da gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda imzalanan BM Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi GDO'lu ürünlerin biyolojik güvenliğine esas oluşturan bir sözleşmedir[19]. Bu sözleşmeye göre biyolojik çeşitliliğin korunması, bu çeşitliliğin unsurlarının sürdürülebilir kullanımı, genetik kaynaklar ve teknoloji üzerinde sahip olunan bütün hakları dikkate alarak, bu kaynaklara gereğince erişimin ve ilgili teknolojilerin gereğince transferinin sağlanması ve uygun finansman tedariki de dahil olmak üzere genetik kaynakların kullanımından doğan menfaatlerin adil bir şekilde paylaşımıdır[20]. GDO'lu ürünlerin biyolojik güvenliğine ilişkin hukuki sorumluluğa ilişkin düzenlemeler, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesinin eki olan Cartagena Biyogüvenlik Protokolüdür[21]. Protokol, 29.01.2000 yılında Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesine ek olarak kabul edilmiş ve 11.09.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol, GDO'ların insan sağlığı ve çevreye ne tür etkide bulunacağı tam olarak bilenemediğinden bu belirsizlik karşısında ön tedbir alma ilkesini içermektedir[22].

Ülkemizde biyogüvenlik alanında ilk düzenleme Tarım ve Köyişleri Bakanlığı tarafından çıkartılan 14.05.1998 tarihli 'Transgenetik Kültür Bitkilerinin Alan Denemeleri Hakkında Talimat' ile yer bulmuştur[23]. Talimatın uygulanmasında yaşanan sorunlar Cartagena Biyogüvenlik Protokolü[24] kapsamında iç hukukta düzenleme yapma ihtiyacını gündeme getirmiş ve böylelikle Biyogüvenlik Kanunu çıkarılması zorunlu olmuştur[25]. Bu bağlamda 18.03.2010 tarihinde kabul edilip 26.09.2010'da yürürlüğe giren 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu[26] ile genetik yapısı değiştirilmiş organizmalarla ilgili hukuki düzenlemeler getirilmiştir. Kanunun hazırlanma sürecinde GDO'lu ürünlerin insan sağlığı ve çevre üzerindeki riskleri dikkate alınarak bu risklerin uzun vadede yaratabilecekleri olumsuz etkilerinin azaltılmasına yönelik önlemlerin alınmasına çalışılmıştır[27].

---

[18] ATEŞ, *Yasal Düzenlemeler,* s. 9; ÖZDEMİR, s. 457; ÇELİK/ BALIK, s. 19.

[19] 29 Aralık 1992 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmeye 196 ülke taraf olmuştur. Türkiye ve GDO'lu tarımın en fazla yapıldığı Brezilya, Arjantin, Kanada, Hindistan gibi ülkeler taraf ülkeler arasındadır. Detaylı bilgi için bkz. AKSU KAYACAN, s. 160; ÖZDEMİR, s. 457; ATSAN/ KAYA, s. 2.

[20] ÖZDEMİR, s. 457; GÜRPINAR, s. 1068; AKSU KAYACAN, s. 162.

[21] ÖZDEMİR, s. 457; GÜRPINAR, s. 1068; AKSU KAYACAN, s. 166.

[22] Cartagena Biyogüvenlik Protokolü m. 1; Çevre ve Kalkınma Hakkındaki Rio Deklarasyonunun 15 numaralı prensibinde yer alan ön tedbirci yaklaşıma uygun olarak, bu Protokolün amacı insan sağlığı üzerindeki riskler göz önünde bulundurularak ve özellikle sınır ötesi hareketler üzerinde odaklanarak, biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kullanımı üzerinde olumsuz etkilere sahip olabilecek ve modern biyoteknoloji kullanılarak elde edilmiş olan değiştirilmiş canlı organizmaların güvenli nakli, muamelesi ve kullanımı alanında yeterli bir koruma düzeyinin sağlanmasına katkıda bulunmaktır. AKSU KAYACAN, s. 274.

[23] AKSU KAYACAN, s. 274; ATEŞ, *Hukuki Sorumluluk,* s. 70.

[24] Ülkemizde Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesine ek olarak hazırlanan Cartagena Biyogüvenlik Protokolü 24.01.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[25] AKSU KAYACAN, s. 274; ATEŞ, *Hukuki Sorumluluk,* s. 72.

[26] RG. 26.03.2010 T, 27533 S.

[27] ÖZDEMİR, s. 457; GÜRPINAR, s. 1068.

Genetiği değiştirilmiş organizmalara ilişkin 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu[28]'ndan önce 26.10. 2009 tarihinde 'Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelik' çıkartılmıştır. Ardından düzenlenen ve Biyogüvenlik Kanunu ile aynı gün yürürlüğe giren 'Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik' GDO'lu ürünlere ilişkin hükümlere yer vermiştir. İlgili düzenlemeler genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlerden doğan hukuki sorumluluk hallerinde bizlerin haritası olmaktadır.

Cartagena Biyogüvenlik Protokolü, özetle insan sağlığına ilişkin riskleri göz önünde bulundurarak biyoçeşitliliğin sürdürülebilir kullanımı ve korunmasına etki edebilecek bütün genetiği değiştirilmiş organizmaların sınırları aşan hareket hali, geçiş durumları ve bu ürünlerin kullanımını kapsamaktadır[29]. Ancak, insan kullanımına yönelik genetiği değiştirilmiş organizmaları eczacılık ürünleri başka bir uluslararası sözleşme veya düzenlemede yer alması halinde Protokol dışında tutulmuştur[30]. Protokol ile genel olarak genetiği değiştirilmiş organizmaların uluslararası ticaretine bir düzenleme getirilmektedir[31]. Cartagena Protokolünü kabul eden ülkeler, gen teknolojisiyle genetiği değiştirilmiş organizmaların neden olabileceği sorunları engellemek, engellenemediği takdirde doğabilecek zararlardan hukuki olarak sorumluluğu bulunan kişileri ve sorumluluğun kapsamını belirlemek üzere iç hukuklarında düzenleme yapma yoluna gitmişlerdir[32]. Ülkemizde daha önce bahsettiğimiz üzere konu ile ilgili Biyogüvenlik Kanunu hazırlanarak yürürlüğe girmiştir.

Gürpınar'a göre genetiği değiştirilmiş organizmalar çevresel zararlar da yaratabileceği için Çevre Kanunu çerçevesinde sorumluluk da düşünülebilirdi; ama o zamanda, zararın çevresel olmadığı durumlar, sorumluluktan yoksun kalabilirdi[33]. Bu yüzden Biyogüvenlik Kanunumuzda çeşitli önlemler belirlendikten ve yasaklar getirildikten sonra yine de zarar doğması ihtimali için hukuki sorumluluğun da düzenlenmesi isabetli olmuştur[34].

A. 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu Kapsamında Hukuki Sorumluluk

5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nun 14. maddesinde hukuki sorumluluğa ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Sorumluluğa ilişkin temel ilkeleri barındıran maddede bahsi geçen ilkeler genetiği değiştirilmiş organizmalara ilişkin özel bir sorumluluk getirmemiş yalnızca kıstasları belirlemiştir. Anılan kanunda belirtildiği üzere sorumlu kişiler, GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetlerde bulunanlardır. Öncelikle GDO'lu organizmalar, genetik mühendisliği ile bir canlıya başka bir canlı türünden gen aktarılarak yeni bir canlı organizma yaratılması olarak tanımlanabilir[35]. Gen aktarılan canlının DNA'sı değiştirilmekte olup bu sayede kendi türünde olmayan bazı özelliklere sahip olabilmektedir[36]. Örneğin, mısır üretiminde mısıra zarar

[28] RG. 26.03.2010 T, 27533 S.
[29] ÖZDEMİR, s. 457; GÜRPINAR, s. 1068.
[30] ÖZDEMİR, s. 457; GÜRPINAR, s. 1068.
[31] Bu nedenle Protokolün "Biyo-Ticaret Protokolü" olarak isimlendirildiği de görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DENLİ, s. 133; ÖZDEMİR, s. 458.
[32] GÜRPINAR, s. 1068; ÖZDEMİR, s. 458.
[33] GÜRPINAR, s. 1068.
[34] GÜRPINAR, s. 1068.
[35] ATEŞ, *Yasal Düzenlemeler,* s. 9; ÖZDEMİR, s. 457; ATSAN/ KAYA, s. 2; ÇELİK/ BALIK, s. 19.
[36] ATEŞ, *Yasal Düzenlemeler,* s. 9; AKSU KAYACAN, s. 65; ATSAN/ KAYA, s. 2; ÖZDEMİR, s. 457; ÇELİK/ BALIK, s. 19.

veren canlıdan ürünü korumak için mısır tohumlarına bu sineğe dayanabilecek bir protein aşılanmıştır[37]. Bu sayede mısır tohumları zarar verici canlıdan kendilerini koruyabilmektedir[38]. Bunun sonucunda da daha çok mısır üretimi sağlanmaktadır.

Modern biyoteknoloji uygulamaları son yıllarda tarım sektöründe GDO tohumların üretimlerinin yaygınlaştırılmasına yönelik olarak sürdürülmektedir[39]. Genetik değiştirme; mısır, patates gibi ürünlerde zararlılara dayanıklılık; soya, pamuk, mısır, gibi ürünlerde doğal olmayan ilaçlara karşı dayanıklılık; patates, çeltik, mısırda bitki hastalıklarına dayanıklılık; ayçiçeği, soya yerfıstığı gibi ürünlerde olgunlaşmanın geciktirilmesi ve domateste aromanın ve raf ömrünün uzatılmasına yardımcı olması sebebiyle kullanılmaktadır[40].

5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu m. 14/1'e göre GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetlerde bulunanlar, bu Kanun kapsamında izin almış olsalar dahi, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına karşı oluşan zararlardan sorumludur. Ayrıca m. 14/2 uyarınca GDO'ların kapalı alanda kullanımı ve gıda, yem, işleme ve tüketim amacıyla piyasaya sürülmesi, ithalatı ve transit geçişi için izin alma zorunluluğu olduğu halde, bu faaliyetleri izinsiz olarak gerçekleştirenler ile GDO'ları çevreye serbest bırakanlar ve üretenler bu faaliyetler sonucunda meydana gelen her türlü zarardan sorumludur. Görüldüğü üzere hukuki sorumluluğu yüklenen kişiler düzenlemeden anlaşılmaktadır.

Biyogüvenlik Kanunu GDO'lu ürünlerin sebep olduğu zararlardan hukuki sorumluluğu düzenleyen özel bir kanun niteliğinde olup GDO'ların ithalatı, işlenmesi, depolanması, piyasaya sürülmesi ve tüketiciye ulaşması aşamalarında yapılan faaliyetlerin tehlike barındırması sebebiyle Biyogüvenlik Kanunu m. 14 düzenlemesi hukuki niteliği itibariyle tehlike sorumluluğudur[41]. Sorumluluğun esası unsurunu oluşturan tehlike, alınan koruyucu tedbirlere rağmen önlenemeyen, zararın doğumunun kaçınılmaz olduğu tehlike potansiyelini ifade etmektedir[42]. Tehlike sorumluluğunda işleten her türlü dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlasa dahi sorumluluktan kurtulamamaktadır[43].

Belirtmek gerekir ki; m.14/1 ikinci cümlesinde *'Bu sorumluluk, GDO ve ürünlerinin, başvuru ve kararda yer alan koşulları sağlamadığının anlaşılması durumunda zarar oluşmasa dahi geçerlidir'* ibaresi yer

[37] ÖZDEMİR, s. 461.
[38] ÖZDEMİR, s. 461.
[39] ÇELİK/ BALIK, s. 17; ÖZDEMİR, s. 461.
[40] ÇELİK/ BALIK, s. 17; ÖZDEMİR, s. 461; ÖCAL/ IŞIKLI, s. 74.
[41] *Ateş'e* göre Biyogüvenlik Kanunu m. 14 hükmünün hukuki niteliği tehlike sorumluluğunun özel bir görünümüdür. Bu görüş kapsamında genetiği değiştirilmiş organizmalarla ilgili faaliyetler sonucu oluşan zararlardan dolayı öncelikle özel nitelikli 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu uygulanmalıdır. Bu kanunda hüküm bulunmayan veya kanun ile çatışan hallerde TBK uygulanmalıdır. Bkz. ATEŞ, *Hukuki Sorumluluk,* s. 118.
[42] TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 31; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 353; ATEŞ, *Hukuki Sorumluluk,* s. 112; BAŞOĞLU, s. 45; AKSU KAYACAN, s. 370,
[43] Tehlike sorumluluğunda illiyet bağının kesilmesi dışında sorumluluğu ortadan kaldıran kurtuluş sebepleri söz konusu değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKSU KAYACAN, s. 370; ÖZDEMİR, s. 463; BAŞOĞLU, s. 46.

almaktadır[44]. *Özdemir'e* göre ilgili düzenlemeden anlaşılması gereken normatif zarar olmalıdır[45]. *Gürpınar'a* göre bir zarar bulunmadan hukuki sorumluluk söz konusu olamayacağına göre, bu halde kanun koyucunun idari veya cezai sorumluluktan söz etmek istediğini kabul etmemiz gerekecektir[46]. Gerçi idari ve adli cezalara ilişkin hükümlerin 15. maddede düzenlendiği dikkate alındığında burada yine idari veya cezai sorumluluktan söz ediliyor olduğunu kabul etmek pek kolay olmayacaktır[47]. *Ateş'e* göre de zarar kusursuz sorumluluğun varlığı için zorunludur[48]. Zararın olmadığı noktada tazminat yükümlülüğünden bahsedilemeyeceği için bu sorumluluk idari para cezası olabilir[49]. Kanun koyucunun zarar olmadan sorumluluğun kurulmasını belirten yaklaşımı yerine zararsız sorumluluktan bahsetmemesi daha isabetli olurdu[50].

Burada belki de altıncı fıkrada getirilen, sorumluların, çevrenin zarar görmüş veya tahrip olması durumunda eski haline getirilmesi veya aynı değerdeki unsurların yerine konulması için gerekli masrafı karşılamalarına ilişkin düzenlemeye gönderme yapılmak istenildiği de düşünülebilir[51]. Ancak altıncı fıkrada, sorumluların çevreyi eski hale getirme masraflarını karşılayacaklarını ortaya konulurken, birinci fıkrada gerekli izinleri almayan veya bu izinlerin gereğini yapmayan kişiler, zararın yokluğunda bile, sorumlu tutulmaktadır[52]. Bundan çıkan anlam, izinleri almış olan kişilerin, zarar doğmadığında sorumlu olmadıklarıdır. Çevresel zarar ise, izin alınmış olsa bile giderilmesi gereken bir zarardır[53]. Bu durumda zaten

[44] GÜRPINAR, s. 1080.
[45] ÖZDEMİR, s. 463.
[46] GÜRPINAR, s. 1080.
[47] GÜRPINAR, s. 1080.
[48] ATEŞ, *Hukuki Sorumluluk,* s. 138.
[49] ATEŞ, *Hukuki Sorumluluk,* s. 138.
[50] ATEŞ, *Hukuki Sorumluluk,* s. 138.
[51] GÜRPINAR, s. 1080.
[52] GÜRPINAR, s. 1080.
[53] GÜRPINAR, s. 1080.

zararın yokluğundan söz edilemez. O halde, bu hükmün tek açıklaması, izinleri almayanların 15. madde[54] çerçevesinde idari ve cezai sorumluluklarının varlığıdır[55].

Ayrıca her ne amaçla olursa olsun piyasaya sürülmüş GDO ve ürünlerini karar koşullarına uygun olmayan bir şekilde muameleye tabi tutmak suretiyle veya başka bir yolla zararın ortaya çıkmasına ya da sonuçlarının ağırlaşmasına sebep olanlarla bunları ticari olarak üretenler, işleyenler, dağıtanlar ve pazarlayanlar bu zararlardan müteselsilen sorumludur.[56]

II. SORUMLULUĞUN KAPSAMI

5977 sayılı Biyogüvenlik Kanununda, sorumluluğun kapsamına ilişkin özel bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlere ilişkin sorumluluğun kapsamı belirlenirken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 51[57] ve 52[58] göz önünde bulundurulacaktır. İlk olarak zarar

[54] 5977 sayılı BGK m. 15; GDO ve ürünlerini bu Kanun hükümlerine aykırı olarak ithal eden, üreten veya çevreye serbest bırakan kişi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.
Bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ithal edilen veya işlenen GDO'ları veya GDO ve ürünlerini, ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanan, satışa arz eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kabul eden, nakleden veya bulunduran kişi, dört yıldan dokuz yıla kadar hapis ve yedi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.
Bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ithal edilen veya işlenen GDO'lardan elde edilen ürünleri, ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanan, satışa arz eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kabul eden, nakleden veya bulunduran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.
Yalan beyanda bulunarak bu Kanun hükümlerine göre alınması gereken ithal veya işleme iznini alan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu izne dayalı olarak GDO'ların, GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin ithal edilmesi, işlenmesi, kullanılması, satışa arz edilmesi, satılması, devredilmesi, kabul edilmesi, nakledilmesi veya bulundurulması halinde, ayrıca yukarıdaki fıkralardaki hükümlere göre cezaya hükmolunur.
Bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve yararına olarak işlenmesi halinde, bu tüzel kişiye yüz bin Türk Lirasından iki yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir ve ayrıca tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.
Bu Kanunun 7 nci maddesinde düzenlenen yükümlülükleri yerine getirmeyen başvuru sahiplerine, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, her bir yükümlülük ihlali dolayısıyla on bin Türk Lirasından otuz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.
GDO ve ürünlerini bu Kanun hükümlerine aykırı olarak kapalı alanda kullananlara, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, on bin Türk Lirası idari para cezası verilir.
9 uncu maddenin sekizinci fıkrası hükmüne uymayanlar hakkında 2/10/1981 tarihli ve 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen cezalar uygulanır. Beşinci fıkra hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye davaya bakan mahkeme, altıncı ve yedinci fıkralar hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir. Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içerisinde ödenir.

[55] GÜRPINAR, s. 1080.

[56] Biyogüvenlik Kanunu bu alandaki sorumluları belirlemiş olmakla birlikte, hiçbir maddesinde, ortaya çıkan zarardan bir ölçüde bile olsa Devlet'in sorumlu tutulabileceğinden söz etmemiştir. Eğer Biyogüvenlik Kurulunun verdiği karar hatalıysa ya da bilim ve tekniğin karar zamanında ulaştığı zaman göre hatalı sayılamasa bile ileride zarar ihtimali belirdiğinde geri alınması gereken bir karar vermişse, zarar doğduğunda Devlet'in de sorumluluğunun düşünülmesi isabetli olurdu. Bu görüş için bkz. GÜRPINAR, s. 1084.

[57] Türk Borçlar Kanunu m. 51/1; Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

[58] Türk Borçlar Kanunu m. 52; Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen

gören zararını tespit etmeli eğer zararı tespit edemiyorsa TBK m. 50 uyarınca hakim olayın olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak zararın miktarını hakkaniyete uygun bir biçimde belirleyecektir. GDO'lu ürünlerin hemen hemen hepsinde insan, hayvan ve bitki sağlığının bozulması, arazi sahibinin araziden aldığı verimi kaybetmesi veya ürünlerinin telef olması hallerinde zararın tam olarak belirlenebilmesi güçtür. Hatta zarar özellikle insanların besin ihtiyacını karşılayan ürünlerde genetiğin değiştirilmesi halinde bir zincir halinde tüm topluma yayılabilir. Bu sebeple sorumluluğun kapsamı belirlenirken bazen bir kişiden, bir canlıdan yola çıkılabileceği gibi bazen de bir canlı türünün yok olmasına sebebiyet verebilecek durumda genetik değiştirilme çalışmaları yapılmış ise ilgili herkes zararının tazminini talep edebilecektir[59].

III. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Biyogüvenlik Kanunu kapsamında hukuki sorumluluk tehlike esasına dayanan bir sorumluluktur[60]. Bu bakımdan hukuka aykırılık ve kusur her ne kadar sorumluluğun meydana gelmesinde kurucu unsur olarak yer almasa da sorumluların ek kusuru olması halinde ödenecek tazminat ve rücu ilişkisinde farklılıklar söz konusu olacaktır. Bu nedenle sorumluluğun şartları olarak yürütülmesi zarara yol açacak tehlikeli faaliyetleri, zarar ve ortaya çıkacak zararın GDO'lardan kaynaklanması zorunluluğu konularını incelemek faydalı olacaktır.

A. Yürütülmesi Zarara Yol Açacak Tehlikeli Faaliyetler

Tehlike sorumluluğunda kendisine hukuki sorumluluk yüklenen kişinin hukuka aykırı eylemi ya da herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığı salt sorumluluğun doğmasında önem arz etmemektedir[61]. Burada önemli olan yürütülen tehlikeli faaliyet için tipik olan tehlikenin ortaya çıkmış olmasıdır. Bu nedenle genetiği değiştirilmiş organizmadan doğan sorumluluğun unsurlarını ele alırken hukuka aykırılık unsurunun yerine yürütülmesi tehlikeli olan faaliyetler üzerinde durmak daha makul olacaktır. Zira yürütülen bu faaliyetlerin tamamının hukuka aykırı olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nun belirttiği kurallara uygun olarak bu faaliyetleri yürütme izni alınmış olabilir. Ancak genetiği değiştirilmiş organizmalar ile ilgili faaliyetlerin izne bağlı olarak yürütülmesi, gerekli izinlerin alınması bu gen değişimi faaliyetinin tehlikeli oluşunu ve zarara yol açabileceği düşüncesini engellemeyecektir. Biyogüvenlik Kanunu kapsamında tehlikeli faaliyetler kanun koyucu tarafından ifade edilmiştir. Biyogüvenlik Kanunun 14. maddesine göre, GDO'ların kapalı alanda kullanımı ve gıda, yem, işleme ve tüketim amacıyla piyasaya sürülmesi, ithalatı ve transit geçişi, GDO'ların üretilmesi ve çevreye serbest bırakılması, her ne amaçla olursa olsun piyasaya sürülmüş GDO ve ürünlerinin karar koşullarına uygun olmayan bir şekilde muameleye tabi tutulması veya başka bir yolla zarara veya sonuçlarının

kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

[59] GÜRPINAR, s. 1083; ÖZDEMİR, s. 464.

[60] AKSU KAYACAN, S. 377. ÖZDEMİR, s. 463; GÜRPINAR, s. 1079.

[61] HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 96; TİFTİK, Mustafa: Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum 1997, s. 19.

ağırlaşmasına yol açabilecek davranışlarda bulunulması yetkili mercilerden izni alınmış olsun ya da olmasın, yürütülmesi tehlikeli olup sorumluluk doğurmaya elverişli olan faaliyetlerdendir.

B. Muhtemel Zararlı Sonuçlar

Genetiği değiştirilmiş organizmalarla ilgili konularda faaliyet gerçekleştirmek isteyen işletmelerin gerekli önlemleri alması, yeterli şartları sağlaması esasen GDO'lu faaliyetlerin gerçekleştirilmesinden doğabilecek zararlı sonuçların meydana gelmesini önlemek amaçlıdır. 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu m.3/5'te bahsedilen tehlikelerin varlığı genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünler üretilmesine engel oluşturması ibaresinden anlaşılıyor ki ilgili tehlikelerden birinin gerçekleşmesi demek GDO'lu faaliyetten zarar doğması demektir. İlgili madde uyarınca insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitliliği tehdit etmesi, üretici ve tüketicinin tercih hakkının ortadan kaldırılması, çevrenin ekolojik dengesinin ve ekosistemin bozulmasına neden olması, GDO ve ürünlerinin çevreye yayılma riskinin olması, biyolojik çeşitliliğin devamlılığını tehlikeye düşürmesi, başvuru sahibinin biyogüvenliğin sağlanmasına yönelik tedbirleri uygulamak için yeterli teknik donanıma sahip olmadığının anlaşıldığı, durumlarda bu başvurular reddedilir.

Zarar kalemlerini incelediğimizde ilk başta insan sağlığına ve kişisel varlığına yönelik bir zararın ortaya çıkma ihtimalini görmekteyiz. Özellikle tarım ve hayvancılıkla geçinen kimselerin genetiği değiştirilmesi yoluyla hayvan ve bitki sağlığını bozmaları insanlar üzerinde doğrudan sonuçlar doğurabilmektedir. Bunun yanında genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünler dışında tüketiciye ürün sunulmaması halinde de tüketicinin seçimlik haklarının ortadan kalkması söz konusu olur ki bu durum da tüketicinin zarara uğramasına sebebiyet verebilir.

Doğrudan olmasa da dolaylı olarak insan ve canlı sağlığını etkileyecek bir diğer unsur da çevresel zararlardır. Çevrenin zarar görmesi halinde her ne kadar bireylerin malvarlığı ya da kişilik haklarına saldırı olmasa da ekosistemin bozulması orta ve uzun vadede ciddi sorunlara yol açabilmektedir[62]. Bu sebeple her bir birey uğradığı bu zarara karşı dava açabilir ancak bu zarar tazminin gerektiren bir zarar değil, eski hale getirme masraflarının talep edileceği bir zarar türüdür[63]. Biyogüvenlik Kanunu m.14/6'da belirtildiği üzere GDO'ları muameleye tabi tutanlar, muamele nedeniyle çevrede zararın meydana gelmemesi veya meydana gelen zararın sonuçlarının ağırlaşmaması için risk değerlendirmesine göre belirlenen tedbirlerin masraflarını karşılamakla yükümlüdür. Sorumlular, çevrenin zarar görmüş veya tahrip olmuş unsurlarının eski haline getirilmesi veya aynı değerdeki unsurların yerine konulması için gerekli masrafları da karşılar.

Zararın türüne bakılmaksızın hesaplama yapılırken koşullar sağlanmış ise denkleştirme yoluna gidilmelidir[64]. Zira daha ucuz, dayanıklı ve alerji yapmayan, sağlıkla tüketebildiğimiz ürünler bir süre sonra zarar vermeye başladı ise bu ürünlerden yararlandığımız sürenin de göz önünde tutulması gerekir. Ancak vakıaların bir kısmı yaşamı ciddi derecede tehlikeye düşürecek bir zarar ya da ölümle sonuçlanırsa uzun süre bu ürünleri tüketip sağlıklı beslenme ihtiyacımızı karşılamamız olduğumuz gerçeğinin denkleştirme

[62] GÜRPINAR, s. 1086; ÖZDEMİR, s. 468.
[63] GÜRPINAR, s. 1086; ÖZDEMİR, s. 468.
[64] ÖZDEMİR, s. 468; GÜRPINAR, s. 1086.

bakımından bir önemi kalmayacaktır[65]. Anılan kanun açısından dikkat ettiğimiz faaliyetin yürütüldüğü an elde olan bilim düzeyinin ulaştığı veriler ile gelecekte ortaya çıkacak zararların bilinmesi pek mümkün olmamaktadır[66]. Bu sebeple genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlerden kaynaklanan zararlara gelişim zararları adı verilmektedir[67]. Gelişim zararlarından kastedilen GDO'lu ürünlerde sonradan ortaya çıkan zarar değil; aslında üretim anında var olan ancak o günki bilimsel verilerle elde edilemeyen, gelişen teknolojiye bağlı olarak fark edilen zararlardır. Bu zararın niteliği genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlerden doğan sorumluluk halinin kusursuz sorumluluk kapsamında olmasının da esas nedenidir[68]. Çünkü burada üretim faaliyetine katılanın kusuru çoğu zaman bulunmamaktadır.

C. Zarara Genetiği Değiştirilmiş Organizmaların Sebep Olması

Genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlerle yürütülen faaliyetlerin ve var olan zararın birlikte olması Biyogüvenlik Kanunu m. 14 dahilinde sorumluluğun doğması için yetmez[69]. Zararın muhakkak GDO'dan kaynaklanması gerekir. Örneğin, kanunda belirtilen şartları sağlamayan ya da gerekli izinleri almayan bir üreticinin ürün ambalajında yaptığı bir hata sebebiyle ürünlerin etiket üzerinde belirtilen son kullanma tarihinden önce bozulup tüketicilerin sağlığını tehlikeye atması halinde zarar genetiği değiştirilmiş organizmadan kaynaklanmadığı için Biyogüvenlik Kanunu kapsamındaki sorumluluğa sebep olmayacaktır[70]. Zira m. 14 bağlamında sorumluluğun gündeme gelmesi için zararın genetiğiyle oynanan üründen kaynaklı olması bir diğer ifadeyle zarar ile genetiği değiştirilmiş organizma arasında nedensellik bağının bulunması gerekir[71]. Bununla birlikte genetiği değiştirilmiş organizmalarla ilgili faaliyet yürüten kişilerin zarardan sorumlu olabilmesi için, zararın yalnızca GDO kaynaklı olması da yeterli değildir. Örneğin, hayvan yeminde kullanılması için genetiği değiştirilmiş mısır kullanımına izin verilmesi halinde bu GDO'lu mısırın yanlışlıkla kişilerin yemesi için mısır gevreği üreten bir firmaya götürülmesi halinde bu gevreği yiyen tüketicilerin sağlıklarının olumsuz etkilenmesinde Biyogüvenlik Kanunu m. 14/4[72] uyarınca hayvan yemi

---

[65] ÖZDEMİR, s. 468; GÜRPINAR, s. 1086; YILDIRIM, s. 177; AKSU KAYACAN, s. 342.

[66] GÜRPINAR, s. 1086; ÖZDEMİR, s. 468; YILDIRIM, s. 177; AKSU KAYACAN, s. 342.

[67] Üretimleri sırasındaki bilim ve tekniğin verilerine göre hatalı görülmeseler de bilimin gelişmesi neticesinde risk taşıdıkları tespit edilen ürünlerdeki hataya, gelişim hatası denilmektedir. Bkz. HAVUTÇU, s. 30; GÜRPINAR, s. 1078; İnkişaf (gelişim) riski, mevcut bilim ve teknolojinin verilerine uygun olarak tespit edilemeyen ürün hatalarının teknolojideki gelişmeler sonucunda üründeki hatanın ortaya çıkması halidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, İsmail/ AYDIN, Ramazan: ''İnkişaf Riski- İmalatçının- Üreticinin Sorumluluğu'', Editör: Prof. Dr. Mehmet ÜNAL, *Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan,* Yetkin Yayınları, Ankara 2006, SS. 679-692, s. 680.

[68] GÜRPINAR, s. 1086; ÖZDEMİR, s. 468; YILDIRIM, s. 177; AKSU KAYACAN, s. 342; Gelişim riskinin söz konusu olduğu halde üreticinin gereken tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen ürünün ayıplı olmasını engellemesi mümkün değildir. Bu sebeple gelişim riskinin sebep olduğu zararlardan kusurdan bahsedilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. AKÇURA KARAMAN, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 173-174.

[69] GÜRPINAR, s. 1088; ÖZDEMİR, s. 468; YILDIRIM, s. 177; AKSU KAYACAN, s. 342.

[70] GÜRPINAR, s. 1088; ÖZDEMİR, s. 471.

[71] GÜRPINAR, s. 1088; ÖZDEMİR, s. 471.

[72] Biyogüvenlik Kanunu m. 14/4; Her ne amaçla olursa olsun piyasaya sürülmüş GDO ve ürünlerini karar koşullarına uygun olmayan bir şekilde muameleye tabi tutmak suretiyle veya başka bir yolla zararın ortaya çıkmasına ya da sonuçlarının ağırlaşmasına sebep olanlarla bunları ticari olarak üretenler, işleyenler, dağıtanlar ve pazarlayanlar bu zararlardan müteselsilen sorumludur.

olarak üretilen, genetiği değiştirilen ve işlenilen mısırı ticari olarak üreten ve pazarda dolaşıma sokan kişilerin de müteselsil sorumluluğu söz konusu olmaktadır[73].

Biyogüvenlik Kanunu m. 14/8'e göre zararın sel, dolu, heyelan, deprem gibi doğal afetlerden veya zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklanması halinde sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır. Anılan hüküm haksız fiillere ilişkin genel hükümler çerçevesinde nedenselliği kestiği kabul edilen mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zarar görenin ağır kusuru hallerinin, GDO kaynaklı sorumluluğu da ortadan kaldıracağını ifade etmektedir[74]. Belirtmek gerekir ki; kanun koyucu mücbir sebep sayılabilecek her durumu GDO kaynaklı sorumluluğu ortadan kaldırıcı nitelikte saymamış yalnızca doğal afet sayılabilen mücbir sebepler üzerinde durmuştur.[75]

SONUÇ

Günümüzde ilerleyen ve gelişen teknoloji yeryüzündeki tüm canlılarda hem faydalı hem de bünyesinde risk taşıyan birçok yeniliği beraberinde getirmiştir. Artık insan ve hayvan besinlerine, bitkilerin ihtiyaçlarına teknolojinin de yardımıyla genetik değiştirme işlemleri yapılabilmektedir. Genetiğin değiştirilmesi çabaları fayda sağladığı gibi muhtemel zararlara da sebep olmaktadır. Gıda ve tarım ürünlerinin ömrünü artıran, ucuz ve dayanıklı ürün üreterek kar elde etme amacı güden işletmeler genetiği değiştirilmiş organizmalar sayesinde amaçlarına ulaşabilmektedir. Biyoteknoloji yardımıyla laboratuvarlarda bir ürüne birçok farklı açıdan müdahale edilebilmektedir. GDO'lu ürünler sağlık ve eczacılık alanında olumlu çalışmaların önemli bir basamağı olsa da hayatımızın çoğu alanında yer alan GDO'lu ürünlerin ne gibi zararlara neden olacağı henüz tam olarak bilinmemektedir.

Biyoteknolojik müdahaleler sonucu doğal yapısı değişikliğe uğrayan ürünlerin bugün tespit edilemese bile ileride aslında var olan zararının ortaya çıkması yüksek bir ihtimaldir. Bilinmeyen zararlara yol açacağı endişesiyle herhangi bir zarar ortaya çıktığında bundan sorumlu tutulacak kişi veya kişilerin, nasıl ve ne şekilde sorumlu olduklarını belirtmek için 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu mevzuatımızda yerini almıştır. Kanunda açık bir şekilde belirtilmemiş olsa da genetiği değiştirilmiş organizmalı ürünlere ilişkin sorumluluğun unsurları değerlendirildiğinde hukuki niteliğinin tehlike sorumluluğu olduğu anlaşılabilmektedir. Bu sorumluluk halinde kusur aranmamakta ancak ek kusur var ise hukuki sorumluluk tesis edilirken dikkate alınmaktadır.

[73] GÜRPINAR, s. 1088; ÖZDEMİR, s. 471.

[74] *Gürpınar'a* göre genetiği değiştirilmiş organizmalar insan müdahalesinin bir sonucu olduğundan sorumlular doğal bir afetin yaşanması halinde doğacak zararlı sonuçlara engel olmayı göze alabilmeli ya da ortaya çıkan sonuçları üstlenebilmelidir. Benzer şekilde nükleer kazalardan sorumlulukta illiyet bağının kesilmesi düşüncesinin kabul edilmiyor olması genetiği değiştirilmiş organizmalar bakımından da kabul edilmelidir. Üçüncü kişinin ağır kusurunda ise doğal oluşuma etkisi bulunanların tabii olaylar karşısında dahi sorumluluktan kurtulmaması gerektiğinden hareketle illiyet bağının kesilmemesi gerekmektedir. Bkz. GÜRPINAR, s. 1090-1091.

[75] GÜRPINAR, s. 1089; ÖZDEMİR, s. 472.

Kaynakça

AKÇURA KARAMAN, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: ‘‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu’’, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXX, Sayı 2012/1, S. 203-220.

AKSU KAYACAN, Simge: Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizma ve Ürünlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

ATEŞ, Zehra Gizem: ‘‘Genetiği Değiştirilmiş Organizmalara (GDO) İlişkin Avrupa Birliği’ndeki Yasal Düzenlemeler’’, *İnsan ve İnsan Journal of Science*, Cilt 7, Sayı 24, ISSN 2148- 7537, 2020, S. 9-19 [Yasal Düzenlemeler].

ATEŞ, Zehra Gizem: Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020 [Hukuki Sorumluluk].

ATSAN, Tecer/ KAYA, Tuğba Erem: ‘‘Genetiği Değiştirilmiş Organizmaların (GDO) Tarım ve İnsan Sağlığı Üzerinde Etkileri’’, *Uludağ Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 2008/2, S. 1-6.

BAŞOĞLU, Başak: ‘‘Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler’’, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2015/2, S. 29-56.

ÇELİK, Venhar/ BALIK, Dilek Turgut: ‘‘Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar (GDO)’’, *Erciyes Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi,* Cilt 23, Sayı 1-2, ISSN 1012-2354, 2007, S.13-23.

DEMİRKOL, Kenan: GDO: Çağdaş Esaret, Kaynak Yayınları, İstanbul 2010.

DENLİ, Muzaffer: Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar (GDO), İTO Yayın No: 201-90, İstanbul 2012.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

GÜNEŞ, Ahmet: ‘‘Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Çevre Hukuku -Uluslararası Düzenlemeler, Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye’deki Mevcut Durum’’, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXVI, Sayı 2008/2, S. 49-90.

GÜNGÖR, Engin/ DEMİRYÜREK, Kürşat: ‘‘Türkiye’de Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar’’, *Tarım Ekonomisi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2021, S. 140-154.

GÜRPINAR, Damla: ‘‘Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk’’, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı 2013, S. 1067-1109.

HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

KIRCA, İsmail/ AYDIN, Ramazan: ‘‘İnkişaf Riski- İmalatçının- Üreticinin Sorumluluğu’’, Editör: Prof. Dr. Mehmet ÜNAL, *Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan,* Yetkin Yayınları, Ankara 2006, SS. 679-692.

KORKUSUZ, M. Halit: ‘‘Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri’’, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15-16, Sayı 2011/22-23-24-25, S. 89-99.

KÜÇÜK, Hakan Rıza: Genetiği Değiştirilmiş Organizma ve Ürünlerin Sağlık Hakkı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı Açısından Değerlendirilmesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2020.

OĞUZLAR, Özlem: Genetiği Değiştirilmiş Organizmalara İlişkin Uluslararası ve Avrupa Birliği'ndeki Düzenlemeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.

ÖCAL, Ece Elif/ IŞIKLI, Burhanettin: ''Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar Yararlı mı, Zararlı mı?'', *ESTÜDAM Halk Sağlığı Dergisi,* Cilt 4, Sayı 1, 2019, S. 71-79.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: ''Gıda Hukuku ve Hukuki Sorumluluk'', *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, Cilt 19, 2017, s. 443-491.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

SARIHAN, Banu Bilge: ''Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Bir Kural Olarak Tehlike Sorumluluğu'', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza OKUR'a Armağan, Cilt 20, Sayı 2014/1, S. 1177-1196.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TİFTİK, Mustafa: Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum 1997.

YILDIRIM, Mustafa Fadıl: Gen Teknik Uygulamalarından Doğan Hukuki Sorumluluk, Engin Yayınevi, Ankara 2008.

KAMU İŞYERLERİNDEKİ ALTİŞVEREN UYGULAMASINDA 94 SAYILI ILO SÖZLEŞMESİ'NİN ÖNEMİ

Av. Tolga YILMAZ[*]
Yusuf TANK[*]

ÖZET

Çalışma hayatında gelişen teknoloji ve piyasa koşullarının etkisi ile farklı istihdam modelleri ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkan istihdam modellerinden biri de alt işveren uygulamasıdır. İşverenlerin sürekli işgücü maliyetlerini azaltarak en yüksek kâra ulaşma çabası bu uygulamayı sıklaştıran nedenlerden olmuştur. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku'nun işverene yüklediği yükümlülüklerden kaçınma, sendikal örgütlenmeyi önleme, uzmanlık gerektiren işleri uzmanına yaptırmak isteme gibi faktörler de işverenleri alt işveren uygulamasına iten diğer başlıca sebeplerdendir. Özel sektörde olduğu gibi kamu sektöründe de sıralanan nedenlerden dolayı alt işveren uygulaması yaygınlaşmıştır. Ülkemizde kamu makamları ihaleler veya özel düzenlemeler ile ihtiyaç duyduğu mal veya hizmetleri ya da bunların bir kısmını alt işverenden temin etmektedir. Ancak bu durum ücrette adaletsizlikler yaratmaktadır. Nitekim bu durumda kamu makamında aynı işi yapan ve kamuya bağlı olan bir çalışan, alt işverenin işçilerinden çok daha yüksek ücret alabilmektedir. Bu adaletsizliği önlemek amacıyla Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) *"Bir Amme Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 sayılı Sözleşme"*yi düzenlemiştir. 8 Haziran 1949 tarihinde ILO tarafından kabul edilen bu sözleşme, ülkemiz tarafından da kabul edilmiş olup 29 Mart 1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmede özetle, kamu makamlarının at işverenlere veya fason üretim yapan müteahhitlere verdikleri işlerde çalışan işçilerin, aynı iş kolunda yapılmış olan toplu iş sözleşmesi veya mevzuatta tanınan haklardan daha aşağı olmayan çalışma şartlarının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması öngörülmüştür. 94 Sayılı ILO Sözleşmesinin iç hukukumuza doğrudan uygulanabilip uygulanamayacağı hususunda farklı görüşler olmakla birlikte sözleşme, sözleşme iç hukukumuza etki etmiştir. Nitekim ülkemizde 94 Sayılı ILO sözleşmesinin kapsamına giren bazı düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu düzenlemelerde 94 Sayılı Sözleşmenin kapsamına giren işler daraltılmıştır. Bu sebeple de iç hukukumuzdaki düzenlemeler kamu işyerlerindeki alt işverenlik uygulamasında ücrette adaleti sağlama noktasında yetersiz kalmaktadır. Bu çalışmada, kamu işyerlerindeki alt işverenlik uygulamasının yarattığı ücrette adaletsizliğe, bu adaletsizliğin çözümü olabilecek 94 Sayılı ILO sözleşmesine ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Alt İşveren, Asıl İşveren, Kamu İşyerleri, 94 Sayılı ILO Sözleşmesi.

[*] Avukat (Sakarya Barosu), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, tolga.yilmaz4@ogr.sakarya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5268-7911.
[*] Sosyal Güvenlik Denetmeni, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, yusuftank@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-6924-106X.

GİRİŞ

Çalışma hayatında teknoloji ve piyasa koşullarının etkisiyle birlikte farklı istihdam modelleri ortaya çıkmıştır. Bu modellerden biri olan alt işverenlik uygulaması, işverenlerin sürekli işgücü maliyetlerini azaltarak karlarını maksimize etme çabalarıyla daha da yaygınlaşmıştır. İşverenlerin yükümlülüklerinden kaçınma, sendikal örgütlenmeyi önleme ve uzmanlık gerektiren işleri uzmanına yaptırma gibi nedenler, alt işverenlik uygulamasını teşvik eden başlıca faktörler arasında yer almaktadır.

Alt işverenlik uygulaması özel sektörde olduğu gibi kamu sektöründe de görülmektedir. Kamu kurumları, ihaleler veya özel düzenlemeler aracılığıyla ihtiyaç duydukları mal veya hizmetleri alt işverenlerden temin etmektedir. Ancak bu durum, ücret adaletsizliklerine neden olmaktadır. Aynı işi yapan bir kamu çalışanı, alt işveren işçilerinden çok daha yüksek ücretler alabilmektedir.

Bu adaletsizliği önlemek amacıyla Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), "Bir Amme Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 sayılı Sözleşme"yi düzenlemiştir. Bu sözleşme, ülkemiz tarafından da kabul edilerek iç hukukumuza etki etmiştir. Ancak, iç hukuktaki düzenlemelerin kapsamı daraltıldığından, kamu işyerlerindeki alt işverenlik uygulamasında ücret adaletini sağlama noktasında yetersiz kalmaktadır. Bu çalışmada, kamu işyerlerindeki alt işverenlik uygulamasının yarattığı adaletsizliği ve bu adaletsizliğin çözümü için 94 Sayılı ILO sözleşmesi değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ

İşyeri, asıl işin yapıldığı yerler ile işyerinden sayılan yerlerin bir araya gelerek oluşturduğu iş hukuku birimidir. 4857 sayılı İş Kanunu[1] (İşK) m.2'ye göre, bir işyerinde asıl iş ve bölümleri ile yardımcı iş olmak üzere iki tür iş vardır. İşverenler, her ne kadar doğal olan tüm işi kendi personeliyle yürütmek olsa da, bazen asıl işinin bir kısmını veya yardımcı işleri çeşitli sebeplerle başka işverenlere devrederek işin yapılmasını sağlayabilmektedir[2]. Bu durumda asıl işveren – alt işveren ilişkisi ortaya çıkmaktadır.

Alt işveren - asıl işveren ilişkisi İşK m.2'de tanımlanmıştır. Buna göre *"Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir".*

Alt İşverenlik Yönetmeliği[3] m.3'de ise alt işverenin tanımı yapılmıştır. Buna göre alt işveren; *"Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için*

[1] RG 10.6.2003, Sayı: 25134.
[2] AKYİĞİT, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Mevzuatında Alt İşverenlik (Taşeronluk İlişkisi), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.19 (Taşeronluk İlişkisi); AKYİĞİT, Ercan: Kamu Kuruluşlarında Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 23, Sayı 4, 2011, s.1 (Kamu Kuruluşlarında Alt İşverenlik).
[3] RG 27.09.2008, Sayı: 27010.

görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları" ifade eder.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu[4] (SSGSSK) m.12/son'da alt işveren,*"bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir"* şeklinde tanımlanmıştır.

Günümüz iş dünyasında uzmanlaşmaya dayalı iş bölümü kaçınılmaz hale gelmiş ve rekabetin artmasıyla birlikte uzmanlaşmanın önemi daha da artmıştır[5]. Teknolojik ilerlemelerin yol açtığı yeni uzmanlık alanları[6], finansal zorluklar, kamu sektöründeki kadro sınırlamaları ve yoğun rekabet koşulları[7] gibi etkenler işverenleri alt işverenliği benimsemeye yönlendirmiştir[8].

Ekonomik krizlerin sıklığı ve bu krizlerin ekonomik sonuçları da işverenleri yeni stratejiler belirlemeye ve insan kaynakları yönetiminde önlemler almaya teşvik etmektedir[9]. Bu nedenlerle işverenler, temizlik, bakım, onarım, yemek, servis, güvenlik gibi yardımcı işleri başka işverenlere devretmektedir[10].

Alt işverenlik, istihdamın dışsallaştırılmasının eski ve yaygın bir biçimidir[11]. Özellikle 1980'li yıllardan itibaren küreselleşme süreci ve ekonomik teknolojik ilerlemeler, çalışma yaşamında esnekliği ortaya çıkarmıştır. Esnek üretim modellerinin gelişmesi işverenleri üretim ve istihdamı dışsallaştırmaya yönlendirmiştir. İşletmeler, kendi çalışanlarıyla birlikte başka bir işveren ve onun işçileri aracılığıyla hizmet ve mal üretimini gerçekleştirme yolunu tercih etmiştir[12]. 1945'ten 1970'li yıllara kadar süren Kapitalizm

[4] RG 16.06.2006, Sayı: 26200

[5] GÜLEŞCİ, Yusuf: Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle (Kısmen) Kaldırılması Ve Sonuçları, Balıkesir Barosu Dergisi, 2018/1, s.25; SEÇKİN, Muhammed Türkalp: Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2013, s.31.

[6] GÜZEL, Ali: Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri, Çimento İşveren Dergisi, Cilt 7, Sayı 5, 1993, s.7 (Alt İşveren Uygulaması); BAYBORA, Dilek: İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması Ve Ortaya Çıkan Sonuçlar, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2010, s.24.

[7] NARTER, Sami: Kadroya Geçirilen Taşeron (Alt İşveren) İşçilerinin Mevcut Durumunun 696 Ve 703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler İle Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 15, Sayı 59, 2018, s.866; SEÇKİN, s.31.

[8] KOÇ, Muzaffer: Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2016, s.67; ÖZVERİ, Murat: Alt İşveren: İş Hukukunun Altının Oyulması ve Yargı Kararları, Tes-İş Dergisi, Ağustos 2010, s.117.

[9] GÜLEŞCİ, s.31.

[10] SAYIN, Ali Kemal: Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı 69, 2015, s.63.

[11] KOÇ, s.67.

[12] KOÇ, s.67; SAYIN, s.60; GÜZEL, Ali: Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt 4, Sayı 27, 2010, s.16; GÜZEL, *Alt İşveren Uygulaması,* s.7; AKYİĞİT, Ercan: Alt İşverenlik Ve Benzer İlişkilerden Farkı, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 22, Sayı 4-5, 2009, s.1; AKYİĞİT, Ercan: Kamuda Asıl İşin Bir Bölümü Altişverene Verilirken Muafiyet Var mıdır?, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt 2, Sayı 45, 2015, s.28 (Kamuda Muafiyet); AKYİĞİT, *Kamu Kuruluşlarında Alt İşverenlik*, s.1; AKYİĞİT, *Taşeronluk İlişkisi*, s.19; ŞEN, Sebahattin: Taşeronluk (Alt İşverenlik) Ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri, Selüloz-İş Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul 2022, s.169 (Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkiler); ÖZVERİ, s.116; BAYBORA, s.20.

Altın Çağı'nın sona ermesiyle birlikte işverenler, işgücü maliyetlerini düşürmek[13] ve işçi sınıfının gücünü azaltmak amacıyla taşeronlaşma ve fason üretimi yaygın olarak kullanmaya başlamışlardır[14].

Alt işverenlik ilişkisinde ana firma, öncelikle işini kendi işçilerine yaptırması durumunda ortaya çıkacak ücret maliyetini hesap eder. Sonra da aynı işi alt işverene vermesi durumunda ortaya çıkan maliyeti belirler. Alt işverene ödeyeceği bedel, kendi işçilerine ödeyeceği ücretten daha düşük ise işi alt işverene verir. Bu sayede alt işverenlik ana firmanın işgücü maliyetlerinde esneklik sağlar[15].

İşletmelerin küreselleşmeye bağlı olarak ürünlerini en düşük maliyetle ve en yüksek kalitede üretme çabaları, işverenlerin iş ve sosyal güvenlik hukukuyla ilgili yükümlülüklerden kaçınma[16] ve sendikal örgütlenmeye mesafeli durma isteği de alt işverenlik uygulamasının yaygınlaşmasında etkili olan faktörlerdendir[17].

Alt işverenlik uygulaması, sipariş üzerine çalışan ana firmalar için "can simidi" olarak da görülmektedir. Kriz durumlarında ana firma, üretimi kısmak için alt işverene iş vermeyerek fiyatları düşürmekte ve krizin etkilerini yaymaktadır. Buna karşılık, alt işverenle sipariş üzerine çalışan ana firma, stoksuz ve tam zamanında üretim yaparak maliyetleri düşürme fırsatı elde etmektedir.[18]

II. KAMU İŞYERLERİNDE ALT İŞVERENLİK UYGULAMASI

Kamu ekonomisinin küçülmesi sonucunda, kamu kurumları bazı faaliyet alanlarını terk etmek zorunda kalmıştır. Öyle ki kamu, bazı alanlarda teknolojiyi yenilemekte ve istihdam oluşturmakta yetersiz kalmıştır. Bu nedenle, bazı hizmetleri doğrudan kendi çalışanlarıyla değil, dışarıdan hizmet satın alarak yerine getirmeye başlamıştır[19].

1980'li yıllardan itibaren büyük ve verimsiz devletin küçültülmesi eğilimiyle birlikte kamu hizmetlerinin piyasa koşullarında işletmecilik esaslarıyla yürütülmesi, kamuda alt işverenlik uygulamalarının yaygınlaşmasına yol açmıştır[20]. Öte yandan, bu yıllarda Türkiye'de uygulanan neo-liberal ekonomik politikalar altında kamuda da alt işverenlik uygulaması artmıştır. Özellikle Kamu İktisadi Teşebbüslerinde boşalan kadrolara yeni kamu işçisi alınmayarak alt işveren işçisi çalıştırılmaya

[13] UĞUR, Ömer: Alt İşverenlik İlişkisi Ve Kamu İşyerlerindeki Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.19; AKYİĞİT, *Kamuda Muafiyet*, s.28.
[14] KOÇ, Yıldırım: Taşeronluk Ve Fason Üretim: Sorunlar, Çözümler, Türk-İş Eğitim Yayınları, Ankara 2001, s.2 (Taşeronluk ve Fason Üretim); SEÇKİN, s.31.
[15] ŞEN, *Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkiler*, s.169.
[16] GÜZEL, *Alt İşveren Uygulaması,* s.9; SAYIN, s.61; ŞEN, *Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkiler*, s.103.
[17] CANBOLAT, Talat: Yozlaşmış Alt İşverenlik (Taşeronluk), Tes-İş Dergisi, Ağustos 2010, s.103-104 (Yozlaşmış Alt İşverenlik); GÜLEŞCİ, s.31; UĞUR, s.19; BAYBORA, s.24.
[18] ÖZVERİ, s.110.
[19] KOÇ, s.80.
[20] SAYIN, s.70.

başlanmıştır[21]. Ancak ülkemizdeki kamu alt işverenlik uygulaması, ucuz ve sendikasız iş gücü kullanmanın önemli bir aracı olarak benimsenmiştir[22].

Ülkemizde kamu kuruluşları hizmet alımı veya diğer yollarla ihtiyaç duyduğu hizmeti ihale ederek temin edebilmektedir. Bu süreci yönetmek çeşitli kanun ve yönetmelikler çıkarılmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu[23] (KİK), kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılacak ihalelerde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektedir[24]. Bu Kanun'a göre yapılan ihalelerde sonucu sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda[25] (KİSK) düzenlenmiştir[26]. Ayrıca Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği[27] ekinde hizmet alım sözleşmelerinde yapılacak matbu sözleşme formları yer almaktadır. İhale sonucu yapılacak sözleşmelerde bu matbu sözleşme formları kullanılacaktır[28].

III. ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ İŞÇİLER AÇISINDAN OLUMSUZ YÖNLERİ

Alt işverenlik uygulaması hem amaç hem de sonuç olarak işçilerin örgütlenmesini önlemektedir. Bunun sebebi alt işverenliğin iş yerini küçülterek parçalara ayırmasıdır. Böylelikle iş kolları farklılaşarak iş yerindeki örgütlenme azalmaktadır[29]. Ayrıca alt işverenlik uygulaması ortak çıkarları olmayan, bu sebeple de dayanışmanın mevcut olmadığı farklı işçi gruplarını bir araya getirmektedir. Bu durum iş yerinde sendikal örgütlenmenin gelişmemesine neden olmaktadır[30].Yine alt işverenliğin uygulamasına baktığımızda alt işveren çalışanlarının genelde düşük ücretlerle, sosyal hakları olmadan, iş güvencesiz çalıştığını görmekteyiz[31].

2017 yılında, kamuda çalışan alt işveren işçileriyle ilgili önemli bir düzenleme yapılmıştır. 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 7079 sayılı Kanunla, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen geçici madde 23 ve 24 ile kamu kurumları, il özel idareleri ve belediyelerde, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında 04.12.2017 tarihin itibariyle çalışmakta olan alt işveren işçilerine, belirli koşullarla ve kayıt altında, anılan kurumların kadrolarına geçiş hakkı tanınmıştır (m.118)[32]. Aynı

---

[21] SAYIN, s.61.

[22] KOÇ, s.81; ŞEN, Sebahattin: Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt 3, Sayı 10, 2006, s.81; ŞEN, *Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkiler*, s.101; BAŞBUĞ, Aydın: İş Mevzuatımız Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlara Çözüm Üretmekte Yetersizdir, Tes-İş Dergisi, Ağustos 2010, s.112.

[23] RG 22.01.2002, Sayı: 24648

[24] CANBOLAT, *Yozlaşmış Alt İşverenlik*, s.108; CANBOLAT, Talat: Kamuda Yeni İstihdam Türü Olarak Uygulanan Hizmet Alım Sözleşmeleri, Kamu'da Sosyal Politika Dergisi, Sayı 17, 2011, s.22 (Kamuda Yeni İstihdam Türü); GÜLEŞCİ, s.28; SAYIN, s.138.

[25] RG 22.01.2002, Sayı: 24648

[26] CANBOLAT, *Yozlaşmış Alt İşverenlik*, s.108; CANBOLAT, *Kamuda Yeni İstihdam Türü*, s.22; GÜLEŞCİ, s.28; SAYIN, s.149.

[27] RG 04.03.2009, Sayı: 27159 (Mükerrer)

[28] AKYİĞİT, *Taşeronluk İlişkisi*, s.128; AKYİĞİT, *Kamu Kuruluşlarında Alt İşverenlik*, s.14.

[29] KOÇ, *Taşeronluk Ve Fason Üretim*, s.10; ÖZVERİ, s.119.

[30] GÜZEL, *Alt İşveren Uygulaması*, s.11.

[31] KOÇ, s.81.

[32] ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 2022, s.111; GÜLEŞCİ, s.30; NARTER, s.877-878; KARABACAK, Emre: Alt İşveren İşçilerinin Kamuya

şekilde, söz konusu Kanun Hükmünde Kararname ve aynen kabul edilen 7079 sayılı Kanunla Kamu İhale Kanunu m.62/1-e bendi de değiştirilerek, belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarının personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliği itibariyle benzer durumları doğuracak şekilde alım yapamayacağı hükme bağlanmıştır (m.78)[33].

Bu düzenlemeler kamuda alt işverenlik uygulamasını sonlandırmak için çok olumlu gelişmeler olsa da kamu kurum ve kuruşlarının halen alt işverenlik yoluyla personel istihdam ettiğini görmekteyiz. Örneğin Sakarya Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü, KİK m.62/1-e bendinde sayılan kurumlardan olmasına rağmen, "Şoförlü Araç Kiralama" adı altında ihale yaparak alt işveren yoluyla şoför çalıştırmaktadır[34]. Bu durum kamuda alt işverenliğin yapılan düzenlemelere rağmen uygulandığını ve bir sorun olduğunu göstermektedir.

Konumuz açısından, kamu sektöründeki alt işverenlik uygulamasının doğurduğu en önemli sorun; bir grup işçi ile aynı işi yapan diğer bir grup işçi arasında eşitsizliğe neden olmasıdır[35]. Kamuda alt işveren uygulaması, sürekli işçi olarak istihdam edilen işçilerin yanında, aynı işi yapan fakat alt işverenlik yoluyla istihdam edildiğinden dolayı çok daha düşük ücretlerle çalışan bir işçi grubunu doğurmuştur[36]. İşte bu eşitsizliği gidermek amacıyla onaylanan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 94 sayılı Sözleşmesi büyük önem taşımaktadır.

IV. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ'NÜN (ILO) 94 SAYILI SÖZLEŞMESİ VE KAMU ALT İŞVERENLİĞİNDE ÖNEMİ

A. Genel Olarak 94 Sayılı ILO Sözleşmesi

ILO, 1949 yılında kamu kurum ve kuruluşlarının yaptığı ihalelerde çalışma koşullarını düzenleyen *"Bir Amme Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 sayılı Sözleşme"*yi kabul etmiştir[37].

94 sayılı İLO sözleşmesi, kamu sektöründeki alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçilerinin sahip olduğu hakların ve çalışma şartlarının asıl işveren işçilerinin sahip olduğu haklarla aynı olmasını

Geçirilmesine İlişkin 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Hükümleri Üzerine Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 15, Sayı 59, 2018, s.903-904.

[33] ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s.112.

[34] Bu durumun detayları için bkz. Sakarya 2. İş Mahkemesi'nin 2022/512 Esas sayılı dosyası.

[35] GÜZEL, *Alt İşveren Uygulaması*, s.10.

[36] SAYIN, s.61.

[37] AYKAÇ, Hande Bahar: "94 sayılı ILO Sözleşmesinin Türk İş Hukukuna Etkisi", Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s.241; ŞEN, *Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkiler*, s.58; CANBOLAT, *Yozlaşmış Alt İşverenlik*, s.106; CANBOLAT, *Kamuda Yeni İstihdam Türü*, s.80; MANAV ÖZDEMİR, Eda: Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin Türk İş Hukukunda Uygulanması, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 13, Sayı 52, 2016, s.1970; UĞUR,, s.156.

öngörmektedir[38]. Sözleşmede, alt işveren ve asıl işveren işçileri arasındaki eşitlik, kamudaki alt işveren ilişkisinde temel bir ilke olarak benimsenmiştir[39].

94 sayılı Sözleşme m.1'de, taşeronlar veya müteahhitler tarafından kamu makamlarından ihale yoluyla alınan işlere uygulanacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede, sözleşme kapsamındaki işlerde çalıştırılan işçilerin ücret ve çalışma koşulları, aynı bölgedeki aynı nitelikteki işler için toplu sözleşme, hakem kararı veya ulusal mevzuat tarafından belirlenenden daha düşük veya daha az elverişli olamaz. Eğer işlem yapılan bölgede böyle bir düzenleme yok ise en yakın bölgedeki düzenlemeler dikkate alınır[40]. Müteahhit veya taşeron işçilerinin sözleşmede belirtilen hakları ödenmezse, ihale makamı bu hakları istihkak tutarlarından kesinti yaparak veya başka önlemler alarak koruma sağlar (m.5)[41].

Ülkemizde 94 sayılı ILO Sözleşmesi 14.12.1960 tarihli ve 161 sayılı Kanunla onaylamıştır. 161 sayılı "*Bir Amme Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 Sayılı Sözleşmenin Tasdikına Ve Bu Sözleşmeye Katılmamıza Dair Kanun"* 21.12.1960 gün ve 10686 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 29.03.1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme onaylanmasına rağmen Türkiye, bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle 1969-1987 arasında ILO tarafından birçok kez eleştirilmiştir[42].

Sözleşme m.1'de sözleşme hükümlerinin kapsamı belirlenmiştir. Buna göre sözleşmenin kapsamına girmenin ilk koşulu; işin taraflarından en az birinin merkezi bir kamu makamı olması[43], diğer tarafın da işçi çalıştıran olması gerekir[44]. Diğer bir koşul sözleşmenin konusu olan işler ile ilgilidir. Buna göre sözleşmenin konusu; "a)bayındırlık işlerinin yapılması, onarımı, tadilatı ya da yıkımı b)malzemelerin, levazımın veya teçhizatın ücretimi, montajı, işlenmesi veya nakli c)hizmetlerin bizzat ifası veya temini" ile ilgili olmalıdır[45].

94 sayılı Sözleşme m.1/3'de, sözleşme hükümlerinin alt işverenler, müteahhitler veya sözleşmeyi devralan kişiler tarafından yapılan işler hakkında uygulanacağı belirtilmiştir[46]. Görüldüğü üzere 94 numaralı sözleşme alt işveren-asıl işveren ilişkisi gibi bir sorunu sınırlı bir şekilde ele almamakta; aynı

---

[38] CANBOLAT, *Yozlaşmış Alt İşverenlik*, s.106; USTA, Osman: Müteahhit Eliyle Yaptırılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1998, s.12; SEÇKİN, s.34; BAŞBUĞ, s.113; ÖZVERİ, s.120.

[39] BAŞBUĞ, s.113.

[40] ŞEN, Sabahattin: ILO'ya Göre Taşeronluk Nedir?, Petrol-İş Sendikal Notlar, Sayı 10, Ağustos 2001, s.80 (ILO'ya Göre Taşeronluk); AYKAÇ, s.243; ŞEN, *Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkiler*, s.58; KOÇ, *Taşeronluk Ve Fason Üretim*, s.13; CANBOLAT, *Kamuda Yeni İstihdam Türü*, s.24; UĞUR, s.157.

[41] AYKAÇ, s.243; ŞEN, *Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkiler*, s.58; CANBOLAT, *Kamuda Yeni İstihdam Türü*, s.24; USTA, s.12; ŞEN, *ILO'ya Göre Taşeronluk*, s.81; SEÇKİN, s.159; UĞUR, s.158.

[42] ŞEN, *ILO'ya Göre Taşeronluk*, s.81; AYKAÇ, s.241; ŞEN, *Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkiler*, s.58; ÖZVERİ, s.119; CANBOLAT, *Kamuda Yeni İstihdam Türü*, s.23; MANAV ÖZDEMİR, s.1970.

[43] 94 Sayılı Sözleşme m.1'de "Mukavelenin, hakkında bu Sözleşme'nin yürürlükte bulunduğu Milletlerarası Çalışma Örgütü Teşkilatı üyelerinden birinin merkezi bir makamı tarafından yapılması," denilerek taraflardan birinin merkezi bir kamu makamı olması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, belediyeler gibi, yerinden yönetim kuruluşlarının yaptığı ihaleler 94 sayılı Sözleşme'nin kapsamına girmemektedir.

[44] KOÇ, *Taşeronluk Ve Fason Üretim*, s.12; AYKAÇ, s.158; UĞUR, s.157.

[45] KOÇ, *Taşeronluk Ve Fason Üretim*, s.12; AYKAÇ, s.242; BAŞBUĞ, s.115; SEÇKİN, s.158; UĞUR, s.157.

[46] AYKAÇ, s.242; UĞUR, s.157; BAŞBUĞ, s.113.

zamanda işverenin işyerinde alt işveren dışında çalışan diğer işverenleri ve kamudan doğrudan iş alan müteahhitleri de içermektedir[47].

Ayrıca ILO konuyla ilgili 84 sayılı tavsiye kararını yayımlamıştır. ILO'nun bu tavsiye kararında[48]; kamu sözleşmelerinde, işçilere ödenecek normal ve fazla mesai ücretlerinin ve çalışma saatlerinin, doğrudan veya kanun veya yönetmeliklerde, toplu sözleşmelerde, tahkim kararlarında veya diğer tanınmış düzenlemelerde yer alan uygun hükümlere atıfta bulunarak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

B. 94 Sayılı Sözleşmenin Türk İç Hukukuna Doğrudan Uygulanabilirliği

94 sayılı Sözleşme ile ilgili en çok tartışılan konu sözleşme hükümlerinin iç hukuka doğrudan uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte temel ilke olarak, bir uluslararası sözleşmenin iç hukuka doğrudan uygulanabilmesi için, *"başka bir düzenlemeyi gerektirmeyecek kadar açık, kesin, somut, olaya doğrudan uygulanabilecek nitelikte"* hükümler getirmesi gerekir[49].

Bir görüşe göre 94 sayılı ILO sözleşme hükümleri *"başka bir düzenlemeyi gerektirmeyecek kadar açık, kesin, somut, olaya doğrudan uygulanabilecek nitelikte"* olduğu için Sözleşme iç hukuka doğrudan uygulanabilecektir[50]. Bu görüşün dayanağı, 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun[51] ile 2709 sayılı Anayasa[52] m.90/son fıkrasına eklenen hükümdür[53]. Bu hükme göre; *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."* (m.90/son).

İkinci bir görüş ise Anayasa m.90/son fıkraya eklenen hükümle de 94 sayılı Sözleşmenin iç hukuka doğrudan uygulanamayacağını savunmaktadır[54]. Bu görüşe göre 94 sayılı ILO Sözleşmesi, doğrudan uygulanabilir nitelikte açık ve kesin hükümler içermemektedir. Nitekim sözleşmede sözleşmeyi onaylayan devletin takdir yetkisine bırakılmış birçok konu bulunmaktadır (m.1/5, m.2/3)[55].

Kanaatimizde ikinci görüş daha isabetlidir. Çünkü 94 sayılı ILO Sözleşmesi, *"başka bir düzenlemeyi gerektirmeyecek kadar açık, kesin, somut, olaya doğrudan uygulanabilecek nitelikte"* hükümler yerine, sözleşmeyi onaylayan devletlere iç hukuklarında sözleşmenin uygulanması için düzenlemeler yapma yükümlülüğü yükleyen hükümler içermektedir.

---

[47] AYKAÇ, s.242; BAŞBUĞ, s.114.
[48] AKYİĞİT, *Kamuda Muafiyet,* s.30; Bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312422 E.T.20.06.2023.
[49] AYKAÇ, s.245; MANAV ÖZDEMİR, s.1987; UĞUR, s.159.
[50] CANBOLAT, *Kamuda Yeni İstihdam Türü*, s.23.
[51] RG 22.05.2004, Sayı: 25469
[52] RG 09.11.1982, Sayı: 17863 (Mükerrer)
[53] CANBOLAT, *Kamuda Yeni İstihdam Türü*, s.23.
[54] AKYİĞİT, *Kamuda Muafiyet*, s.30; MANAV ÖZDEMİR, s.1989.
[55] AYKAÇ, s.245; AKYİĞİT, *Kamuda Muafiyet*, s.30; MANAV ÖZDEMİR, s.1989.

Yargıtay da 94 sayılı Sözleşmenin iç hukuka doğrudan uygulanamayacağını, sözleşmenin uygulanması için iç hukukta düzenlemeler yapılması gerektiğini belirtmektedir[56].

C. Sözleşmenin İç Hukukta Gerçekleştirdiği Etki

Türkiye 94 Sayılı ILO Sözleşmesini 1960 tarihinde onaylamışsa da sözleşmenin uygulanmasını sağlamak için ilk adım ancak 24 yıl sonra, 1984 yılında atılabilmiştir. Bu bağlamda ilk adım olarak 29.08.1984 tarihli ve 84 /8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına ek olarak Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi[57] yayımlanmıştır[58].

Bakanlar Kurulu daha sonra, 19.7.1988 tarihinde 13168 sayılı kararıyla[59], 94 sayılı Sözleşmenin uygulanmasını sağlamak amacıyla, anılan şartnameyle aynı prensipleri içeren *"Kamu Kuruluşlarında Yaptırılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları ile İlgili Genel Esaslar"* başlıklı kararnameyi kabul etmiştir[60].

Söz konusu Bakanlar Kurulu kararına göre, kamu kuruluşlarınca yaptırılan yapım, hizmet, dekapaj ve malzeme nakli işlerinin ihalelerinde keşif bedeli belirli bir asgari miktardan az olmayan[61] ve ihaleye taraf olan diğer tarafın işçi istihdamını gerektiren sözleşmelerde çalışma şartlarıyla ilgili bazı hükümler koymak zorunludur[62].

Çalışma şartları ile ilgili konulması zorunlu tutulan hükümler şunlardır. *"Yukarıda belirtilen işi yapmayı taahhüt eden taraf, işçilerin sağlık ve güvenliği, çalışma şartları ve ücretle ilgili mevzuat hükümlerine uyar"(m.2/a). "Müteahhit, çalıştırdığı işçilerin, işin dahil olduğu bir iş kolu veya meslekte aynı tipteki iş için toplu sözleşme veya mevzuatla kabul edilenlerden daha aşağı olmayacak şartlarda çalışmalarını ve ücret almalarını sağlar. Ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarının toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilmemiş olması halinde müteahhit, en yakın ve en uygun bir bölgedeki iş kolu veya meslekteki aynı tip bir iş için toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilenlerden veya müteahhidin*

---

[56] ÖZVERİ, s.119; Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.10.2021 tarih ve E:2021/9571 K:2021/13676 sayılı kararı, https://www.sinerjimevzuat.com.tr , E.T. 20.03.2022. Bu karara göre; *"Ancak, usulüne uygun olarak onaylanmış uluslararası sözleşme niteliğindeki 'bir amme tarafından yapılacak mukavelelere konulacak çalışma şartlarına müteallik' 94 sayılı Sözleşme, iç hukuktaki iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümler içermemektedir. Bu sözleşme içeriğindeki genel ve soyut nitelikteki hükümlerin, iç hukukta uygulanabilir hale gelmesi için, kanun koyucu tarafından yasal bir düzenleme yapılması zorunlu olup, mahkemece hatalı değerlendirme yapılarak uluslararası sözleşmenin iç hukuka doğrudan uygulanabileceği gerekçesi ile hüküm kurulması yerinde değildir."*

[57] RG 09.10.1984, Sayı: 18540

[58] USTA, s.13; AYKAÇ, s.241-242; MANAV ÖZDEMİR, s.1970; SEÇKİN, s.158; UĞUR, s.158.

[59] RG 01.11.1988, Sayı:19976.

[60] CANBOLAT, *Yozlaşmış Alt İşverenlik*, s.106; Talat CANBOLAT, *Kamuda Yeni İstihdam Türü*, s.23; USTA, s.13; ŞEN, *ILO'ya Göre Taşeronluk*, s.81; MANAV ÖZDEMİR, s.1970; SEÇKİN, s.158; UĞUR, s.158.

[61] Bu sınır, *"a)1988 yılı için Maliye ve Gümrük Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile en çok temsil yetkisini haiz işçi ve işveren kurutuşlarının görüşleri alınmak suretiyle Bayındırlık ve iskân Bakanlıgı'nca tespit ve Resmî Gazete'de ilan edilecek parasal sınır b) Müteakip yıllar için ise 1 Ocak'tan geçerli olmak üzere, mezkûr kuruluşların görüşleri yeniden alınmak suretiyle en geç Şubat ayı içinde her yıl Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca yayımlanacak karne katsayısı vasıtasıyla bu parasal sınırın sözkonusu yıla dönüştürülmüş miktarı"*dır (m.1/a,b).

[62] CANBOLAT, *Kamuda Yeni İstihdam Türü*, s.23; ŞEN, *Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkiler*, s.58; AYKAÇ, s.246.

bulunduğu iş kolu ve meslekteki benzer işverenlerin verdiği genel seviyeden daha az olmayacak şekilde ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarını temin eder"(m.2/b).".

Bu noktada belirtmek gerekir ki esas alınacak emsal toplu iş sözleşmesi, kamu kurum veya kuruluşunun taraf olduğu toplu iş sözleşmesi değildir. Kamuda çalışan alt işverenin işçilerinin hangi iş koluna dahil olduğu, kamu kuruluşunun taraf olduğu toplu iş sözleşmesine göre değil, alt işverenin işyerinde yapılan iş esas alınarak tespit edilmelidir[63]. Bu bakımdan 94 sayılı sözleşmenin ve Bakanlar Kurulu kararının uygulanmasında emsal alınacak toplu iş sözleşmesi, alt işveren işçilerinin dahil olduğu aynı işkolunda yürütülen aynı tip iş için en üst düzeyde hakları tanıyan toplu iş sözleşmesidir[64].

Yine belirtmek gerekir ki alt işverenin tarafı olduğu bir toplu iş sözleşmesi varsa ve zaten alt işveren işçileri de bu sözleşmenin kapsamında ise artık Sözleşme ve Bakanlar Kurulu kararları uygulanmayacaktır. Başka bir ifade ile 94 sayılı Sözleşme ve Bakanlar Kurulu hükümleri, hali hazırda toplu iş sözleşmesi kapsamında olan alt işveren işçileri açısından uygulanmayacaktır.[65]

SONUÇ

İşverenler, normalde kendi işçileri ile yaptığı işi bazen çeşitli sebeplerle başka bir işverenin işçilerine yaptırabilir. Böyle durumlarda asıl işveren – alt işveren ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Buna göre alt işveren; bir işverenden (asıl işveren) iş yerinde yürüttüğü işi veya işin bir bölümünü devralan ve bu işte kendi işçilerini çalıştıran üçüncü kişi olarak tanımlanabilir.

Gelişen ve değişen iş dünyasında rekabet koşulları artmış, rekabetin artması ile uzmanlık gerektiren yeni iş alanları ortaya çıkmıştır. Yeni uzmanlık alanları, ekonomik krizlere bağlı değişen personel yönetim sistemi, kamu sektöründeki kadro sınırlamaları gibi etkenler işverenleri alt işverenlik uygulamasına yönlendirmiştir. Alt işverenlik uygulaması, işverenlerin sürekli işgücü maliyetlerini azaltmak ve karlarını maksimize etmek, yasal yükümlülüklerden kaçınmak, sendikal örgütlenmeyi önlemek gibi amaçlarda da kullanılmaktadır.

Alt işverenlik uygulaması, sadece özel sektörde değil, kamu sektöründe de görülmektedir. Gerçekten de kamu kurum ve kuruluşları, hizmet alım ihaleleri yoluyla, ihtiyaç duydukları mal veya hizmetleri alt işverenlerden temin edebilmektedir. Neo-liberal ekonomik politikalarla devletin küçültülmesi eğilimi kamu sektöründe alt işverenliğin yaygınlaşmasına neden olmuştur. Ülkemizde 2017 ve 2018 yıllarında, kamuda alt işverenlik uygulamasını sonlandırmak için önemli adımlar atılmıştır. Ancak bazı kamu kurum ve kuruluşlarının halen, çeşitli yöntemlerle, alt işveren işçisi çalıştırdıkları görülmektedir.

Konumuz açısından kamu iş yerlerindeki alt işverenlik uygulamasının yarattığı en önemli sorun, ücret adaletsizliklerine neden olabilmesidir. Nitekim aynı işi alt işveren işçisi, genellikle, kadrolu olarak çalışan işçilerden çok daha düşük ücret almaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), bu adaletsizliği

[63] AYKAÇ, s.252.
[64] AYKAÇ, s.252.
[65] USTA, s.14.

önlemek amacıyla 94 Sayılı Sözleşmeyi düzenlemiştir. Bu sözleşme, ülkeler tarafından kabul edilerek iç hukuka yansımaktadır.

94 sayılı Sözleşmenin iç hukukumuza doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili farklı görüşler bulunmakla birlikte kanaatimizce Sözleşme hükümleri iç hukuka doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümler değildir. Nitekim Sözleşme hükümleri, başka bir düzenlemeyi gerektirmeyecek kadar kesin ve açık hükümler içermemektedir. Bunun yerine Sözleşmeyi onaylayan devletlere iç hukuklarında düzenleme yapma yükümlülüğü yüklemektedir.

Ülkemizde 94 sayılı Sözleşmenin uygulanması için Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Kamu Kuruluşlarında Yaptırılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları ile İlgili Genel Esaslar yayımlanmıştır. Ancak, bu düzenlemelerin kapsamına giren işler, 94 sayılı Sözleşmenin kapsamına giren işlere nazaran oldukça sınırlıdır. Buna göre yapılan düzenlemelerin Sözleşmenin iç hukukta uygulanması noktasında yetersiz kaldığı söylenebilir. Bu sebeple de 94 sayılı Sözleşmenin etkin bir biçimde uygulanması için daha fazla düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

Kaynakça

AKYİĞİT, Ercan: "Alt İşverenlik Ve Benzer İlişkilerden Farkı", *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 22, Sayı 4-5, 2009, s.1-38. https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1349444406.pdf

AKYİĞİT, Ercan: "Kamuda Asıl İşin Bir Bölümü Altişverene Verilirken Muafiyet Var mıdır?", *Çalışma ve Toplum Dergisi,* Cilt 2, Sayı 45, 2015, s.15-64, (Kamuda Muafiyet). https://dergipark.org.tr/en/pub/ct/issue/71785/1155066

AKYİĞİT, Ercan: "Kamu Kuruluşlarında Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?", *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 23, Sayı 4, 2011, s.1-33, (Kamu Kuruluşlarında Alt İşverenlik).

AKYİĞİT, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Mevzuatında Alt İşverenlik (Taşeronluk İlişkisi), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011 (Taşeronluk İlişkisi).

AYKAÇ, Hande Bahar: "94 sayılı ILO Sözleşmesinin Türk İş Hukukuna Etkisi", *Sarper Süzek'e Armağan*, Editör: Doç. Dr. Süleyman BAŞTERZİ, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

BAŞBUĞ, Aydın: "İş Mevzuatımız Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlara Çözüm Üretmekte Yetersizdir", *Tes-İş Dergisi*, Ağustos 2010, s.112-114. http://www.tes-is.org.tr/assets/pht-file/press/pdf/1591235d79.pdf

BAYBORA, Dilek: "İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması Ve Ortaya Çıkan Sonuçlar", *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2010, s.19-26.

CANBOLAT Talat: "Kamuda Yeni İstihdam Türü Olarak Uygulanan Hizmet Alım Sözleşmeleri", *Kamu'da Sosyal Politika Dergisi*, Sayı 17, 2011, s.12-31 (Kamuda Yeni İstihdam Türü).

CANBOLAT, Talat: "Yozlaşmış Alt İşverenlik (Taşeronluk)", *Tes-İş Dergisi*, Ağustos 2010, s.103-111 (Yozlaşmış Alt İşverenlik). http://www.tes-is.org.tr/assets/pht-file/press/pdf/1591235d79.pdf

ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 2022.

GÜLEŞCİ, Yusuf: "Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle (Kısmen) Kaldırılması Ve Sonuçları", *Balıkesir Barosu Dergisi*, 2018/1, s.19-60.

GÜZEL, Ali: "Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri", *Çimento İşveren Dergisi,* Cilt 7, Sayı 5, 1993, s.3-11, (Alt İşveren Uygulaması). https://ceis.wpenginepowered.com/wp-content/uploads/2019/10/eylul1993.pdf

GÜZEL, Ali: "Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru", *Çalışma ve Toplum Dergisi,* Cilt 4, Sayı 27, 2010, s.15-28. https://calismatoplum.org/makale/alt-isveren-uygulamasinda-guvencesiz-bir-sisteme-dogru

KARABACAK, Emre: "Alt İşveren İşçilerinin Kamuya Geçirilmesine İlişkin 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Hükümleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,* Cilt 15, Sayı 59, 2018, s.897 – 931.

KOÇ, Muzaffer: "Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2016, s.65-90. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/222977

KOÇ, Yıldırım: Taşeronluk Ve Fason Üretim: Sorunlar, Çözümler, Türk-İş Eğitim Yayınları, Ankara 2001 (Taşeronluk ve Fason Üretim).

MANAV ÖZDEMİR, Eda: "Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin Türk İş Hukukunda Uygulanması", *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 13, Sayı 52, 2016, s.1957-2006.

NARTER, Sami: "Kadroya Geçirilen Taşeron (Alt İşveren) İşçilerinin Mevcut Durumunun 696 Ve 703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler İle Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi", *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 15, Sayı 59, 2018, s.865 – 896.

ÖZVERİ, Murat: "Alt İşveren: İş Hukukunun Altının Oyulması ve Yargı Kararları", *Tes-İş Dergisi*, Ağustos 2010, s.115-122. http://www.tes-is.org.tr/assets/pht-file/press/pdf/1591235d79.pdf

SAYIN, Ali Kemal: "Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, Sayı 69, 2015, s.59-98. https://dergipark.org.tr/tr/pub/iusskd/issue/33251/370117

SEÇKİN, Muhammed Türkalp: "Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması", Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2013.

ŞEN, Sebahattin: "Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi,* Cilt 3, Sayı 10, 2006, s.71-98. https://dergipark.org.tr/tr/pub/ct/issue/71771/1154987

ŞEN, Sabahattin: "ILO'ya Göre Taşeronluk Nedir?", *Petrol-İş Sendikal Notlar*, Sayı 10, 2001, s.77-82. https://www.petrol-is.org.tr/sites/default/files/10-agustos2001.pdf

ŞEN, Sebahattin: Taşeronluk (Alt İşverenlik) Ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri, Selüloz-İş Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul 2022, (Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkiler).

UĞUR, Ömer: Alt İşverenlik İlişkisi Ve Kamu İşyerlerindeki Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

USTA, Osman: "Müteahhit Eliyle Yaptırılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları", *Çimento İşveren Dergisi*, Ocak 1998, s.11-28.

ÇEVRİMİÇİ KAYNAKLAR

https://www.sinerjimevzuat.com.tr

https://www.ilo.org

MOBBİNGİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE MOBBİNG DAVRANIŞLARININ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA OLUŞTURABİLECEĞİ SUÇ TİPLERİ[1]

Av. Tuğçe Açıkgöz[*]

ÖZET

Mobbing kavramının tanımı konusunda dünyada ve ülkemizde bir örneklik sağlanamamıştır. Kavramın sosyolojik yönünün olması dolayısıyla her toplumda o toplumun değerlerine göre şekillenmesi dünyada bir örnek bir mobbing tanımı olmamasının nedenleri arasındadır. Kavramın psikoloji, sosyoloji, hukuk gibi çeşitli disiplinleri ilgilendirmesi ve her disiplinin kendi kurallarına göre bir tanım ortaya koyulması ise ülkemizde bir örnek bir mobbing tanımı olmamasının nedenleri arasında sayılabilir. Öte yandan kavramın terim olarak ifadesi noktasında da dünyada ve ülkemizde bir örneklik yoktur. Dünyada, mobbing kavramını veya bu kavramın ifade ettiği anlama yakın anlamları ifade eder şekilde yine kavramın kendisi veya "bullying", "manevi taciz", "güç tacizi" gibi farklı kelimeler kullanılagelmiştir. Ülkemizde, kavramı hukuk disiplini açısından inceleyen eserlerde ise en yaygın kullanılan iki terimin yine kavramın kendisi ve "iş yerinde psikolojik taciz" olduğu görülmektedir. Tüm bu nedenlerle, mobbingin kavramsal çerçevesinin ve mobbing davranışlarının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda oluşturabileceği suç tiplerinin incelenecek olduğu bu çalışmada öncelikle mobbing kavramı netleştirilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda mobbing kelimesinin sözlük anlamı açıklandıktan sonra mobbing üzerine dünyaca tanınan çalışmalar yapmış ve mobbingi bir sistem dâhilinde incelemiş olan Psikolog Heinz Leymann'ın ve Psikolog Harald Ege'nin mobbing tanımları ve mobbing sürecini anlattıkları mobbing modelleri açıklanacaktır. Bu kapsamda Leymann'ın oluşturduğu "Leymann Psikolojik Terör Kataloğu"na, Ege'nin oluşturduğu "Ege Yöntemi 2002"ye ve yine Ege'nin ortaya koyduğu "hızlı mobbing" ve "çifte mobbing" kavramlarına değinilecektir. Çalışmanın devamında Leymann'ın ve Ege'nin mobbing tanımları ve modelleri göz önünde bulundurularak mobbing davranışlarının Türk Ceza Kanunu'ndaki suç tiplerinden hangilerini oluşturabileceği ifade edilecektir. Bu kapsamda Kanun'daki suç tiplerinin mobbing sürecindeki davranışları tam olarak karşılayıp karşılamadığı ayrıca araştırılacaktır. Son olarak, edinilen tüm bu bilgiler ışığında, Türk ceza hukuku mevzuatında mobbing suç tipinin oluşturulmasının mobbingle daha etkili mücadele edilebilmesini sağlayacağı yönündeki görüşler ceza hukukunun temel ilkeleri ve Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçlar çerçevesinde açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mobbing, Mobbing Davranışları, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Suç Tipleri, Ceza Hukukunun Temel İlkeleri.

[1] Bu çalışma, yazarın "Türk Ceza Hukukunda Mobbing" adlı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

[*] Avukat, Ankara Barosu, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, ttugceacikgoz@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1131-6719.

THE CONCEPTUAL FRAMEWORK OF MOBBING AND THE TYPES OF CRIME THAT MOBBING BEHAVIOURS CAN CONSTITUTE ACCORDING TO TURKISH CRIMINAL CODE NO. 5237

ABSTRACT

Uniformness has not been ensured in the definition of mobbing concept in our country and the world. Mobbing concept has shaped according to the values of that society in every society due to the fact that the concept has a sociological aspect. This situation is among the reasons why there is no uniformness in the definition of mobbing concept in the world. The concept is related to various disciplines such as psychology, sociology, and law. A definition has been put forward according to the rules of each of these disciplines. This situation can also be regarded among the reasons why there is no uniformness in the definition of mobbing concept in our country. On the other hand, there is also no uniformness at the point of expression of the concept as a term in our country and the world. In the world, the concept itself or different words such as "bullying", "moral harassment", "power harassment" have been used in this context. In our country, it is seen that the two most commonly used terms in the legal science are the concept itself again and "psychological harassment in the workplace". For all these reasons, the concept of mobbing will be tried to be clarified in this study at first. In this context, the dictionary meaning of the word mobbing will be explained first. Afterwards, the mobbing definitions and mobbing models will be explained according to Psychologist Heinz Leymann and Psychologist Harald Ege, who have done world-renowned studies on mobbing and have examined mobbing within a system. In this context, it will be touched on Leymann's "Leymann Inventory of Psychological Terrorization", Ege's "Ege Method 2002" and again Ege's "quick mobbing" and "double mobbing". In the continuation of the study, it will be stated, considering Leymann's and Ege's mobbing definitions and models, which of the types of crime in the Turkish Criminal Code that mobbing behaviors can constitute. In this context, whether the types of crime in the Code fully overlap the behaviors in the mobbing process will also be investigated. Finally, in the light of all these informations, the opinions that the creation of the mobbing crime type in the Turkish criminal law legislation will enable a more effective fight against mobbing will be explained. While these explanations are being made, the basic principles of criminal law and the purposes specified in 1st Article of the Code will be considered.

Keywords: Mobbing, Mobbing Behaviours, Turkish Criminal Code No. 5237, Types of Crime, Basic Principles of Criminal Law.

GİRİŞ

Psikolojik, sosyolojik ve hukuki yönleriyle çok boyutlu bir kavram olan mobbing bir süreci ifade eder. Mobbing en başta mobbing uygulanan kişi yani mağdur üzerinde olumsuz etkiler bırakır. Bu etkiler öncelikle psikolojik şekilde kendini gösterir. Bu bağlamda mağdurun ilk olarak psikolojik sağlığı bozulur. Bu aşamada mağdurda stresin ve kaygı bozukluğunun gözlenmesi muhtemeldir. Mobbing süreci devam ettiği müddetçe mağdurda psikolojik kaynaklı bedensel rahatsızlıklar da ortaya çıkabilir. Söz gelişi uykusuzluk,

baş ve çene ağrısı gibi nispeten hafif bedensel rahatsızlıkların yanı sıra diyabet gibi daha ağır, kronikleşen rahatsızlıklar da ortaya çıkabilir. Belirtmek gerekir ki söz konusu olumsuz etkilerin, özellikle psikolojik olanlarının, mağdurun ailesine ve çevresine yayılması muhtemeldir. Böylelikle ilk başta yalnızca mağduru etkileyen mobbing davranışları toplumu da giderek etkileyebilir. Bu gibi ciddi sonuçları olan mobbing ise Türk ceza hukuku mevzuatında cezai yaptırıma bağlanmış bir suç olarak düzenlenmemiştir. Öte yandan mobbing kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında da netlik yoktur. Bu nedenle, mobbingin kavramsal çerçevesinin ve mobbing davranışlarının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) oluşturabileceği suç tiplerinin incelenecek olduğu bu çalışmada ilk olarak mobbing kavramı açıklanacaktır. Bu kapsamda mobbingin kavramsal çerçevesi başlığı altında öncelikle kelimenin sözlük anlamına değinilecek, daha sonra mobbing üzerine dünyaca tanınan çalışmalar yapmış ve mobbingi bir sistem dâhilinde incelemiş olan Psikolog Heinz Leymann'ın ve Psikolog Harald Ege'nin mobbing tanımları ve mobbing sürecini anlattıkları mobbing modelleri açıklanacaktır. Devamında, açıklanan mobbing tanımları ve modelleri ışığında, mobbing davranışlarının TCK'deki suç tiplerinden hangilerini oluşturabileceği anlatılacaktır. Söz konusu suç tiplerinin mobbing sürecindeki davranışları tam olarak karşılayıp karşılamadığı bu bağlamda ayrıca araştırılacaktır. Edinilen tüm bu bilgilerden yola çıkılarak, Türk ceza hukuku mevzuatında mobbing suç tipi oluşturulduğu takdirde mobbingle daha etkili mücadele edilebileceği yönündeki görüşler ceza hukukunun temel ilkeleri ve Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçlar çerçevesinde açıklanacaktır.

I. MOBBİNGİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Bu başlık altında "mobbing kelimesinin sözlük anlamı" ve "iki mobbing tanımı ve modeli" başlıkları altında açıklamalar yapılarak mobbingin kavramsal çerçevesi ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. Mobbing Kelimesinin Sözlük Anlamı

Dünyada "mobbing" kavramına atfedilen anlam konusunda bir örneklik sağlanamamıştır. Benzer şekilde, kavramın terim olarak ifadesi noktasında da bir örneklik yoktur. Kavramı ifade ederken kullanılan terimler ülkeden ülkeye ve dilden dile değişebilmiştir. Zira sosyolojik yönü olan her kavram gibi mobbing kavramı da ortaya çıktığı toplumdaki değerlere göre tanımlanmış, bu değerlere göre kavrama bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle bu çalışmada temel alınan mobbing kavramını veya bu kavramın ifade ettiği

anlama yakın anlamları ifade etmek için yine mobbing kelimesi[2] ya da "bullying",[3] "manevi taciz"[4] ve "güç tacizi"[5] gibi farklı kelimeler kullanılagelmiştir. Öte yandan söz konusu terim sorunu ülkemizde de mevcuttur. Konuya hukuk disiplini açısından bakıldığında ise mobbing kavramına karşılık olarak kullanılan en yaygın iki terimin "iş yerinde psikolojik taciz" ve "mobbing" olduğu görülmektedir. Bahsolunan terimler her ne kadar yaygın bir şekilde kullanılıyorsa da Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlüğü'ne göre mobbing İngilizce bir kelimedir ve kelimenin Türkçe karşılığı ise "bezdiri"dir. Yine TDK'ye göre bezdirinin kelime anlamı "iş yerlerinde, okullarda vb. topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistemli bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak yıldırma, dışlama, gözden düşürme"dir.[6]

İngilizce bir kelime olması dolayısıyla mobbingin bu dildeki anlamına bakılmasında da yarar vardır. Oxford'un çevrim içi sözlüğünde mobbing kelimesine doğrudan bir tanım yapılmadığı görülmektedir. Sözlükte, kelimenin kökü olarak nitelendirilebilecek "mob" kelimesinin tanımı ise mevcuttur.[7] Tanıma göre kelimenin dört farklı isim anlamı vardır. Bu anlamlar sırasıyla şunlardır: hareketlenebilecek ya da sorun çıkarabilecek büyük bir kitle, bir şekilde benzerlik gösteren bir grup insan, organize suça karışan kişiler, bir grup hayvan.[8] Sözlüğe göre kelimenin fiil anlamları ise iki tanedir. İlk anlamı bir şeye topluca saldırmaktır. İkinci anlamı ise kişinin başına üşüşmek, çevresini sarmak gibi anlamlara karşılık gelmektedir. Sözlükte mob kelimesinin kökeninin 17. yüzyılın sonlarına dayandığı da ifade edilmiştir. Kelimenin Latince "mobile vulgus" kelimesinin kısaltması olduğu ve bu kelimenin de İngilizce "excitable crowd" anlamına geldiği açıklanmıştır. Kelimenin İngilizce ifadesi Türkçeye "uyarılabilir topluluk" ya da "kolay heyecanlanan, kolay telaşa kapılan topluluk" olarak çevrilebilir.[9]

---

[2] Bkz. LEYMANN, Heinz: "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology,* C. 5, S. 2, 1996, s. 165-184 (*Content and Development*); DURNIAT, Katarzyna: "Mobbing as Psychopathology of Personality and Pathology of Organization", *Polish Journal of Applied Psychology,* C. 8, S. 2, 2010, s. 41-65; MADİ, Nil/CANKARDAŞ, Sinem/TINAZ, Pınar: "Mobbing, Workplace Incivility, and Work-Related Stalking: Comparison in Content and Effects", *Pearson Journal of Social Sciences and Humanities,* C. 6, S. 6, 2020, s. 307-316.

[3] Bkz. ADAMS, Andrea: "The Standard Guide to Confronting Bullying at Work", *Nursing Standard,* C. 7, S. 10, 1992, s. 44-46; NAMIE, Gary/NAMIE, Ruth: "U.S. Workplace Bullying: Some Basic Considerations and Consultation Interventions", *Consulting Psychology Journal: Practice and Research,* C. 61, S. 3, 2009, s. 202-219; EINARSEN, Ståle/HOEL, Helge/ZAPF, Dieter/COOPER, Cary L.: "The Concept of Bullying and Harassment at Work: The European Tradition", *Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research, and Practice,* Editörler: Ståle EINARSEN/ Helge HOEL/ Dieter ZAPF/ Cary L. COOPER, CRC Press, 2. Baskı, Boca Raton 2011.

[4] Bkz. DURNIAT, s. 48; LEROUGE, Loïc: "Workplace Bullying and Harassment in France and Few Comparisons with Belgium: A Legal Perspective", *The International Seminar on Workplace Bullying and Harassment, 27-28 Şubat 2013, Tokyo,* Editör: The Japan Institute for Labour Policy and Training, 2013, s. 39-40; <https://www.mariefrance-hirigoyen.com/en/book/que-sais-je-le-harcelement-moral-au-travail-2/>, s.e.t. 23.05.2023.

[5] Bkz. TADA, Noriko: "Experience From Japan", *Journal of the International Ombudsman Association,* C. 3, S. 2, 2010, s. 57; ROBERTS, Glenda S.: "'Power Harassment' and the Workplace Environment in Japan: The Evolution of the Concept Amidst Uncertain Times", *Journal of Asia-Pacific Studies (Waseda University),* C. 22, S. -, 2014, s. 21-22; LEROUGE, Loïc/NAITO, Shino: "Bullying and Law in Japan", *Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law,* Editör: Loïc LEROUGE, Springer, 1. Baskı, Cham 2017, s. 243.

[6] <https://sozluk.gov.tr/>, "mobbing", "bezdiri", s.e.t. 23.05.2023.

[7] Kelimenin İngiliz İngilizcesindeki karşılığına bakılmıştır.

[8] <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/mob_1>, "mob", s.e.t. 23.05.2023.

[9] <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/mob_2>, "mob", s.e.t. 23.05.2023.

B. İki Mobbing Tanımı ve Modeli

Mobbing kavramı, kavrama verilen farklı anlamlar dolayısıyla dünyada ve ülkemizde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Tanım farklılığının olağan bir sonucu olarak mobbing modeli şeklinde ifade edilebilen mobbing süreci aşamaları da farklılık gösterebilmiştir. Bu başlık altında söz konusu tanım ve modellerden, çalışmanın hacmi dikkate alınarak, yalnızca Psikolog Heinz Leymann'ın ve Psikolog Harald Ege'nin mobbing tanımları ve modelleri üzerinde durulacaktır.

1. Heinz Leymann'ın Mobbing Tanımı ve Modeli

Leymann'a göre çalışma hayatındaki psikolojik terör veya mobbing, düşmanca ve etik olmayan davranışlar bütününü ifade eder. Bir veya birden fazla kişi bu davranışları genellikle bir kişiye yönelik olarak sistematik bir şekilde gerçekleştirir. Böylelikle davranışlara maruz kalan kişi yani mağdur çaresiz ve savunmasız bir durumda bırakılır. Bu durumun nedeni ise söz konusu davranışların kısa zaman aralıklarıyla ve uzun bir süre boyunca gerçekleştirilmesidir. Davranışlar, süre olarak en az altı ay boyunca ve zaman aralığı olarak ise haftada en az bir kez gerçekleştirilir. Davranışlar sonucunda mağdurda bazı rahatsızlıklar ve sorunlar gözlenebilir. Söz konusu rahatsızlıklar ve sorunlar, olumsuz sonuçları ciddi düzeyde olabilen, psikolojik rahatsızlıklar, psikolojik kaynaklı bedensel rahatsızlıklar ve sosyalleşme sorunları olarak ortaya çıkabilir. Belirtmek gerekir ki bu gibi olumsuz sonuçların ortaya çıktığı mobbing vakalarında mağdurun potansiyel işten çıkarılma riski de artar.[10]

Leymann mobbingin varlığının tespitine yönelik olarak "Leymann Inventory of Psychological Terrorization (LIPT)", Türkçe karşılığıyla "Leymann Psikolojik Terör Kataloğu (LPTK)", adını verdiği bir katalog oluşturmuştur. Katalogda mobbing sürecinde gerçekleştirilmesi muhtemel kırk beş farklı davranış yer almaktadır. Bu davranışlar mağdur üzerindeki etkilerine göre beş gruba ayrılmıştır.[11]

İlk grupta on bir davranış yer almaktadır. Bu davranışların mağdurun yeterli düzeyde iletişim kurma olanağı üzerinde etkileri vardır. Söz konusu davranışlar şunlardır: iş yerinde üstünüz veya üstleriniz tarafından kendinizi ifade etme olanağınız kısıtlanır, konuştuğunuz sırada sözünüz kesilir, meslektaşlarınız tarafından kendinizi ifade etme olanağınız kısıtlanır, yüksek sesli azar işitirsiniz, çalışmanız eleştirilir, özel hayatınız

[10] LEYMANN, *Content and Development*, s. 168; LEYMANN, Heinz: "Mobbing and Psychological Terror at Workplaces", *Violence and Victims Journal,* C. 5, S. 2, 1990, s. 120 (*Mobbing and Psychological Terror*); LEYMANN, Heinz: "Ätiologie und Häufigkeit von Mobbing am Arbeitsplatz - eine Übersicht über die bisherige Forschung", *German Journal of Human Resource Management: Zeitschrift für Personalforschung,* C. 7, S. 2, 1993, s. 272 (*Ätiologie und Häufigkeit*); LEYMANN, Heinz/GUSTAFSSON, Annelie: "Mobbing at Work and the Development of Post-traumatic Stress Disorders", *European Journal of Work and Organizational Psychology,* C. 5, S. 2, 1996, s. 252 (*Post-traumatic Stress Disorders*); LEYMANN, Heinz/GUSTAFSSON, Annelie: Självmordfabriken: Om de stora risker som sjuksköterskor utsätts för I arbetslivet, Norstedts Juridik, - Baskı, Stockholm 1998 (Çeviren: Sue BAXTER, Why Nurses Commit Suicide: Mobbing in Health Care Institutions, Edwin Mellen Press, 1. Baskı, Lewiston 2014, s. 45) (*Självmordfabriken*).

[11] LEYMANN, *Mobbing and Psychological Terror*, s. 120; LEYMANN, *Ätiologie und Häufigkeit*, s. 272; LEYMANN, *Content and Development*, s. 170-171; LEYMANN, Heinz: Från mobbning till utslagning i arbetslivet, -, - Baskı, Stockholm 1992 (İngilizceye Çeviren: Sue BAXTER, Workplace Mobbing as Psychological Terrorism: How Groups Eliminate Unwanted Members, Edwin Mellen Press, - Baskı, - 2010 (İngilizceden İspanyolcaya Çeviren: Sergio Navarrete VÁZQUEZ, Mobbing en el lugar de Trabajo como Terrorismo Psicológico: Cómo los Grupos Eliminan a los Miembros Indeseados, Edwin Mellen Press, - Baskı, - 2017, s. 209-211)) (*Mobbning till utslagning*).

eleştirilir, telefonda tehdit edilir ve/veya aşağılanır ve/veya suçlanırsınız, sözlü tehdit alırsınız, yazılı tehdit alırsınız, sizinle temas kurulmaz veya küçümsendiğinizi ya da istenmediğinizi anlatan bir tutum takınılır, görmezden gelinirsiniz ve sorularınıza cevap verilmez.[12]

İkinci grupta beş davranış yer almaktadır. Bu davranışların mağdurun sosyal ilişkilerini sürdürme olanağı üzerinde etkileri vardır. Söz konusu davranışlar şunlardır: sizinle konuşulmaz, herkes sizden uzaklaşır ve kimseyle konuşamazsınız, meslektaşlarınızın çalıştığı bölümden uzaktaki bir odada izole edilirsiniz, meslektaşlarınızın sizinle konuşması yasaklanır, görünmezmişsiniz gibi davranılır.[13]

Üçüncü grupta on beş davranış yer almaktadır. Bu davranışların mağdurun kişisel itibarını koruma olanağı üzerinde etkileri vardır. Söz konusu davranışlar şunlardır: arkanızdan kötü şeyler konuşulur, hakkınızda asılsız söylentiler yayılır, sizinle alay edilir, akıl hastası gibi görülürsünüz, psikiyatrik muayene olmaya zorlanırsınız, engelinizle alay edilir, sesiniz ve/veya jestleriniz ve/veya yürüyüşünüz sizinle alay etmek amacıyla taklit edilir, dinî ya da siyasi görüşlerinize saldırılır ya da bunlarla alay edilir, özel hayatınızla alay edilir, soyunuzla ya da uyruğunuzla alay edilir, küçük düşürücü bir iş verilir, çalışmalarınız kötü niyetle değerlendirilir, verdiğiniz kararlar sürekli olarak sorgulanır, size yönelik küçük düşürücü sözler kullanılır, istemediğiniz cinsel davranışlara maruz kalırsınız.[14]

Dördüncü grupta yedi davranış yer almaktadır. Bu davranışların mağdurun mesleki durumu üzerinde etkileri vardır. Söz konusu davranışlar şunlardır: hiçbir görev verilmez, görevinizle ilgili girişimleriniz engellenir ve fikirlerinizi geliştirmenize izin verilmez, saçma ya da gereksiz görevler verilir, niteliklerinizin altında görevler verilir, sürekli yeni görevler verilir, küçük düşürücü görevler yapmaya mecbur edilirsiniz, niteliklerinizin çok üstünde görevler verilir.[15]

Beşinci grupta yedi davranış yer almaktadır. Bu davranışların mağdurun sağlığı üzerinde etkileri vardır. Söz konusu davranışlar şunlardır: zararlı ya da tehlikeli görevler yapmaya mecbur edilirsiniz, fiziksel şiddet uygulanmakla tehdit edilirsiniz, hafif şiddet uygulanarak tehdit edilirsiniz, fiziksel istismara maruz kalırsınız, size mali sorunlar oluşturan genel zararlar verilir, iş yerinize ya da evinize zarar verilir, alenen cinsel tacize maruz kalırsınız.[16]

Belirtmek gerekir ki tüm bu davranışlar bir süreç içerisinde gerçekleştirilir. Bu süreci anlatan Leymann'ın mobbing modelindeki evreler ise sırasıyla şunlardır: kritik olaylar evresi, mobbing ve yaftalama evresi, personel idaresi evresi, iş dünyasından dışlanma evresi. Her ne kadar evreler arasında bir sıra olsa da

[12] LEYMANN, *Mobbning till utslagning*, s. 209; LEYMANN, *Content and Development*, s. 170; SILVA, Rui/SIMÕES, Margarida/MONTEIRO, Ana Paula/DIAS, António: "Leymann Inventory of Psychological Terror Scale: Development and Validation for Portuguese Accounting Professionals", *Economies,* 2021, <https://doi.org/10.3390/economies9030094>, s.e.t. 23.05.2023, s. 6.
[13] LEYMANN, *Mobbning till utslagning*, s. 209; LEYMANN, *Content and Development*, s. 170; SILVA/SIMÕES/MONTEIRO/DIAS, s. 6.
[14] LEYMANN, *Mobbning till utslagning*, s. 210; LEYMANN, *Content and Development*, s. 170; SILVA/SIMÕES/MONTEIRO/DIAS, s. 6.
[15] LEYMANN, *Mobbning till utslagning*, s. 210-211; LEYMANN, *Content and Development*, s. 170; SILVA/SIMÕES/MONTEIRO/DIAS, s. 7.
[16] LEYMANN, *Mobbning till utslagning*, s. 211; LEYMANN, *Content and Development*, s. 170; SILVA/SIMÕES/MONTEIRO/DIAS, s. 7.

yalnızca söz konusu sıranın bozulması ya da modeldeki bazı evrelerin atlanması yaşanan sürecin mobbing olarak nitelendirilmesini engellemez. Zira bu model, pek çok mobbing vakası incelenerek tümevarım sonucunda oluşturulmuştur.[17]

Kritik olaylar evresinde mobbing sürecini tetikleyen bir durum bulunur. Bu durum genellikle bir tür çatışmadır. Çatışma aşamalı olarak şiddetlenir ve bir kişi çatışmanın odağı hâline gelirse bu evre tamamlanmış olur. Bu nedenle mobbing süreci tırmanmış bir çatışma olarak görülebilir. Ayrıca evrenin, varsayımsal olarak, oldukça kısa sürdüğü söylenebilir.[18]

Mobbing ve yaftalama evresinde mobbing teşkil eden davranışlar bir süreç içerisinde gerçekleştirilmeye başlanır. Diğer bir deyişle LPTK'de sayılan davranışlar bu evrede görülmeye başlanır. Bu nedenle evreye, kısaca, mobbing evresi de denilebilir. Bununla birlikte evrenin tamamlanabilmesi için bahsolunan davranışların sistematik olarak uzun bir süre boyunca gerçekleştirilmesi gerekir. Ayrıca davranışları gerçekleştiren kişinin bilinçli olarak saldırgan bir şekilde hareket etmesi gerekir.[19]

Personel idaresi evresinde, evrenin isminden de anlaşılacağı üzere, personel idaresi devreye girer. Ancak bu durum genellikle mağdurun lehine sonuçlanmaz. Zira idare de iş yerindeki diğer çalışanlar gibi olumsuz bir ön yargıyla hareket eder. Mağdurun davranışlarının nedenlerini öğrenmeye çalışmak yerine, diğer çalışanların çoğunlukla yaptığı gibi, mağduru suçlar. Bu evrenin sonunda, mobbing nedeniyle psikolojisi olumsuz etkilenen ve bu etkiler iş yerindeki davranışlarına yansıyan mağduru idare de sorunlu olarak yaftalar.[20]

İş dünyasından dışlanma evresinde öngörülebileceği üzere mağdur işini kaybeder. Ancak iş kaybının mağdurun yalnızca iş hayatı üzerinde etkisi yoktur. Mağdurun sağlığı ve sosyal hayatı da olumsuz etkilenebilir.[21]

---

[17] LEYMANN, *Mobbing and Psychological Terror*, s. 121-122; LEYMANN, *Ätiologie und Häufigkeit*, s. 276; LEYMANN, *Content and Development*, s. 171-172; LEYMANN/GUSTAFSSON, *Självmordfabriken*, s. 44-46. Leymann ile Gustafsson'un eserindeki modelin beş evreden oluştuğunu önemle belirtmek gerekir. Eserdeki modelin burada ifade edilen modelden farkı dördüncü evrede ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar eserde evreler birinci evre, ikinci evre şeklinde açıklanmış, evreler başlıklandırılmamış olsa da dördüncü evreye yönelik açıklamalardan yola çıkılarak bu evreyi "uzman yardımı evresi" olarak adlandırmak mümkündür. Zira evreye ilişkin açıklamalarda uzman yardımının yani doktor, psikiyatr ve psikolog yardımının doğru şekilde yapılmasının önemi belirtilmiştir. Bundan başka, eserde beşinci evre şeklinde açıklanan "iş dünyasından dışlanma evresi" olarak adlandırılabilecek evrenin ise bu çalışmada sıra olarak dördüncü evrede açıklandığını ifade etmek gerekir. Bu yöndeki tercihin iki nedeni vardır. İlk nedeni Leymann'ın bu dipnotla atıf yapılan diğer eserlerinde dört evreli modelden bahsedilmesidir. İkinci nedeni ise eserdeki "uzman yardımı evresi" dışındaki evrelere dair açıklamaların Leymann'ın bu dipnotla atıf yapılan diğer eserlerindeki evrelere dair açıklamalarla uyumlu olmasıdır.

[18] LEYMANN, *Mobbing and Psychological Terror*, s. 121; LEYMANN, *Content and Development*, s. 171; LEYMANN/GUSTAFSSON, *Självmordfabriken*, s. 44-45.

[19] LEYMANN, *Mobbing and Psychological Terror*, s. 121; LEYMANN, *Content and Development*, s. 171; LEYMANN/GUSTAFSSON, *Självmordfabriken*, s. 45.

[20] LEYMANN, *Mobbing and Psychological Terror*, s. 121-122; LEYMANN, *Content and Development*, s. 171-172; LEYMANN/GUSTAFSSON, *Självmordfabriken*, s. 45-46.

[21] LEYMANN, *Mobbing and Psychological Terror*, s. 122; LEYMANN, *Content and Development*, s. 172; LEYMANN/GUSTAFSSON, *Självmordfabriken*, s. 46.

2. Harald Ege'nin Mobbing Tanımı ve Modeli

Harald Ege'ye göre mobbing bir veya birden fazla kişinin, diğer bir veya birden fazla kişiye zarar vermek amacıyla bu kişilere yönelik zulüm içeren düşmanca davranışlar gerçekleştirdikleri sistematik, devamlı ve ilerleyen bir çatışma durumudur. Bu durumda mağdur gerçekleştirilen davranışlara yeterli düzeyde tepki gösteremeyeceği bir konuma itilir. Mağdur bu durum nedeniyle psikolojik ve psikolojik kaynaklı bedensel rahatsızlık belirtileri gösterebilir.[22]

Ege, 2002 yılında mobbingin teşhisine ve mağdurda neden olduğu zararın tespitine yönelik yeni bir yöntem geliştirmiştir. İtalyan hukuk sistemini esas alarak geliştirdiği bu yöntemi "Ege Yöntemi 2002" olarak adlandırmıştır. Esas alınan hukuk sistemi dolayısıyla yöntem başka ülkelerde uygulanırken bazı zorluklarla karşılaşılmasının muhtemel olduğunu ayrıca belirtmiştir. Yöntem üç aşamadan oluşmaktadır. İlk aşamada, gerçekleştirilen davranışların mobbing olarak nitelendirebilmesi için somut olaydaki davranışlarda belirli yedi unsurun varlığı aranmaktadır. Bu unsurlar şunlardır: iş yeri, sıklık, süre, davranışların türü, konum farkı, aşamalı ilerleme, zulmetme amacı.[23]

Bahsolunan unsurların bir anlamda Ege'nin mobbing tanımını ortaya koyduğu söylenebilir. Mobbinge neden olan çatışmanın ve devamında ilerleyen çatışmaların iş yerinde gerçekleşmesi, iş yeri unsuruyla; düşmanca davranışların ayda en az birkaç kez gerçekleştirilmesi, sıklık unsuruyla; çatışmanın en az altı aydır devam ediyor olması, süre unsuruyla; düşmanca davranışların Leymann'ın beş mobbing davranış grubundan en az iki farklı davranış grubuna dâhil olması, davranışların türü unsuruyla; mağdurun mobbing uygulayanlardan daima daha güçsüz bir konumda olması, konum farkı unsuruyla; mobbing sürecinin aşağıda açıklanacak olan altı aşamasından en azından ikinci aşamasına ulaşılması, aşamalı ilerleme unsuruyla; gerçekleştirilen davranışların zulmetme amacıyla yapılması ve bu amacın kolay bir şekilde anlaşılabilmesi, zulmetme amacı unsuruyla ifade edilmektedir.[24]

Her ne kadar aşamalı ilerleme unsuruyla ilgili açıklamada mobbing sürecinin altı aşamalı olduğu anlatılmışsa da bu altı aşama içerisinde yer almayan bir ön aşama daha mevcuttur. Bu aşama, sürecin ilk aşamasından önceki bir süreyi kapsar. Ön aşamada gerçekleştirilen davranışlar mobbing teşkil etmediğinden bu aşamaya "sıfır durumu" denir. Sıfır durumu mobbinge yalnızca zemin hazırlar. Bu durumda iş yerinde çatışma mevcuttur fakat söz konusu çatışma hedefli bir çatışma değildir. Mobbing sürecinin ilk aşamasında hedefli çatışmadan bahsedilir. Bu nedenle ilk aşama "hedefli çatışma" olarak adlandırılır. Bu kapsamda bir veya birden fazla kişinin hedef alınmasının ilk aşamayla ön aşama arasındaki

---

[22] EGE, Harald: "Mobbing, Straining, Stalking Prevenzione, Strategie, Soluzioni", <https://www.snalsbrindisi.it/documenti/doc/MOBBING_STRAINING_STALKING.pdf>, s.e.t. 23.05.2023, s. 1 (*Soluzioni*); EGE, Harald: "Different Typologies of Workplace Conflict and Their Connections with Post Traumatic Embitterment Disorder (PTED)", *Health*, C. 2, S. 3, 2010, s. 234 (*Different Typologies*).

[23] EGE, *Soluzioni*, s. 11-12; EGE, *Different Typologies*, s. 234; EGE, Harald: "Assessing Workplace Bullying for the Juridical Claim for Damages: An Empirical Method of Acknowledgement", *The Fourth International Conference on Bullying and Harassment in the Workplace, 28-29 Haziran 2004, Bergen,* Editörler: Ståle EINARSEN/Morten Birkeland NIELSEN, 2004, s. 44-45 (*Assessing Workplace Bullying*); EGE, Harald: "Über den Zusammenhang zwischen Mobbing/Arbeitsplatzkonflikten und dem posttraumatischen Verbitterungssyndrom (PTED): Eine empirische italienische Studie", *Psychosom Konsiliarpsychiatr,* C. 2, S. -, 2008, s. 245 (*italienische Studie*).

[24] EGE, *Soluzioni*, s. 1, 12; EGE, *italienische Studie*, s. 245; EGE, *Different Typologies*, s. 234.

temel farkı oluşturduğunu söylemek mümkündür. İkinci aşama "mobbingin başlangıcı" olarak adlandırılır. Mağdur kendisine yönelik davranışlardan bu aşamada rahatsız olmaya başlar. Üçüncü aşama "psikolojik kaynaklı bedensel rahatsızlıkların ilk belirtileri" olarak adlandırılır. Mağdur söz konusu rahatsızlık belirtilerini bu aşamada göstermeye başlar. Dördüncü aşama "personel idaresinin hataları ve suistimalleri" olarak adlandırılır. Personel idaresi mağduru olumsuz etkileyen kararları bu aşamada vermeye başlar. Beşinci aşama "sağlık durumunun ciddi şekilde bozulması" olarak adlandırılır. Mağdurun sağlık durumundaki bozulma bu aşamada ciddi düzeye ulaşır. Altıncı aşama "iş kaybı" olarak adlandırılır. Mağdur işini bu aşamada kaybeder. İş kaybı mağdurun işten çıkarılması dolayısıyla olabileceği gibi başka herhangi bir şekilde işi bırakması dolayısıyla da olabilir.[25]

Gerçekleştirilen davranışların açıklanan unsurlara sahip olduğu tespit edildiği takdirde mobbingin mağdurun çalışma verimliliği üzerindeki olumsuz etki yüzdesinin hesaplanabilmesi için Ege Yöntemi 2002'nin ikinci aşamasına geçilir. Olumsuz etki yüzdesi hesaplanırken mobbing davranışlarının sıklığı ve süresi, mağdurun yaşı ve cinsiyeti gibi çeşitli değişkenler göz önünde bulundurulur.[26]

Yöntemin ikinci aşaması tamamlandıktan sonra üçüncü aşamada mobbingin mağduru uğrattığı zarara ve mağdurun yeni bir iş bulma olasılığındaki olumsuz etkisine ilişkin tazminat miktarı tespit edilir. Miktar tespit edilirken mağdurda oluşan zararın yüzdesi göz önünde bulundurulur, bir önceki aşamada olduğu gibi, mağdurun yaşı ve cinsiyeti dikkate alınır. Bundan başka, enflasyon oranı, iş piyasasının eğilimleri gibi çeşitli değişkenler de dikkate alınır.[27]

Ayrıca belirtmek gerekir ki Ege Yöntemi 2002'de yine Ege'nin geliştirdiği yeni bir katalog kullanılır. Ege, kırk beş farklı mobbing davranışının yer aldığı LPTK'de bazı değişiklikler yaparak geliştirdiği bu kataloğa "LIPT-Ege", Türkçe karşılığıyla "LPTK-Ege", adını vermiştir. Üç bölüme ayrılmış otuz sorudan oluşan katalog, yöntemin ilk aşamasında kullanılmaktadır. İlk bölümde kişisel ve mesleki sorular bulunur ve cinsiyet, doğum tarihi, çalışılan sektör, çalışılan kurum tipi, kurumdaki konum, mesleki yeterlilik ve yıllık gelir ile ilgili sorular yöneltilir. İkinci bölümde düşmanca davranışların tespitine yönelik sorular bulunur ve beşerî ilişkilere saldırılar, sistematik izolasyon, verilen görevlerdeki değişiklikler, itibara yönelik saldırılar, şiddet ve tehdit gibi düşmanca davranışlarla ilgili sorular yöneltilir. Üçüncü bölümde bu davranışların mağdur üzerindeki olumsuz etkilerinin araştırıldığı sorular bulunur ve mağdurun öz güveni ve öz saygısı, mobbinge bağlı hastalık belirtileri ve mobbing davranışlarının mağdurun aile hayatına yansımaları ile ilgili sorular yöneltilir.[28]

---

[25] EGE, *Soluzioni*, s. 2-4; EGE, *italienische Studie*, s. 245.
[26] EGE, *Assessing Workplace Bullying*, s. 45.
[27] EGE, *Assessing Workplace Bullying*, s. 45.
[28] EGE, *Soluzioni*, s. 12-13; EGE, *Assessing Workplace Bullying*, s. 45; ROMANO, C./DE GİOVANNI, L./ SANTORO, P. E./SPATARO, M.: "Rapporto tra mobbing e sindrome depressiva nella popolazione lavorativa femminile del terziario avanzato: dimensione del problema e strategie di prevenzione nella realtà Siciliana", *Giornale Italiano di Medicina del Lavoro ed Ergonomia,* C. 29, S. 3, 2007, s. 677; AIELLO, Antonio/DEITINGER, Patrizia/NARDELLA, Christian/BONAFEDE, Michela: "Uno strumento valutativo del rischio Mobbing nei Contesti organizzativi: La Scala 'Val.Mob.'", *Prevenzione Oggi,* C. 4, S. 3, 2008, s. 13; MAERAN, Roberta/MARCATI, Marco/DE FELICE, Massimo: "Unease in Organizations: A Study among Users of an Anti-Mobbing Window", *TPM: Testing, Psychometrics, Methodology in Applied Psychology,* C. 24, S. 4, 2017, s. 519.

Bu noktada Ege'nin ortaya koyduğu iki yeni kavrama ayrıca değinilmesinde yarar vardır. Söz konusu kavramlar "hızlı mobbing" ve "çifte mobbing" kavramlarıdır. Hızlı mobbing kavramı mobbingin varlığının tespiti için aranan en az altı aylık süre koşulu bazı olaylarda sağlanamasa dahi bu olaylarda mobbingin varlığına hükmedilebilmesine olanak sağlayan bir kavramdır. Öte yandan hızlı mobbingde de üç aylık bir süre koşulu vardır. Diğer bir deyişle bir olayda hızlı mobbingin var olup olmadığı, mobbing teşkil edebilecek davranışların en az üç ay en fazla altı süresince gerçekleştirilmesi durumunda araştırılabilecektir. Ayrıca hızlı mobbing durumunda gerçekleştirilen davranışların en az altı aylık sürenin arandığı mobbingdeki davranışlardan daha sık aralıklarla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.[29] Çifte mobbing kavramı ise mağdur iş yerinde maruz kaldığı davranışları ailesine anlattığında veya ailenin durumdan bir şekilde haberi olduğunda gündeme gelir. Durumdan haberdar olan aile mağdurun sorununa çözüm üretmeye ve mağduru teselli etmeye çabalar. Ancak ilerleyen süreçte bu çabalar sonuçsuz kalır ve mağdurun sorunları devam ederse aile bir süre sonra mağduru kendi hâline bırakır. Artık mağdur ailesinin desteğinden yoksundur. Ancak Ege'ye göre ailenin bu tutumu kasıtlı değildir. Zira bu durumdaki aile bireyleri mağdurun sorunlarından fazlasıyla bunalmıştır ve olumsuz durumdan korunmak amacıyla içgüdüsel olarak bu şekilde hareket etmektedir.[30]

II. MOBBİNG DAVRANIŞLARININ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA OLUŞTURABİLECEĞİ SUÇ TİPLERİ

Çalışmanın önceki sayfalarında da ifade edildiği üzere mobbing kavramı bir süreci ifade etmektedir. Bu süreç içerisinde gerçekleştirilen davranışların çeşitliliği nedeniyle farklı hukuki değerlerin ihlal edilmesi muhtemeldir. İhlal edilen hukuki değerlerin farklılığı ve bu değerlerin ihlal edilme şekli ise mobbing sürecindeki davranışların birden fazla farklı suçu oluşturmasına yol açabilir. Bu başlık altında söz konusu suçlara ihlal edilen hukuki değerler özelinde değinilecektir.

A. Kasten Yaralama

TCK'nin 86. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçuyla korunan hukuki değer kişilerin vücut dokunulmazlığı ve bedensel ve ruhsal sağlıklarıdır. Kanun'un 87. maddesindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya ve 88. maddesindeki ihmali davranışla gerçekleştirilen kasten yaralamaya ilişkin hükümlerle de aynı hukuki değer korunmaktadır. Öte yandan mobbing davranışlarının mağdurda öncelikle psikolojik rahatsızlıklara neden olduğu ve ilerleyen süreçte ise bedensel rahatsızlıkların da ortaya çıkabildiği bilinmektedir. Bu bağlamda örneğin mobbing uygulama amacıyla amirin, çalışanına karşı sürekli olarak kırıcı ve sert sözler sarf etmesi 86. madde kapsamında kasten yaralama suçunu oluşturabilir. Benzer şekilde, mobbing uygulama amacıyla gerçekleştirilen davranışlar sonucunda mağdur diyabet hastası olur ve davranışlar ile hastalığın oluşması arasında illiyet bağı kurulabilirse 87. madde kapsamında mobbing uygulayıcısına ceza verilebilir. Bundan başka, mobbing uygulayıcılarının mağdurun meslektaşları olduğu

[29] EGE, *Soluzioni*, s. 12; STANZIANI, Giada: "Valutazione del danno da mobbing ed evoluzione giuridica del fenomeno", <https://aipgitalia.org/wp-content/uploads/2010/02/Stanziani_Giada_Tesina_AIPG9.pdf> s.e.t. 23.05.2023, s. 7; ESCOBAR PÉREZ, Billy/FERNÁNDEZ M., Mónica L.: "Mobbing: acoso moral o psicológico en el trabajo", *Verba Iuris,* C. -, S. 28, 2012, s. 141; EGE, Harald: Straining: Eine subtile Art von Mobbing, Vandenhoeck und Ruprecht, 1. Baskı, Göttingen 2014, s. 74 (*Straining*).

[30] EGE, *Soluzioni*, s. 6-7; EGE, *Straining*, s. 89; STANZIANI, s. 6; ESCOBAR PÉREZ/FERNÁNDEZ M., s. 140-141.

ve bu durumdan haberdar olan amirinin, kasıtlı olarak, mobbingi önlemeye yönelik herhangi bir davranışta bulunmadığı durumda 88. madde dolayısıyla amirin cezalandırılması mümkün olabilir.

B. Taksirle Yaralama

TCK'nin 89. maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçuyla korunan hukuki değer kişilerin vücut dokunulmazlığı ve bedensel ve ruhsal sağlıklarıdır. Belirtmek gerekir ki mobbing hareketleri kavramsal çerçevesi gereğince kural olarak kasten gerçekleştirilebilirler. Başka bir deyişle, mobbing davranışlarının olası sonuçları bilinerek ve bu sonuçların gerçekleşmesi istenilerek hareket edilmesi gerekir. Öte yandan mobbing sürecine dâhil olan herkesin ayrı ayrı kasten hareket etmesinin beklenmesi hakkaniyetli sonuçlar vermeyebilir. Zira önceki başlık altında verilen son örneğe benzer bir olayda, amirin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, kastı olmaksızın, mobbingi önlemek için herhangi bir davranışta bulunmaması ya da aldığı bir kararla farkında olmadan mobbing sürecine katkıda bulunması da muhtemeldir. Kanaatimizce, iş yerinde üst konumda bulunan kişilerin mobbing sürecine bir anlamda izleyici olarak katıldıkları bu gibi olaylarda söz konusu kişilerin taksirle yaralama suçunu işleyip işlemedikleri ayrıca araştırılmalıdır. Zira her ne kadar mobbing davranışlarının kural olarak kasten gerçekleştirilmesi gerekse de iş yerinde üst konumda bulunan kişilerin mobbing sürecine yaklaşımları, sahip oldukları güç nedeniyle, mağdurda mobbing davranışlarının bıraktığı olumsuz etkiden daha fazla olumsuz etki bırakabilecek potansiyele sahiptir.

C. İşkence

TCK'nin 94. maddesinde düzenlenen işkence suçuyla korunan hukuki değer karma niteliklidir. Aynı şekilde, 95. maddede düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunda korunan hukuki değer de bu niteliktedir. İnsan onuru, irade serbestisi, vücut dokunulmazlığı ve beden ve ruh sağlığı bu suçla korunan hukuki değerlere örnek olarak verilebilir. Mobbing sürecinde gerçekleştirilen çeşitli davranışların bir bütün olarak tüm bu hukuki değerleri ihlal etmesi mümkündür. Bundan başka, mobbing sürecindeki davranışlarda varlığı aranan sistematiklik unsurunun işkence suçunun varlığı için de arandığını belirtmek gerekir. Ancak her ne kadar mobbing teşkil eden işkence niteliğindeki davranışlar sistematik şekilde gerçekleştirilse de işkence suçuna dayanılarak mobbing uygulayıcılarına ceza verilebilmesi için söz konusu davranışlara iştirak eden kişilerden en az birinin kamu görevlisi olması gerekir. Bu bağlamda örneğin mobbing uygulama amacıyla sistematik olarak, mağdura hakaret edilmiş, tehdit niteliğinde sözler sarf edilmiş ve mağdur çalışma ortamından dışlanmış olsa da bu davranışlara katılanlardan en az biri kamu görevlisi olmadığı sürece mobbing uygulayıcılarının işkence suçu nedeniyle cezalandırılmaları mümkün olamayacaktır.

Ç. Eziyet

TCK'nin 96. maddesinde düzenlenen eziyet suçuyla korunan hukuki değer, işkence suçunda olduğu gibi, karma niteliklidir. İnsan onuru, irade serbestisi, vücut dokunulmazlığı ve beden ve ruh sağlığı bu suçla korunan hukuki değerler arasındadır. Bir önceki başlık altındaki açıklamalarda da belirtildiği üzere mobbing sürecindeki davranışların bir bütün olarak tüm bu hukuki değerleri ihlal etmesi mümkündür. Ayrıca işkence suçunda olduğu gibi eziyet suçunda da suç teşkil eden davranışların sistematik şekilde gerçekleştirilmesi

gerekmektedir. Bu yönüyle eziyet suçunda da mobbing sürecindeki davranışlarda varlığı aranan sistematiklik unsurunun varlığı aranmaktadır. Bu bağlamda bir önceki başlık atında verilen örnekteki mobbing uygulayıcılarının hiçbirinin kamu görevlisi olmadığı durumda eziyet suçu nedeniyle ceza verilmesi mümkün olabilecektir.

D. Cinsel Taciz

TCK'nin 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçuyla korunan hukuki değer kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Çalışana karşı gerçekleştirilen davranışlar hem mobbing uygulama amacıyla hem de cinsel bir amaçla gerçekleştirildiği takdirde cinsel taciz suçunun varlığı tartışmaya açılabilir. Örneğin amir, mobbing uygulama amacıyla çalışana karşı cinsel içerikli sözler sarf ederse cinsel taciz suçu oluşabilir.

E. Tehdit

TCK'nin 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçuyla korunan hukuki değer kişilerin huzur ve sükûnu, karar verme ve hareket etme hürriyetleridir. Mobbing uygulanan çalışanın söz konusu hukuki değerlerinin tehdit yoluyla ihlal edilmesi mümkündür. Örneğin amir mobbing uyguladığı çalışandan istifa etmesini ister ve istifa etmediği takdirde geçici görevlendirmelerle görev yerinin sürekli olarak değiştirileceğini bildirirse tehdit suçu nedeniyle cezalandırılabilir.

F. Şantaj

TCK'nin 107. maddesinde düzenlenen şantaj suçuyla korunan esas hukuki değer kişilerin irade serbestisidir. Mobbing uygulama amacıyla çalışana şantaj yapılarak söz konusu hukuki değer ihlal edilebilir. Örneğin küçülmeye gidecek bir şirketteki yönetici, işten çıkarmak istediği çalışana daha az ödeme yapmak için mobbing uygular ve çalışan istifa etmediği takdirde iş yerindeki bilgisayarında bulunan bazı özel fotoğrafların çalışanların bulunduğu yazışma gruplarında paylaşılacağını ifade ederse yönetici şantaj suçundan dolayı cezalandırılabilir.

G. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma

TCK'nin 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla korunan hukuki değer kişinin kendi isteği ve iradesi doğrultusunda hareket edebilme hürriyetidir. Mobbing uygulama amacıyla çalışan hürriyetinden yoksun bırakılarak söz konusu hukuki değer ihlal edilebilir. Örneğin diğer bütün çalışanların kartlarını okutarak doğrudan girebildikleri yerlere mobbing uygulanan çalışana kart verilmemesi veya verilen kartın söz konusu özelliğinin iptal edilmesi nedeniyle çalışanın bu yerlere giremediği durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun varlığı tartışılabilir.

Ğ. İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme

TCK'nin 115. maddesinde düzenlenen inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme suçuyla korunan hukuki değer inanç, düşünce ve kanaat hürriyetidir. Mobbing uygulama amacıyla çalışanın inanç, düşünce ve kanaat hürriyetini kullanması engellenerek söz konusu hukuki değerler ihlal edilebilir. Örneğin mobbing uygulama amacıyla ve tehdit yoluyla çalışanın dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini değiştirmesi için zorlanması durumunda inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme suçunun varlığı tartışılabilir.

H. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali

TCK'nin 117. maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuyla korunan hukuki değer iş ve çalışma hürriyetidir. Mobbing uygulama amacıyla çalışanın iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilebilir. Örneğin çalışana mobbing uygulama amacıyla, çalışanın daha önce kabul ettiği koşullardan başka koşullar altında sözleşme kabulüne işverence tehdit kullanılarak zorlanması durumunda iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun varlığı tartışılabilir.

I. Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi

TCK'nin 118. maddesinde düzenlenen sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçuyla korunan hukuki değer sendikal hakları kullanma hürriyetidir. Mobbing uygulama amacıyla sendikal hakların kullanılması engellenebilir. Örneğin işverenin çalışana mobbing uygulama amacıyla, çalışanı üyesi olduğu sendikanın faaliyetlerine katılmamaya zorlamak için tehdit etmesi durumunda sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun varlığı tartışılabilir.

İ. Nefret ve Ayrımcılık

TCK'nin 122. maddesinde düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçuyla korunan hukuki değerin esas olarak kanun önünde eşitlik ilkesi olduğu söylenebilir. Mobbing uygulama amacıyla nefret ve ayrımcılık suçu işlenebilir. Örneğin mobbing uygulama amacıyla ve siyasi düşünce farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle, çalışanın iş yerindeki kantinden alışveriş yapması işveren tarafından engellenirse nefret ve ayrımcılık suçunun varlığı tartışılabilir.

J. Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma

TCK'nin 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçuyla korunan hukuki değer kişilerin psikolojik sükûn içinde yaşama hakkıdır. Mobbing uygulama amacıyla çalışanın huzur ve sükûnu bozulabilir. Örneğin mobbing uygulanan çalışanın duyabileceği şekilde, diğer çalışanlarca ısrarla gürültü yapılması durumunda bu davranış başka herhangi bir suç tipi içerisinde değerlendirilemeyecekse, davranışlar sırf huzur ve sükûnu bozma amacıyla gerçekleştirildiyse, mobbing uygulayıcılarının bu madde kapsamında cezalandırılmaları mümkün olabilecektir.

K. Israrlı Takip

TCK'nin 123/A maddesinde düzenlenen ısrarlı takip suçuyla korunan hukuki değer kişilerin psikolojik sükûn içinde yaşama hakkıdır. Mobbing uygulama amacıyla çalışan ısrarlı şekilde takip edilebilir. Örneğin mobbing uygulanan çalışanın, camdan duvarları olan perdesiz bir odada amiri tarafından çalışmaya zorlanarak göz hapsine alınması durumunda ısrarlı takip suçunun varlığı tartışılabilir.

L. Hakaret

TCK'nin 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçuyla korunan hukuki değer kişilerin şerefi, haysiyeti ve namusudur. Mobbing uygulama amacıyla hakaret suçu işlenebilir. Örneğin mobbing uygulanan çalışana amiri tarafından devamlı olarak beceriksiz, tembel, işe yaramaz gibi sözler sarf edilmesi durumunda amir hakaret suçundan dolayı cezalandırılabilir.

M. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal

TCK'nin 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuyla korunan hukuki değer özel hayat ve hayatın gizli alanıdır. Mobbing uygulama amacıyla çalışanın haberleşmelerinin gizliliği ihlal edilebilir. Örneğin bir çalışan mobbing uygulanan çalışanla kendi arasında geçen yazışmaların ekran görüntülerini alır ve bu görüntüleri başka çalışanların da bulunduğu yazışma gruplarında izinsiz olarak paylaşırsa haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun varlığı tartışılabilir.

N. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması

TCK'nin 133. maddesinde düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçuyla korunan hukuki değer özel hayat ve hayatın gizli alanıdır. Mobbing uygulama amacıyla çalışan ile başka kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması mümkündür. Örneğin bir çalışanın başka bir çalışanla amiri hakkında yaptığı konuşmanın diğer bir çalışan tarafından mobbing uygulama amacıyla gizlice kayda alınması durumunda kayıt alan çalışan bu madde kapsamında cezalandırılabilir.

O. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal

TCK'nin 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçuyla korunan hukuki değer özel hayat ve hayatın gizli alanıdır. Mobbing uygulama amacıyla çalışanın özel hayatının gizliliği ihlal edilebilir. Örneğin amir tarafından mobbing uygulanan çalışanın odasına gizlice kamera yerleştirildiği ve çalışanın görüntülerinin kayda alındığı durumda amir bu madde kapsamında cezalandırılabilir.

Ö. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi

TCK'nin 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçuyla korunan hukuki değer özel hayat ve hayatın gizli alanıdır. Mobbing uygulama amacıyla çalışanın kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydedilebilir. Örneğin amir mobbing uygulama amacıyla çalışanın sendikal bağlantılarına dair kişisel verilerini hukuka aykırı olarak kaydederse bu suçun varlığı tartışılabilir.

P. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme

TCK'nin 136. maddesinde düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçuyla korunan hukuki değer özel hayat ve hayatın gizli alanıdır. Mobbing uygulama amacıyla çalışanın kişisel verileri hukuka aykırı olarak başka bir kimseye verilebilir, yayılabilir veya söz konusu veriler hukuka aykırı olarak ele geçirilebilir. Örneğin bir çalışan iş yerindeki başka bir çalışana mobbing uygulama amacıyla bu çalışanın sendikal bağlantılarına dair kişisel verilerini hukuka aykırı olarak amirine verirse bu suçun varlığı tartışılabilir.

R. Verileri Yok Etmeme

TCK'nin 138. maddesinde düzenlenen verileri yok etmeme suçuyla korunan hukuki değer özel hayat ve hayatın gizli alanıdır. Mobbing uygulama amacıyla, çalışanın hukuka uygun olarak kaydedilmiş kişisel verileri hukuka aykırı olarak yok edilmeyebilir. Örneğin iş yerindeki çalışanların kişisel verilerinin kaydından sorumlu olan personelin bir çalışanın bazı kişisel verilerini sistem içinde yok etmesi gerektiği hâlde söz konusu verileri mobbing uygulama amacıyla yok etmemesi durumunda bu suçun varlığı tartışılabilir.

S. Görevi Kötüye Kullanma

TCK'nin 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçuyla korunan hukuki değer kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişidir. Mobbing uygulama amacıyla söz konusu hukuki değer ihlal edilebilir. Örneğin bir kamu görevlisine aynı iş yerindeki bir başka çalışana mobbing uygulandığına dair şikâyette bulunulduğu durumda bu kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı olarak ve mobbing uygulama amacıyla şikâyeti amirlerine bildirmeyebilir. Bu ihtimalde, kamu görevlisinin şikâyeti amirlerine bildirmeme davranışı başka bir suçu oluşturmaz ve mobbing uygulanan çalışan bu davranış nedeniyle mağduriyet yaşarsa şikâyeti bildirmeyen kamu görevlisi bu madde kapsamında cezalandırılabilir.

III. TÜRK CEZA HUKUKU MEVZUATINDA MOBBİNG SUÇ TİPİNİN OLUŞTURULMASI GEREKTİĞİ YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER

Türk ceza hukuku mevzuatında mobbing suç tipinin oluşturulmasının mobbingle daha etkili mücadele edilebilmesini sağlayacağı yönündeki görüşler temel olarak üç başlık altında toplanabilir. Bu başlıklar şunlardır: Kanun'daki suç tiplerinin mobbingle mücadelede yetersiz olması, belirlilik ilkesi gereğince mobbing suç tipinin oluşturulmasının gerekmesi, Kanun'daki suç tipleri mobbingle mücadelede yeterli olmakla birlikte mobbing suç tipinin oluşturulmasıyla caydırıcılığın arttırılabilecek olması. Bu başlık altında söz konusu görüşler ceza hukukunun temel ilkeleri ve Kanun'un 1. maddesinde belirtilen "kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek" şeklindeki amaçlar çerçevesinde açıklanacaktır.

A. Kanundaki Suç Tiplerinin Mobbingle Mücadelede Yetersiz Olması

Bu görüşün temel dayanağını mobbing davranışlarının yalnızca Kanun'da belirtilen herhangi bir suç tipi kapsamında değerlendirilebildiği takdirde cezalandırılabiliyor olması oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle mobbingin kavramsal olarak var olduğu fakat Kanun'un herhangi bir maddesindeki tipikliğin sağlanamadığı olaylarda mobbing davranışlarının cezasız kalması nedeniyle Kanun'un mobbingle mücadelede yetersiz kaldığı savunulmaktadır. Öte yandan mobbing davranışlarının cezalandırıldığı olaylarda dahi söz konusu davranışları gerçekleştiren kişilerin aslında mobbing uygulama amacının veya kastının cezalandırılmadığı iddia edilmektedir. Bu gibi hâllerde Kanun'daki suç tipinde ifade edilen kastın esas olarak cezalandırıldığı öne sürülmektedir.

Kanaatimizce bu görüşe dayanılarak mobbing suç tipinin oluşturulmasının gerektiğinin savunulması, özellikle, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ve Kanun'un amaçları arasında yer alan kişi haklarını ve özgürlüklerini koruma amacının daha da somutlaştırılmasına yardımcı olmaktadır.

B. Belirlilik İlkesi Gereğince Mobbing Suç Tipinin Oluşturulmasının Gerekmesi

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak gösterilebilen belirlilik ilkesi gereğince suç ve ceza hükmü içeren madde metinlerinin olabildiğince açık ve net olması gerekmektedir. Zira açık ve net ifadelerin yer almadığı madde metinlerinde, maddenin düzenleniş amacının dışına çıkılarak madde ile cezalandırılması amaçlanmayan davranışların cezalandırılması, verilmesi amaçlanmayan cezaların

verilmesi mümkün hâle gelebilir. Bu ilke gereğince mobbing suç tipinin oluşturulmasının gerektiği düşüncesinin temelini de bahsolunan bu durum oluşturmaktadır. Bu görüşte olanlara göre, mobbingin suç olarak Kanun'da yer almadığı mevcut durumda kişiler hangi mobbing davranışlarının cezaya layık görülen mobbing davranışları arasında yer aldığını bilememektedir. Benzer şekilde hangi mobbing davranışları gerçekleştirilirse hangi aralıktaki cezanın verilebileceği konusunda da netlik bulunmamaktadır. Zira mobbing sürecinde çok çeşitli davranışlar gerçekleştirilebilir ve Kanun'da ise bu davranışlar bütününden hangilerinin suç teşkil eden mobbing davranışını oluşturduğu belirtilmemektedir.

Kanaatimizce bu görüşe dayanılarak mobbing suç tipinin oluşturulmasının gerektiğinin savunulması, özellikle, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olan belirlilik ilkesinin ve Kanun'un amaçları arasında yer alan suç işlenmesini önlemek amacının daha da somutlaştırılmasına yardımcı olmaktadır.

C. Kanundaki Suç Tipleri Mobbingle Mücadelede Yeterli Olmakla Birlikte Mobbing Suç Tipinin Oluşturulmasıyla Caydırıcılığın Arttırılabilecek Olması

Bu görüşte olanlara göre Kanun'daki suç tipleri mobbingle mücadelede yeterli olmakla birlikte mobbing suç tipinin oluşturulmasıyla öngörülecek ceza dolayısıyla caydırıcılık arttırılabilecektir. Böylelikle mobbingle daha etkili mücadele edilebilecektir.

Kanaatimizce bu görüşe dayanılarak mobbing suç tipinin oluşturulmasının gerektiğinin savunulması hem ceza hukukunun temel ilkelerinden olan hem de Kanun'un amaçları arasında korunması gerektiği belirtilen hukuk devletinin daha da somutlaştırılmasına ve daha özelde ise suç işlenmesinin önlenmesine yardımcı olmaktadır.

SONUÇ

Mobbing sosyolojik yönü olan bir kavram olması dolayısıyla her toplumda o toplumun yapısına göre şekillenmiştir. Bu bağlamda mobbing davranışlarının tanımı ve sonuçları da ülkeden ülkeye farklılaşabilmiştir. Her ne kadar dünya üzerinde tek bir mobbing tanımı ve terimi olmasa da kavramı bir sistem içerisinde inceleyerek kavrama sınırlar çizen araştırmacılar var olmuştur. Söz konusu araştırmacılardan olan Psikolog Heinz Leymann'ın ve Psikolog Harald Ege'nin mobbing tanımlarından ve modellerinden mobbing kavramına dair çıkarılabilecek üç temel sonuç vardır. Bu sonuçlar şunlardır: mobbing bir süreci ifade eder, süreç içerisinde çok çeşitli davranışlar yoluyla mobbing uygulanan kişi bezdirilmeye çalışılır, bu davranışlar sistematik şekilde gerçekleştirilir. Bu nedenle mobbing sürecindeki davranışlara bir bütün olarak bakılması gerekir. Diğer bir deyişle süreç içerisinde gerçekleştirilen her bir davranışın ayrı ayrı elle alınması hakkaniyete aykırı sonuçlar verebilir. Nitekim Kanun'da işkence ve eziyet suçlarına ayrıca yer verilmesinin nedenleri arasında da bu düşünce bulunmaktadır. Bu yönüyle mobbing kavramının eziyet ve işkence kavramlarına benzetilmesi mümkündür. Benzer şekilde, Kanun'daki suç tipleri arasından mobbing sürecindeki davranışlarla en çok örtüşen davranışları içerisinde barındıran suç tiplerinin söz konusu iki suç tipi olduğu söylenebilir. Bununla beraber, Türk ceza hukuku mevzuatında mobbing suç tipinin oluşturulmasının mobbingle daha etkili mücadele edilebilmesini sağlayacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır. Gerek mobbingin kavramsal olarak var olduğu fakat mobbing davranışlarının

herhangi bir suç tipi içerisinde değerlendirilememesi nedeniyle cezasız kalabildiği durumlar gerek hangi mobbing davranışlarının suç teşkil edebileceğinin mevcut durumdaki belirsizliği gerekse mobbing suç tipinin oluşturulmasıyla caydırıcılığının arttırılabilecek olması düşüncesi bu görüşlerin dayanağını oluşturmaktadır.

Kaynakça

ADAMS, Andrea: "The Standard Guide to Confronting Bullying at Work", *Nursing Standard,* C. 7, S. 10, 1992, s. 44-46.

AIELLO, Antonio/DEITINGER, Patrizia/NARDELLA, Christian/BONAFEDE, Michela: "Uno strumento valutativo del rischio Mobbing nei Contesti organizzativi: La Scala 'Val.Mob.'", *Prevenzione Oggi,* C. 4, S. 3, 2008, s. 9-26.

DURNIAT, Katarzyna: "Mobbing as Psychopathology of Personality and Pathology of Organization", *Polish Journal of Applied Psychology,* C. 8, S. 2, 2010, s. 41-65.

EGE, Harald: "Mobbing, Straining, Stalking Prevenzione, Strategie, Soluzioni", <https://www.snalsbrindisi.it/documenti/doc/MOBBING_STRAINING_STALKING.pdf>, s.e.t. 23.05.2023. (*Soluzioni*)

EGE, Harald: "Assessing Workplace Bullying for the Juridical Claim for Damages: An Empirical Method of Acknowledgement", *The Fourth International Conference on Bullying and Harassment in the Workplace, 28-29 Haziran 2004, Bergen,* Editörler: Ståle EINARSEN/Morten Birkeland NIELSEN, 2004. (*Assessing Workplace Bullying*)

EGE, Harald: "Über den Zusammenhang zwischen Mobbing/Arbeitsplatzkonflikten und dem posttraumatischen Verbitterungssyndrom (PTED): Eine empirische italienische Studie", *Psychosom Konsiliarpsychiatr,* C. 2, S. -, 2008, s. 244-247. (*italienische Studie*)

EGE, Harald: "Different Typologies of Workplace Conflict and Their Connections with Post Traumatic Embitterment Disorder (PTED)", *Health*, C. 2, S. 3, 2010, s. 234-236. (*Different Typologies*)

EGE, Harald: Straining: Eine subtile Art von Mobbing, Vandenhoeck und Ruprecht, 1. Baskı, Göttingen 2014. (*Straining*)

EINARSEN, Ståle/HOEL, Helge/ZAPF, Dieter/COOPER, Cary L.: "The Concept of Bullying and Harassment at Work: The European Tradition", *Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research, and Practice,* Editörler: Ståle EINARSEN/ Helge HOEL/ Dieter ZAPF/ Cary L. COOPER, CRC Press, 2. Baskı, Boca Raton 2011.

ESCOBAR PÉREZ, Billy/FERNÁNDEZ M., Mónica L.: "Mobbing: acoso moral o psicológico en el trabajo", *Verba Iuris,* C. -, S. 28, 2012, s. 135-151.

LEROUGE, Loïc: "Workplace Bullying and Harassment in France and Few Comparisons with Belgium: A Legal Perspective", *The International Seminar on Workplace Bullying and Harassment, 27-28 Şubat 2013, Tokyo,* Editör: The Japan Institute for Labour Policy and Training, 2013.

LEROUGE, Loïc/NAITO, Shino: "Bullying and Law in Japan", *Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law,* Editör: Loïc LEROUGE, Springer, 1. Baskı, Cham 2017.

LEYMANN, Heinz: "Mobbing and Psychological Terror at Workplaces", *Violence and Victims Journal,* C. 5, S. 2, 1990, s. 119-126. (*Mobbing and Psychological Terror*)

LEYMANN, Heinz: Från mobbning till utslagning i arbetslivet, -, - Baskı, Stockholm 1992 (İngilizceye Çeviren: Sue BAXTER, Workplace Mobbing as Psychological Terrorism: How Groups Eliminate Unwanted Members, Edwin Mellen Press, - Baskı, - 2010 (İngilizceden İspanyolcaya Çeviren: Sergio Navarrete VÁZQUEZ, Mobbing en el lugar de Trabajo como Terrorismo Psicológico: Cómo los Grupos Eliminan a los Miembros Indeseados, Edwin Mellen Press, - Baskı, - 2017)). (*Mobbning till utslagning*)

LEYMANN, Heinz: "Ätiologie und Häufigkeit von Mobbing am Arbeitsplatz - eine Übersicht über die bisherige Forschung", *German Journal of Human Resource Management: Zeitschrift für Personalforschung,* C. 7, S. 2, 1993, s. 271-284. (*Ätiologie und Häufigkeit*)

LEYMANN, Heinz/GUSTAFSSON, Annelie: "Mobbing at Work and the Development of Post-traumatic Stress Disorders", *European Journal of Work and Organizational Psychology,* C. 5, S. 2, 1996, s. 251-275. (*Post-traumatic Stress Disorders*)

LEYMANN, Heinz: "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology,* C. 5, S. 2, 1996, s. 165-184. (*Content and Development*)

LEYMANN, Heinz/GUSTAFSSON, Annelie: Självmordfabriken: Om de stora risker som sjuksköterskor utsätts för I arbetslivet, Norstedts Juridik, - Baskı, Stockholm 1998 (Çeviren: Sue BAXTER, Why Nurses Commit Suicide: Mobbing in Health Care Institutions, Edwin Mellen Press, 1. Baskı, Lewiston 2014). (*Självmordfabriken*)

MADİ, Nil/CANKARDAŞ, Sinem/TINAZ, Pınar: "Mobbing, Workplace Incivility, and Work-Related Stalking: Comparison in Content and Effects", *Pearson Journal of Social Sciences and Humanities,* C. 6, S. 6, 2020, s. 307-316.

MAERAN, Roberta/MARCATI, Marco/DE FELICE, Massimo: "Unease in Organizations: A Study among Users of an Anti-Mobbing Window", *TPM: Testing, Psychometrics, Methodology in Applied Psychology,* C. 24, S. 4, 2017, s. 515-525.

NAMIE, Gary/NAMIE, Ruth: "U.S. Workplace Bullying: Some Basic Considerations and Consultation Interventions", *Consulting Psychology Journal: Practice and Research,* C. 61, S. 3, 2009, s. 202-219.

ROBERTS, Glenda S.: "'Power Harassment' and the Workplace Environment in Japan: The Evolution of the Concept Amidst Uncertain Times", *Journal of Asia-Pacific Studies (Waseda University),* C. 22, S. -, 2014, s. 21-35.

ROMANO, C./DE GİOVANNI, L./ SANTORO, P. E./SPATARO, M.: “Rapporto tra mobbing e sindrome depressiva nella popolazione lavorativa femminile del terziario avanzato: dimensione del problema e strategie di prevenzione nella realtà Siciliana”, *Giornale Italiano di Medicina del Lavoro ed Ergonomia,* C. 29, S. 3, 2007, s. 675-678.

SILVA, Rui/SIMÕES, Margarida/MONTEIRO, Ana Paula/DIAS, António: “Leymann Inventory of Psychological Terror Scale: Development and Validation for Portuguese Accounting Professionals”, *Economies,* 2021, <https://doi.org/10.3390/economies9030094>, s.e.t. 23.05.2023.

STANZIANI, Giada: “Valutazione del danno da mobbing ed evoluzione giuridica del fenomeno”, <https://aipgitalia.org/wp-content/uploads/2010/02/Stanziani_Giada_Tesina_AIPG9.pdf> s.e.t. 23.05.2023.

TADA, Noriko: “Experience From Japan”, *Journal of the International Ombudsman Association,* C. 3, S. 2, 2010, s. 57-59.

<https://sozluk.gov.tr/>, “mobbing”, “bezdiri”, s.e.t. 23.05.2023.

<https://www.mariefrance-hirigoyen.com/en/book/que-sais-je-le-harcelement-moral-au-travail-2/>, s.e.t. 23.05.2023.

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/mob_1>, “mob”, s.e.t. 23.05.2023.

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/mob_2>, “mob”, s.e.t. 23.05.2023.

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN DIŞ SINIRLARININ KORUNMASI: FRONTEX OPERASYONLARININ MEŞRULAŞTIRILMASI

Doç. Dr. Tülay Yıldırım Mat*

ÖZET

Frontex (AB Üye Ülkelerinin Dış Sınırlarının Yönetimi İçin Operasyonel İşbirliği Ajansı), 11 Eylül saldırıları sonrasında terörizm, güvenlik, göç ve sınırlar arasında kurulan "güvenlikleştirici" bağlantıların ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Avrupa Birliği Konseyi tarafından 26 Ekim 2004 tarihinde kurulan Frontex, Avrupa Birliği'nin dış sınırlarının güvenliğini yönetmekten ve korumaktan sorumlu ajansıdır. Ajansın sınır kontrolleri, AB'nin deniz, kara ve hava sahasının sınır geçiş noktalarında yapılmaktadır. Bu kontrollere ek olarak, Frontex operasyonlarında görevlendirilen sınır muhafızları, kara ve deniz sınırları boyunca sınır gözetimi yapmaktadır. Zaman içinde FRONTEX, bütçesi, yetkisi ve gücü bakımından büyüyerek kendi başına operasyonel bir ajans haline geldi. Aynı zamanda en başından beri önemli bir istihbarat işlevine de sahiptir: risk analizi. Risk analizi, tüm Frontex faaliyetleri için başlangıç noktasıdır. Frontex'teki risk analizi, riski, tehdit ve güvenlik açığı olarak tanımlayan ortak entegre risk analizi modeline dayalıdır. 2015 öncesi dönemde, Frontex neredeyse hiçbir ulusüstü güce sahip olmayan bir koordinasyon kurumuydu. Risk analizi, kurumun merkezi bir göreviydi, ancak büyük ölçüde dış risklere ve faktörlere yönelikti. 2015 mülteci krizi ile risk analizi üye devletlerin güvenlik açığı üzerinden değerlendirilmiştir. 2015 Mülteci krizi sonrasında Frontex, Avrupa güvenliğinin temel koruyucusu haline geldi. Kurulduğu günden bu güne Frontex'in faaliyetleri, işlevsellik ve meşruluk ikileminde kalarak tartışmalı olmuştur. Bu bildiri, üye devletlerin güç ve egemenlik devretme konusunda isteksiz oldukları bir alanda faaliyet gösteren FRONTEX'İN, kurulduğu günden bu yana denetim ve yürütme gücünü uluslararası alanda nasıl meşrulaştırdığını inceliyor.

Anahtar Kelimeler; FRONTEX, Avrupa Birliği, Sınırların Korunması, Deniz Operasyonları, Dış Sınırlar.

PROTECTING THE EXTERNAL BORDERS OF THE EUROPEAN UNION:

LEGITIMIZING FRONTEX OPERATIONS

ABSTRACT

FRONTEX (Agency for Operational Cooperation for the Management of the External Borders of the EU Member States) emerged as a product of the "securitizing" links between terrorism, security, migration and borders in the aftermath of the 9/11 attacks. Established by the Council of the European Union on October 26, 2004, FRONTEX is the agency responsible for managing and protecting the security of the

* İzmir Katip Çelebi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, E-mail: tulay.yildirim.mat@ikc.edu.tr Telefon: 05530581688 ORCID ID: 0000-0002-3035-9693.

European Union's external borders. The agency's border controls are carried out at border crossing points of the EU's maritime, land and air space. In addition to these controls, border guards deployed in FRONTEX operations conduct border surveillance along land and sea borders. Over time, FRONTEX has grown in budget, mandate and power to become an operational agency in its own right. It has also had an important intelligence function from the very beginning: risk analysis. Risk analysis is the starting point for all FRONTEX activities. Risk analysis in FRONTEX is based on the common integrated risk analysis model, which defines risk as threat and vulnerability. In the pre-2015 period, FRONTEX was a coordination agency with almost no supranational powers. Risk analysis was a central task of the institution, but was largely oriented towards external risks and factors. With the 2015 refugee crisis, risk analysis was assessed through the vulnerability of member states. After the 2015 refugee crisis, FRONTEX became the main guardian of European security. Since its inception, FRONTEX's activities have been controversial, caught in the dilemma of functionality and legitimacy. This paper examines how FRONTEX, operating in an area where member states are reluctant to cede power and sovereignty, has legitimized its control and enforcement power internationally since its inception.

Keywords: FRONTEX, European Union, Border Protection, Maritime Operations, External Borders

GİRİŞ

1980'lerde beş Üye Devlet (Belçika, Fransa, Almanya, Lüksemburg ve Hollanda) ortak bir serbest dolaşım alanı - iç sınırları olmayan bir bölge - yaratmaya karar vermiştir. 1985'te Lüksemburg'da Schengen adlı küçük bir kasabada ilk anlaşmayı imzalamışlardır. Bu anlaşmayı 1990'da Schengen Anlaşmasını uygulayan bir Konvansiyon izledi. 1995 yılında, kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı bir bölge olan "Schengen bölgesi" yürürlüğe girdiğinde, iç sınırlardaki kontroller kaldırılmıştır ve tek bir dış sınır oluşturulmuştur. Yavaş yavaş sınır kontrolü, vize ve sığınma hakkını düzenleyen kurallar tüm Schengen ülkeleri için ortak hale gelmiştir[1].

Schengen Antlaşması ile AB devletlerinin iç sınırlarını kaldırması nedeniyle dış sınırların korunması ve giriş çıkışların kontrolü noktasında ortak hareket etme zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Frontex, AB'nin dış sınırlarındaki güvenliği artırma ihtiyacı nedeniyle 1999 yılında tartışılmaya başlanmıştır. Frontex ile AB üyesi devletler arasında birlikte sınır kontrolü yapma ve sınır güvenliğini sağlama amacı güdülmüştür. 1999'da Amsterdam Antlaşması'nın imzalanmasıyla sınır güvenliği hükümetler arası işbirliği çerçevesine dâhil edilmiştir[2]. 1999'dan bu yana Avrupa Adalet ve İçişleri Konseyi, göç, iltica ve güvenlik alanlarında işbirliğini güçlendirmeye yönelik birkaç adım daha atmıştır. Sınır yönetimi alanında, Dış Sınır Uygulayıcıları Ortak Birimi kurulmuştur. Ortak Birim, Geçici Merkezlerin Sınır Kontrolüne ilişkin ulusal projelerini

[1] Köktaş, Arif, "Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı", Avrupa Birliği: Tarihçe, Teori, Kurumlar ve Politikalar, (der. Akçay, vd.), 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, 491-524, B. Akçay, vd.), 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.499.
[2] Köktaş, s.502

koordine etmiştir[3]. Görevleri, AB çapındaki pilot projeleri denetlemek ve sınır yönetimiyle ilgili ortak operasyonları uygulamaktır.

"Geçici" merkezlerin kurulmasından iki yıl sonra Avrupa Konseyi bir adım daha ileri gitmeye karar vermiştir. Ortak Birimin çalışma yöntemlerini geliştirmek amacıyla, 26 Ekim 2004 tarih ve (EC) 2007/2004 sayılı Konsey Tüzüğü ile "Avrupa Birliği Üye Ülkelerinin Dış Sınırlarının Yönetimi için Operasyonel İşbirliği Ajansı" ya da kısaca Frontex (Fransızca "frontières extèrieures"ün kısaltması) olarak bilinen Avrupa Birliği Sınır Güvenliği Birimi kurulmuştur. Frontex, AB güvenlik odaklı ortak göç politikalarının hayatı geçirilmesindeki en önemli araç olarak karşımıza çıkmaktadır[4]. Bu Yönetmelik, Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı Frontex'i kuran 14 Eylül 2016 tarihli (AB) 2016/1624 sayılı Yönetmelik[5] ile yürürlükten kaldırılmıştır. En son değişiklik, Avrupa Sınır ve Sahil Güvenliğine ilişkin 13 Kasım 2019 tarihli (AB) 2019/1896 sayılı Yönetmeliğin (OJ L 295, 14.11.2019, s. 1) yürürlüğe girmesiyle gerçekleşmiştir. Frontex, sınır güvenliğini ve göçle mücadeleyi daha etkili hale getirmek için üye ülkeler arasında iş birliği yaparak sınır kontrollerinin ve göç süreçlerinin yönetmek, özellikle son süreçte göç akımlarının evrilmesiyle denizlerde operasyonel desteğin sağlanmasını da koordine etmek amacıyla oluşturulmuştur.

Frontex çerçevesinde yürütülen operasyonların hem AB Üye Ülkeleri içerisinde tartışılması hem de diğer ülkeler nezdinde tartışılması Frontex'i tartışmalı hale getirmiştir. Üye Ülkeler, Frontex bünyesinde gerçekleştirilecek operasyonları ya da Ajansın artan yetkilerini kolay kabul edememişlerdir. Bildiride Frontex'in görev ve faaliyetlerinin hem üye devletler nezdinde hem de uluslararası alanda nasıl yasal bir zemine oturtulduğu tartışılmaktadır. İlk bölümde üye devletlerin sınırları üzerindeki yetkilerini hangi yasal zemine dayandırarak Ajansa devrettiği konusu incelenecektir. İkinci bölümde ise Frontex'in faaliyetlerinin uluslararası alanda nasıl meşrulaştırıldığı tartışılacaktır.

I. FRONTEX: GENEL ÇERÇEVESİ

Tarihsel bağlamda Frontex'in ortaya çıkışının temelinde, Avrupa'ya yönelen göç akışını kontrol altına almaya çalışan Avrupa Birliği'nin, güvenlik odaklı ortak göç politikası izlemesi olduğu söylenebilir. AB'nin güvenlik odaklı ortak göç politikası izlemesinin temelinde ise, Schengen Antlaşması ile başlayan süreçte üye devletler arasındaki iç sınırların kaldırılması dış sınırların daha iyi korunması gerekliliğini ortaya çıkarmış, AB çevresinde meydana gelen küresel gelişmeler sonucunda ortaya çıkan kitlesel göç hareketliliği ve bunun sonucu olarak sınırlar üzerindeki güvenlik kaygıları daha önce hiç olmadığı kadar öncelikli bir

[3] Fjortoft, Trym N. "More power, more control: The legitimizing role of expertise in Frontex after the refugee crisis." Regulation & Governance 16.2 (2022). s.559

[4] Kostakopoulou, Dora, "The Area of Freedom, Security and Justice and the Political Morality of Migration and Integration", A Right to Inclusion and Exclusion? Normative Fault Lives of the EU's Area of Freedom, Security and Justice, (der. H. Lindhal), Hart Publishing, Oxford, 2009, s.194.

[5] Council of the European Union (2016b) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Border and Coast Guard and Repealing Regulation (EC) No. 2007/2004, Regulation (EC) No. 863/2007 and Council Decision 2005/267/EC—Mandate for Negotiations. Council Document No. 7649/16. Council of the European Union, Brussels.

hale gelmesidir[6]. Özellikle soğuk savaşın sona ermesi ile göç biçimlerinin değişmesi, demir perdenin yıkılması ve 11 Eylül saldırılarından sonra terörle göçün bütünleşmesi, AB'nin sınırlarını koruma kararlılığını önemli ölçüde artırmıştır. 1980'li yıllardan sonra yaşanan gelişmeler sonrasında özellikle 2000'li yılların başında güvenlikleştirme uygulamaları artması ile göç tehdit olarak görülmeye başlanmış, AB devletlerinin ortak göç politikaları güvenlik odaklı olma yönünde ivme kazanmıştır[7].

Amsterdam Antlaşmasıyla AB vatandaşlarının serbest dolaşımdan faydalanabileceği bir "özgürlük, güvenlik ve adalet alanı" içinde yüksek seviyeli güvenlik oluşturulması hedefi ön plana çıkmıştır. Özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturulmak istenmesinin temel nedeni "dış sınır denetimleri, göç, sığınma ve suçla mücadele ve önlemeye ilişkin uygun tedbirler aracılığıyla, kişilerin serbest dolaşımının garanti altına alınarak, Birliği korumak ve geliştirmek" olarak belirtilmiştir[8]. Bu amaçla, Ekim 1999 tarihli Tampere Zirvesinde iltica politikasında işbirliği kararı alınarak Nice Antlaşmasıyla "Eurojust" hayata geçirilmiştir.

Daha sonra gerçekleşen Leaken Zirvesinde gündem maddelerinden bir tanesi de AB dış sınırlarının daha etkili bir şekilde korunmasıdır. Özellikle terörle mücadele, yasadışı göç ve insan kaçakçılığının önlenmesi adına dış sınır kontrollerinin tek elden sağlanması gerektiği vurgulanmış, bu konuda ortak bir sistem oluşturulması için Konsey ve Komisyonun çalışma hazırlaması talep edilmiştir[9]. Konsey ve Komisyon, 2002 yılında yayınladıkları bildiri ile "Dış sınır görevlileri ortak birimi" kurulması önerisinde bulunmuşlardır. Bu öneri kapsamında Avrupa Sınır Güvenliği adında bir yapı oluşturulması öngörülmüş, ancak bu da üye devletlerin sınır kontrollerine ilişkin egemenlik yetkilerini kaybetme endişeleri nedeniyle hayata geçirilememiştir.[10] Bunun üzerine Haziran 2002 Seville Zirve sonuç bildirgesinde oluşturulması düşünülen yapının adı Avrupa Sınır Polisi olarak değiştirilerek, ön çalışma yapılması kararlaştırılmıştır. Haziran 2003 tarihli Selanik zirvesinde dış sınırların korunması ve ortak idaresi önemini korumakta olup, dış sınırların korunması adına operasyonel bir yapı oluşturulması Zirve sonuç bildirgesinde yer almıştır. Bütün bunlardan yola çıkarak, Frontex'in oluşumu için hazırlanan taslak Tüzük 2004 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. 2007/2004 sayılı Tüzük m. 1 uyarınca Frontex'in kuruluş amacı gerek kişilerin serbest dolaşımı gerek özgürlük, güvenlik ve adalet alanı için dış sınır kontrolü ve gözetimi konusunda işbirliği yapılmasına duyulan gereklilik olarak özetlenebilir.

Bu amaçla, üye devlet sınır güvenlik otoritelerinin birlikte çalışmasına yardım ve AB dış sınırlarının idaresinin koordinasyonuna hizmet eden Frontex, ilk olarak 2007 yılında değişikliğe uğramıştır. 863/2007 sayılı Tüzük ile Acil Sınır Müdahale Ekipleri oluşturulması kabul edilirken, 2011 yılında yapılan ikinci bir değişiklikle dış sınırların entegre yönetiminin iyileştirilmesi ve üye devlet sınır kontrol otoriteleri arasındaki işbirliğinin arttırılması öngörülmüştür. Getirilen bu değişikliklerin özellikle göç politikası kapsamında yeterli olmadığı ve özellikle AB deniz sınırlarının tam anlamıyla kontrolünün gerçekleştirilememesi

[6] Kostakopoulou, s. 195.
[7] Bilgin, Aslı A. "Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex'in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi". Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 7(2017), s.73.
[8] Köktaş, s.509.
[9] Neal, Andrew. "Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of Frontex". Journal of Common Market Studies. 47.2(2009), s. 339.
[10] Neal, s.340.

nedeniyle deniz yoluyla Birliğe girmek isteyenlerin birçoğunun hayatını kaybetmesinin Frontex tüzüğünde değişiklik yapılması gereğini ortaya çıkardığı Parlamento tarafından Stockholm programına ilişkin ilke kararı kapsamında dile getirilmiştir[11]. Bu karar uyarınca, deniz sınırlarının güvenliğinin sağlanmasının önemi Birliğe girişleri engellemek değil, yaşanan bu ölümlerin önüne geçmek dolayısıyla temel insan hak ve özgürlüklerini korumak olarak ifade edilmiştir[12]. Frontex son olarak da 2016/1624 sayılı tüzük ile yürürlükten kaldırılarak ismi Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı olarak değiştirilmiş ve yetki alanları güçlendirilmiştir[13].

Frontex'in ana görevleri arasında AB üyesi devletler arasında iş birliğini sağlamak ve sınırların güvenliğini artırmak, ortak operasyonlar düzenlemek, sınır güvenliği ile ilgili istihbaratı toplamak ve analiz etmek, teknik yardım sağlamak, sınırların yönetiminde en iyi uygulamaları paylaşmak ve koordinasyonu sağlamak ve üye ülkelerin sınır koruma kapasitelerini güçlendirmek yer almaktadır. Frontex'in en önemli görevi üye devletler arasında koordineyi sağlamak olup teknik analizlerle ve topladığı istihbari verilerle yapılması muhtemel operasyonlara yön vermektedir. Bu bağlamda AB üye devletlerinin sığınmacılara yönelik düzenlediği tüm operasyonların temelinde Frontex uygulamaları yatmaktadır.

A. Üye Devletler Nezdinde Frontex'in Oluşumu ve Geliştirilmesi

Frontex'in işleyişini ve yetkilerini düzenleyen ana belge olan Frontex Yönetmeliği, zaman içinde değişikliklere tabi tutulmuş, 2011 yılında yapılan bir değişiklikle Frontex'e operasyonel yetki ve sorumluluklar verilerek üye devletlerin Frontex'e personel ve ekipman sağlaması teşvik edilmiştir. Sınır güvenliği kapsamında AB devletleri arasında iş birliği sağlayan Frontex kurumunun görevleri zaman içinde genişletilmiş, insan kaçakçılığı ve uyuşturucu kaçakçılığı gibi konuları da kapsayan bir yetkiye sahip olmuştur[14]. Ayrıca, her AB üyesi devlet, Frontex tarafından yürütülen operasyonlara katkıda bulunmak ve ülkelerinin sınır güvenliği politikalarını ve çıkarlarını temsil etmek üzere bir ulusal temsilci atamaktadır. Söz konusu temsilciler Frontex ile iş birliği yaparak operasyonlara katkı sağlar ve bilgi paylaşımında bulunur. Frontex, sınır güvenliğinin sağlanmasında görevli üye devlet personellerinin uzmanlaşması ve yeteneklerinin geliştirilmesi için birtakım çalışmalarda yapmakta olup bu anlamda uzman ve operasyonel personel istihdam etmektedir. Söz konusu personeller, sınır gözetimi, sınır kontrolü, sınır polisi işleri ve diğer ilgili alanlarda üye devletin personeline eğitim sağlamaktadır.

---

[11] Deleixhe M, Duez D. "The New European Border and Coast Guard Agency: Pooling Sovereignty or Giving it up? Journal of European Integration" 41.7(2019), s.926.

[12] Deleixhe ve Duez, s.927.

[13] Council of the European Union (2016b) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Border and Coast Guard and Repealing Regulation (EC) No. 2007/2004, Regulation (EC) No. 863/2007 and Council Decision 2005/267/EC—Mandate for Negotiations. Council Document No. 7649/16. Council of the European Union, Brussels.

[14] Kalkman, Jori Pascal. "Frontex: A literature review." International Migration 59.1 (2021), s. 171.

Frontex'in yetkilerinin ne kadar hızlı genişlediği dikkat çekicidir. Sınır kontrolü, tarihsel olarak egemen ulus devletin temel görevi olmuştur. Ulus devletin temel görevi olarak kabul edilen bir alanda merkezi bir AB kurumu fikri, çoğu üye devlet için kabul edilmesi zor bir durumdur[15]. Avrupa Birliği'ne üye devletler uzun süredir kendi sınırlarının kontrolünü uluslarüstü bir kuruma bırakma konusunda isteksiz davranmışlardır. Buna rağmen Avrupa Birliği (AB), Schengen Antlaşması ile oluşturduğu dış sınırlarının korunması ve göçmen akımını önlemek adına 26 Ekim 2004'te Frontex'i kurmuştur. 2016 düzenlemesinde iki yeni yetki verildi. İlk olarak, Frontex'e Güvenlik Açığı Değerlendirmeleri (Madde 13) şeklinde daha önce sahip olmadığı bir denetim gücü verildi. Ajans şimdi her üye devletin kapasitesi ve sınır açıkları hakkında yıllık bir değerlendirme yapmaktadır. İkinci olarak, Sözde müdahale hakkı(Madde 19) ile, bir üye devletin Frontex'in güvenlik açığı değerlendirmesi tavsiyelerine uymaması durumunda kurumun müdahale hakkı doğmaktadır. Sözde müdahale hakkı(Madde 19), Frontex'e, Schengen bölgesinin işleyişinin tehdit altında olması durumunda, Konsey kararına bağlı olarak, bir üye devlete sınır muhafızları gönderme yetkisi vermiştir.

1. 2015 Öncesi: Frontex'te risk analizinin rolü

Frontex'in oluşturulmasından önce, Avrupa sınır kontrol mekanizmalarıyla ilgili geniş bir memnuniyetsizlik vardı. AB 2004 yılında genişlemeye hazırlanırken, politikacılar, potansiyel göç akışlarını kontrol etmek için daha etkili bir çözüm bulmaya çalışıyorlardı[16] Avrupa Komisyonu, Konsey'den ve Üye Ülkelerden destek alarak Frontex'in kuruluş sürecini hazırlamıştır.

Kurulduğu yıllarda operasyonel kapasiteden ve uluslarüstü güçten yoksun olsa da, Frontex her zaman önemli bir uzmanlık işlevine sahip olmuştur: risk analizi. Risk analizi en başından beri Frontex'in temel görevi olmuştur[17].

Risk analizi, tüm Frontex faaliyetleri için başlangıç noktasıdır. Aynı zamanda bir dizi başka sınır yönetimi aracını da beslemektedir[18]. Örneğin, Avrupa sınırlarını gerçek zamanlı gözetim altına alan Avrupa gözetim platformunda (EUROSUR) risk analizi önemli bir rol oynamaktadır[19].

Üye devletler, sınır kontrolü üzerindeki yetkilerinden vazgeçme konusunda isteksiz davranmışlardır. Bu nedenle risk analizi, AB düzeyindeki müdahaleleri ve Avrupa sınır kontrolünde artan koordinasyonu meşrulaştırmak için Frontex'in kuruluşunda ön plana çıkartılmıştır[20].

[15] Fjortoft, s.562.
[16] Fjortoft, s.566.
[17] Horii, Satako."TheEffect of Frontex's Risk Analysis on the European Border Controls". European Politics and Society. 17.2(2016), s.245.
[18] Horii, s.246.
[19] Horii, s.247.
[20] Paul, Regine. "Harmonisation by risk analysis? Frontex and the risk-based governance of European border control." Journal of European Integration 39.6 (2017), s.691.

Frontex'teki “risk analizi” Regine Paul’e göre, riske dayalı yönetişimin üç ana rasyonalizasyon vaadini beraberinde getirmektedir: Verimlilik/etkinlik, şeffaflık kazanımları ve depolitizasyon etkiler[21].

İlk olarak, karar vericilerin kıt kaynakları en önemli oldukları yerlere tahsis etmelerine yardımcı olabilir. Bu bir verimlilik ve etkililik meselesidir. Risk analizi, düşük riskli bölümlerde maliyet tasarrufu sağlarken, yüksek riskli sınır bölümlerinde meşru harcamalara olanak tanır. Ek olarak, üye devletlerin temelsiz aciliyet iddialarını filtrelemek ve meşru güvenlik açıklarını belirlemek için kullanılabilir. İkincisi, şeffaflık boyutu risklerin ve güvenlik açıklarının AB çapında sistematik olarak karşılaştırılmasını ve dolayısıyla daha tutarlı, daha öngörülebilir ve daha adil bir sistem vaat etmektedir. Bu, kısmen karşılaştırma ve kıyaslamaya izin veren nicelik belirleme yoluyla ve kısmen de "kötü performans gösterenlerin" veya "zayıf sınır noktalarının" açıkça tanımlanması yoluyla gerçekleşmektedir[22]. Üçüncü vaat depolitizasyondur . Avrupa sınır kontrolüyle ilgili anlaşmazlıkları çözmek için algılanan tarafsız bir zemin oluşturmaya hizmet etmektedir[23].

2. Mülteci krizi sonrası Frontex

2015 yılında, Avrupa benzeri görülmemiş bir göçmen akını yaşarken, Frontex'in yetkilerinin bir kez daha yenilenmesi gündeme geldi. Mülteci krizi, Frontex'in evriminde kritik bir dönüm noktasıydı[24]. Komisyonun her zamankinden daha fazla egemenliği ihlal eden önlemler, önermesine neden olmuştur[25].

Mülteci krizi her şeyden önce işlevsel bir sorundu. Frontex de dahil olmak üzere tüm Avrupa sınırları ve göç yönetimindeki zayıflıkları ortaya çıkardı. Frontex'in işlevsel eksikliklere çözüm yeni bir düzenleme önerildi. Önerilen düzenlemenin ana yeniliklerinden biri “sözde müdahale hakkı”ydı. Bir üye devlet, Frontex’in tavsiyelerine uymazsa veya dış sınırlarda orantısız göçmen akını ile karşı karşıya kalırsa, Frontex söz konusu üye devlete Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ekiplerini - üye devletin iradesine karşı bile - gönderme yetkisine sahip olacaktır[26]. Üye devletlerin zorluklarla kendi başlarına baş edemediği durumlarda Ajansın müdahale edebilmesi gerektiği belirtilmiştir. Komisyon’a göre dış sınırlar “siyasi çağrılara” ve üye devletlerin kendi takdirine bırakılamayacak kadar önemlidir. Burada mülteci krizinin bir bilgi sorunu olarak değil, bir eylemsizlik sorunu olarak görülmüştür. Karar vericiler güvenlik açıklarının nerede olduğunu biliyorlardı; sorun, harekete geçmek için siyasi iradenin olmamasıydı[27]. Güvenlik açığı değerlendirmesi, sadece bir bilgi toplama aracı değil, müdahale mekanizmasının meşruiyetini artırmaya yönelik bir araç gibi görünmektedir[28].

[21] Paul, s.695.
[22] Paul, s.696.
[23] Paul, s.697.
[24] Bossong, Raphael. "The expansion of Frontex: Symbolic Measures and Long-term Changes in EU Border Management." (2019). s.4.
[25] Fjortoft, s.564.
[26] European Commission (2015b) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Border and Coast Guard. COM(2015) 671. madde.18.
[27] Fjortoft, s.565.
[28] Fjortoft, s.565.

Yeni bir Frontex düzenlemesi etrafındaki müzakereler, üye devletlerin Frontex'in artan yetkilerinden endişe duyduğunu göstermektedir. Frontex gücündeki en sert artış, müdahale mekanizmasıydı. Üye devletler, Frontex'in artan yetkilerini kabul ettiler.

Frontex'in daha fazla uluslarüstü güce doğru kayması, üye devletlerin savunmasızlıklarının nesnel kriterlere dayalı olarak değerlendirileceği hususunda üye devletlere daha fazla güven verilerek sağlanmıştır[29]. Ayrıca, güvenlik açığı değerlendirmeleri olası Frontex müdahalelerinin meşrulaştırılmasında önemli bir rol oynadı. Üye devletler, sınır denetimi üzerindeki yetkilerini ajansla paylaşmış olsalar bile tamamen bir yetki devri söz konusu olmamıştır.

B. Frontex'in Faaliyetlerinin Meşrulaştırılması

Frontex, 2019/1896 sayılı tüzükte belirtildiği üzere, temel haklara saygı göstermeyi ve bu hakların geliştirilmesini Ajans faaliyetlerinin merkezine koymaktadır[30]. Madde 73'te belirtildiği üzere: ''Ajans, üçüncü ülkelerle işbirliği gerçekleştirirken Birliğin dış eylem politikası çerçevesinde hareket eder. Geri göndermeme ilkesinin ihlali, keyfi gözaltı yasağı, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da keyfi cezalandırma eylemlerinin yasaklanmasını sağlar.''

Ajans, temel haklara saygı gösterilmesini ve bu hakların korunmasını sınır yönetiminin önemli bir bileşeni olarak değerlendirmektedir. Frontex, 2011 yılında tüzüğünde yapılan değişikliklerin ardından faaliyetlerinde insan hakları çerçevesine yer verecek olan Temel Haklar Stratejisi'ni kabul etmiştir. 2012 yılında ise Temel Haklar Yetkilisi (FRO) ve Temel Haklar Danışma Forumu oluşturularak Ajansın yapısına eklenmişlerdir[31].

1. Frontex, Geri İtme Uygulamaları ve İnsan Hakları

Frontex'in ana web sayfasında büyük ölçüde vurguladığı ''özgürlük, güvenlik ve adalet'' kavramları, Ajansın tüm faaliyetlerinde sürdürülmesi gerekli olan ilkeler olarak gözükmektedir. AB'nin dış sınırların korunmasında Frontex'in önemine yapmış olduğu atıflar Ajansı yıllar içerisinde meşru bir aktör haline getirmiştir. Ancak STK'lar, uluslararası örgütler, medya kuruluşları, siyasetçiler ve akademisyenlerin ortaya sunduğu görüş Frontex'in faaliyetlerinin öne sürdüğü kavramlarla uyuşmadığı yönündedir. Ajans, geri göndermeme ilkesinin ihlali, geri itme, insanlık onurunu kırıcı eylemlere taraf olmak ya da göz yummakla itham edilmektedir. Bu bağlamda özellikle denizlerde yapılan operasyonlarda geri itme uygulamaları kapsamında Frontex'in eylemleri ve uluslararası hukukun ile AB hukukunun bu eylemleri nasıl değerlendirdiği hususunda tartışmalar mevcuttur[32].

[29] Fjortoft, s.566.
[30] Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624
[31] Fink, Melanie. "The action for damages as a fundamental rights remedy: Holding Frontex liable." German Law Journal 21.3 (2020), s.538
[32] Fink, s.541.

Her ne kadar FRONTEX mevzuatında geri itmelerin resmi olarak bir yasal dayanağı bulunmasa da mevzuatın içine tabiri caizse serpiştirilen düzenlemelerle geri itmeler meşrulaştırılmaya çalışılmıştır[33]. Mevzuata göre FRONTEX, Avrupa Birliğine doğru gerçekleşen göç akışlarını izleyecektir. Ayrıca Avrupa Birliğine üye devletler FRONTEX'e dış sınırlarda ve geri dönüş alanındaki tehditler ile ilgili gerekli tüm bilgileri sağlayacaktır. Risk analizi sonuçları zamanında ve doğru bir şekilde yönetim kuruluna sunulur ve üye devletlerin yetkili mercileriyle paylaşılır. Üye Devletler, dış sınırlar ile ilgili operasyonlarını ve faaliyetlerini planlarken risk analizinin sonuçlarını dikkate alacaklardır. Yine yönetmeliğe göre Bir Üye Devlet, FRONTEX'ten yasadışı göç, dış sınırlarında mevcut veya gelecekteki tehditler veya sınır ötesi suçlar dahil olmak üzere yaklaşan sorunlarla başa çıkmak için ortak operasyonlar başlatmasını veya artırılmış teknik yardım sağlamasını talep edebilir.

Gerçekleştirilen operasyonların bir kısmında sınırların gözetiminden sorumlu olan Frontex bazen üye devlet sınırına gelen göçmenlerin kimlik tespitlerinde görev alabilmektedir. Hatta bazı operasyonlar bu iki durumu da kapsamakta ve Frontex her aşamada yardımcı olmaktadır. Örneğin 2006 yılında gerçekleştirilen "Gate of Africa" isimli operasyonda, Kuzey Afrika'dan İspanya limanlarına gelen teknelerde kaçak yolcu aramak suretiyle kapsamlı sınır kontrolleri gerçekleştiren Frontex, "Hera I-II ve III" olmak üzere yine İspanya deniz sınırında gerçekleştirilen operasyonlarda farklı bir statüde görev yapmıştır[34]. Operasyonlardan ilkinde Kanarya adalarına gelen ve kimlik tespiti yapılamayan düzensiz göçmenlerin sayısını düşürmek amacıyla kimlik tespitinde görev alırken, iki ve üçüncü de, Birliğin Atlantik sınırının gözetim ve denetiminde yer alarak denizlerdeki can kaybının önüne geçmek öncelikli amaç olmak üzere yasadışı göç konusunda organize suçlarla mücadele etmek de diğer bir amaç olarak belirlenmiştir[35]. Benzer şekilde öncelikli amacı Malta ve Lampedusa adasına yönelik düzensiz göç akışıyla mücadele olan "Nautilus" isimli operasyonda da ev sahibi İtalya ve Malta'ya Birliğin güney deniz sınırlarının gözetim ve denetimin sağlanmasında yardımcı olmuştur.

Frontex, deniz operasyonlarının asıl amacının denizde yaşanan can kayıplarının önlenmesi olduğu dile getirilirken, "geri itme" yöntemiyle göçmen teknelerinin denize elverişliliği, iltica başvurusunda bulunma ihtimalleri, devletlerin kurtarma yükümlülükleri dahi göz önüne alınmaksızın başka yöne veya üçüncü bir ülkeye itilmeleri veya açık denizde bırakılmalarının bu amacı ne kadar desteklediği ve hem uluslararası hukuka hem de AB hukukuna uygunluğu tartışmalıdır[36].

[33] Frenzen, Niels W. "The legality of Frontex Operation Hera-type migration control practices in light of the Hirsi judgement." Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control (2016), s. 160.

[34] Baldaccini, Anneliese. "Extraterritorial border controls in the EU: The role of FRONTEX in operations at sea." Extraterritorial immigration control. Brill Nijhoff, 2010. s.230.

[35] Pollak, Johannes ve Peter Slominski. "Experimentalist but not accountable governance? The role of Frontex in managing the EU's external borders." West European Politics 32.5 (2009), s.919.

[36] Frenzen, s.164.

2. Ortak Deniz Operasyonları

Düzensiz göçmenlerin AB sınırlarına ulaşmak için çoğunlukla deniz yolunu kullandığı bilinmektedir. Bu sebepten ötürü operasyonel bütçenin önemli bir kısmı deniz operasyonlarına ayrılmasına neden olmuştur[37]. Denizde icra edilen operasyonlara gerekçe olarak deniz yoluyla AB sınırlarına ulaşmak isteyen düzensiz göçmenleri tespit etmek, göçmen kaçakçılığını engellemek ve üye devletlerarasındaki işbirliğini arttırmak olarak gösterilse de uygulamada birliğe üye devletlerin dış sınırlarını korumak adına aldığı önlemlerden ibaret olduğu ve birçok temel hakların ihlal edildiği tespit edilmiştir[38]. Öte yandan, Frontex'in deniz operasyonlarındaki yetkisi 656/2014 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey tüzüğü ile belirlenmiştir[39]. Söz konusu tüzüğün 6. ve 7. Maddeleri Frontex'in göçmen taşıyan teknelere müdahale etme yetkisini düzenlemektedir. Ayrıca 2016/1024 sayılı tüzük ile Ajansın denizlerdeki faaliyetleri Arama ve Kurtarma Operasyonlarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 656/2014 sayılı Tüzük sınır kontrollerinden kaçma şüphesi olan kişileri taşıdığı veya göçmen kaçakçılığına karıştığından makul gerekçelerle şüphe duyulan teknelere yönelik ne tür tasarruflarda bulunulabileceğini teknenin karasularında bulunması halinde m.6'da; açık denizde bulunması halinde ise m.7'de; bitişik bölgede ise m. 8'de düzenlemiştir. Sınır kontrollerinden kaçma şüphesi olan kişileri taşıdığı veya göçmen kaçakçılığına karıştığından şüphe edilen teknenin operasyona ev sahipliği yapan üye devlet veya operasyona katılan komşu üye devlet karasularında (m.6/1) veya açık denizde (m.7/1) bulunması halinde, şüphenin giderilmesi adına, ilgili üye devletin operasyona katılan birimleri:

• Teknenin mülkiyetinin ve teknedeki kişilerin acil sağlık yardımına ihtiyacı olup olmadıkları da dahil olmak üzere kimlik ve vatandaşlıklarının tespitine ilişkin bilgi ve dokümantasyon talep etmek ve teknedeki kişilerin sınırı geçememe ihtimalleri olduğu konusunda ve • Tekneyi durdurmak, tekneye çıkmak ve tekneyi, teknedeki kişileri ve kargoyu aramak, teknedeki kişileri sorguya çekmek ve tekneyi yönlendiren kişilerin yolculuğu kolaylaştırdıkları için yaptırımla karşılaşabilecekleri konusunda bilgilendirmeleri için yetkilendirebileceği düzenlenmiştir. Şüphenin haklı çıkması halinde operasyona katılan birimler, tekne karasularında ise (m. 6/2): • Tekneye el koymak ve teknedeki kişileri tutuklamak; • Teknenin karasuları veya bitişik bölge dışında bir yöne yöneltilmesi veya mevcut destinasyonunu değiştirmesini talep etmek ve bu durum yerine getirilirken tekneye eskortluk yapmak; veya geri itmek; • Tekne veya teknedeki kişileri operasyon planına uygun olarak kıyı üye devlete götürmek

Açık denizde ise (m. 7/2): • Tekneye el koymak ve teknedeki kişileri tutuklamak; • Tekneyi bitişik bölge veya karasularına girmeme konusunda uyarmak ve gerekli durumda teknenin rotasını bitişik bölge ve karasuları dışında bir yöne yöneltmesini talep etmek; • Tekneyi veya teknedeki kişileri üçüncü bir ülkeye

[37] Wolff, Sarah ve Adriaan Schout. "Frontex as agency: More of the same?." Justice and Home Affairs Agencies in the European Union. Routledge, 2016. s.42.
[38] Baldaccini, s.231.
[39] Regulation (EU) No 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union

yönlendirmek veya tekneyi veya teknede bulunan kişileri üçüncü bir ülkenin yetkililerine teslim etmek; • Tekneyi veya teknedeki kişileri ev sahibi üye devlete veya operasyona katılan komşu üye devlete yönlendirmek yetkilerine sahiptir. • Bu yetkilerin konuyla ilgili ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemeleri ile Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'e uygun olarak ve bayrak devletinin izni alınmak suretiyle kullanılması hüküm altına alınmıştır.

Sonuç olarak, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü temeline dayalı olduğu kurucu antlaşmalarında hüküm altına alınan Birliğin, Frontex deniz operasyonları ile sınırlarını koruma konusunda AB değerlerini dahi göz ardı ederek başta uluslararası hukuk olmak üzere AB hukukuna da aykırı davrandığı düşünülmektedir[40].

SONUÇ

Frontex, dış sınırlarda güvenliği güçlendirmek için üye devletler arasında operasyonel işbirliğini koordine etmekle görevli olarak 2004 yılında kuruldu. Zaman içinde ajans bütçesi, yetkisi ve gücü bakımından büyüyerek kendi başına operasyonel bir ajans haline geldi. Örneğin, sınırlarda ortak operasyonları koordine eder, üye devletlerde oturumu reddedilen göçmenlerin dönüşünde üye devletlere yardım eder ve sınır muhafızlarını eğitir.

2015 öncesi dönemde, Frontex neredeyse hiçbir ulusüstü güce sahip olmayan bir koordinasyon kurumuydu. Risk analizi, kurumun merkezi bir göreviydi, ancak büyük ölçüde dış risklere ve faktörlere yönelikti. 2015 mülteci krizi, Avrupa sınır yönetimi sistemi için büyük bir dışsal şoktu. Komisyon'a göre mülteci krizi bir bilgi sorunu değil, bir eylemsizlik sorunuydu. Güvenlik açığı değerlendirmeleri, önerilen müdahale mekanizmasını nesnel kanıtlara dayandırma ve böylece üye devletlerin keyfi veya siyasi güçle ilgili endişeler. Yine de güvenlik açığı değerlendirmeleri, kendi başlarına bir denetim gücü de gerektirir. Yönetmelik kabul edildikten sonra, güvenlik açığı değerlendirme prosedürü, açık bir şekilde siyasi müdahaleden izole edilmek amacıyla oldukça nicel bir prosedür olarak tasarlandı. Yine de, özellikle niceliksel göstergelerden savunmasızlık seviyelerine ve tavsiyelere çeviride, takdir yetkisi olasılığı ortadan kaldırılmamıştır.

Güvenlik açığı değerlendirmeleri olası Frontex müdahalelerinin meşrulaştırılmasında önemli bir rol oynarken, mülteci krizi, Avrupa sınır yönetimi sistemindeki açık zayıflıkları ortaya çıkardı. Bu, sınır kontrolü ve göç etrafındaki siyasi çekişmeyi artırdı ve dolayısıyla teşkilat üzerindeki baskıyı artırdı. Birçok Avrupa devleti, 2015'teki mülteci krizi sırasında ve hemen sonrasında iç sınır kontrollerini başlattı. Bu durum, Frontex de dahil olmak üzere Avrupa düzeyinde dış sınırların yönetiminin meşruluğuna ve güvenine karşı bir meydan okumaydı. Uzmanlık, Frontex ve politika yapıcıların bu çekişmeye yanıt olarak seferber ettiği temel kaynaklardan biriydi. Güvenlik açığı değerlendirmesinin getirilmesi, bu seferberliğin en somut sonucudur.

[40] Fink, Melanie. Frontex and human rights: responsibility in'multi-actor situations' under the ECHR and EU public liability law. Oxford University Press, 2018.

Kaynakça

Baldaccini, Anneliese. "Extraterritorial border controls in the EU: The role of FRONTEX in operations at sea." Extraterritorial immigration control. Brill Nijhoff, 2010. 225-251.

Bilgin, Aslı A. "Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex'in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi". Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 7(2017): 55-82 https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/46372/582835

Bossong, Raphael. "The expansion of Frontex: Symbolic Measures and Long-term Changes in EU Border Management." (2019): 8. https://d-nb.info/1232285986/34

Council of the European Union (2016a) Note by the Presidency to the Working Party on Frontiers/Mixed Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Border and Coast Guard and Repealing Regulation (EC) No. 2007/2004, Regulation (EC) No 8. Council Document No. 5848/16. Council of the European Union, Brussels.

Council of the European Union (2016b) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Border and Coast Guard and Repealing Regulation (EC) No. 2007/2004, Regulation (EC) No. 863/2007 and Council Decision 2005/267/EC—Mandate for Negotiations. Council Document No. 7649/16. Council of the European Union, Brussels.

Deleixhe M, Duez D. "The New European Border and Coast Guard Agency: Pooling Sovereignty or Giving it up? Journal of European Integration" 41.7(2019), 921–936.

European Commission (2015a) Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A European Border and Coast Guard and Effective Management of Europe's Extrnal Borders. COM(2015) 673. Available from URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0673

European Commission (2015b) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Border and Coast Guard. COM(2015) 671. Available from URL: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/securing-eu-borders/legal-documents/docs/regulation_on_the_european_border_and_coast_guard_en.pdf

Fink, Melanie. "Frontex and human rights: responsibility in'multi-actor situations' under the ECHR and EU public liability law". Oxford University Press, 2018.

Fink, Melanie. "The action for damages as a fundamental rights remedy: Holding Frontex liable." German Law Journal 21.3 (2020): 532-548.

Fjortoft, Trym N. "More power, more control: The legitimizing role of expertise in Frontex after the refugee crisis." Regulation & Governance 16.2 (2022): 557-571.

Frenzen, Niels W. "The legality of Frontex Operation Hera-type migration control practices in light of the Hirsi judgement." Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational law enforcement and migration control (2016): 294.

Horii, Satako.“TheEffect of Frontex’s Risk Analysis on the European Border Controls”. European Politics and Society. 17.2(2016), 242–258.

Kalkman, Jori Pascal. "Frontex: A literature review." International Migration 59.1 (2021): 165-181.

Kostakopoulou, Dora, “The Area of Freedom, Security and Justice and the Political Morality of Migration and Integration”, A Right to Inclusion and Exclusion? Normative Fault Lives of the EU’s Area of Freedom, Security and Justice, (der. H. Lindhal), Hart Publishing, Oxford, 2009, 185-207.

Köktaş, Arif, “Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı”, Avrupa Birliği: Tarihçe, Teori, Kurumlar ve Politikalar, (der. B. Akçay, vd.), 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, 491-524.

Neal, Andrew. “Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of Frontex”. Journal of Common Market Studies. 47.2(2009) 333–356.

Papastavridis, Efthymios. "'Fortress Europe'and Frontex: Within or Without International Law?." Nordic journal of international law79.1 (2010): 75-111.

Paul, Regine. "Harmonisation by risk analysis? Frontex and the risk-based governance of European border control." Journal of European Integration 39.6 (2017): 689-706.

Pollak, Johannes ve Peter Slominski. "Experimentalist but not accountable governance? The role of Frontex in managing the EU's external borders." West European Politics 32.5 (2009): 904-924.

Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624

Regulation (EU) No 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union

Wolff, Sarah ve Adriaan Schout. "Frontex as agency: More of the same?." Justice and Home Affairs Agencies in the European Union. Routledge, 2016. 33-52

DİSİPLİNEL OLMAYAN KAMU GÖREVİNDEN ÇIKARMA İŞLEMİ VE ADİL YARGILANMA HAKKI

Dr. Uğur Arslan*

ÖZET

15 Temmuz 2016'da meydana gelen hain darbe teşebbüsü sonrasında yürürlüğe giren olağanüstü hâl (OHAL) rejimi ile birlikte ulusal güvenlik, kamu düzeninin sağlanması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi gerekçelerle Kanun Hükmünde Kararnâme (KHK)'ler yayımlanmıştır. Bahse konu KHK'larla, yalnızca çeşitli kanun ve yönetmeliklerde değişiklikler yapılmamış, KHK'lara ekli listelerde kamu görevlilerinin kimlik bilgilerine yer verilerek, *"Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan*" kişilerin- başka hiçbir işleme ihtiyaç olmaksızın- kamu görevinden çıkarılmalarına karar verildiği ilan edilmiştir. Gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında yapılan bu işlemin niteliğinin tartışmalara neden olduğu görülmektedir. Gerçekten de kimi yazarlar bu işlemi "disiplinel olmayan" ve Türk hukukunda daha önce rastlanılmayan yeni bir tür olarak değerlendirirken, kimileri ise salt disiplin cezası olarak değerlendirmektedir. Yargı kararlarında; bahse konu işlemin devlet memurluğundan çıkarma cezası olmayıp durumun gerektirdiği "*olağanüstü bir tedbir*" niteliğinde olduğu, bir disiplin işlemine dayanmadığı, disiplin cezası verilmesinde kamu personeline uygulanması gereken usul ve esasların, bakılmakta olan davalarda uygulanmasının mümkün olmadığı şeklinde gerekçelere yer verildiği görülmektedir. Bu çalışmada OHAL KHK'ları yapılan kamu görevinde çıkarılma işleminin; Türk hukukunda daha önce örneği olmayan disiplinel olmayan bir işlem mi, olağanüstü bir tedbir mi, ceza hukuku bakımından bir ceza mı yoksa salt disiplin işlemi mi olduğu sorularına cevap bulunmaya çalışılacaktır. Ayrıca disiplinel olmayan ihraç işlemlerinde kamu görevlisinin -bu işlem gerçekleşmeden önce- masumiyet karinesi, suçlamadan önceden haberdar olma, müdafi yardımından faydalanma, savunma hakkı gibi adil yargılanma hakkını oluşturan alt ilke ve haklara sahip olup olmadığı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Anayasa hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları etrafında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü Hal, Kanun Hükmünde Kararnâme, Disiplinel Olmayan Kamu Görevinden Çıkarma İşlemi, Adil Yargılanma Hakkı.

NON-DISCIPLINARY DISMISSAL FROM PUBLIC OFFICE AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

ABSTRACT

With the state of emergency regime that came into force after the treacherous coup attempt on July 15, 2016, statutory decrees were issued for reasons such as national security, ensuring public order, and protecting the rights and freedoms of others. With the said statutory decrees, not only have changes been made in various laws and regulations, but also the identity information of public officials has been

* Avukat, Ankara Barosu, avarslanugur@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3987-8465.

included in the lists annexed to the statutory decrees, and "Membership or affiliation with terrorist organizations or structures, entities or groups decided by the National Security Council to be operating against the national security of the State." It has been announced that it has been decided to dismiss from public office "those who have affiliations or contact with them" - without the need for any other action. It is seen that the nature of this process has caused controversy both in doctrine and in judicial decisions. Indeed, while some authors consider this procedure as "non-disciplinary" and a new type that has not been encountered before in Turkish law, others consider it as a pure disciplinary punishment. In judicial decisions; It is seen that the action in question is not a penalty of dismissal from civil service, but an "extraordinary measure" required by the situation, that it is not based on a disciplinary action, and that the procedures and principles that should be applied to public personnel in imposing disciplinary punishment are not possible to be applied in the cases under review. In this study, the process of dismissal from public office; It will be tried to answer the questions of whether it is a non-disciplinary action that has no precedent in Turkish law, an extraordinary measure, a punishment in terms of criminal law, or a purely disciplinary action. In addition, in non-disciplinary dismissal procedures, whether the public official has the sub-principles and rights that constitute the right to a fair trial, such as the presumption of innocence, prior knowledge of the accusation, the right to benefit from the assistance of a lawyer, and the right to defense - before this transaction takes place; The European Convention on Human Rights will be examined within the scope of the provisions of the Constitution and the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court.

Keywords: State of Emergency, Statutory Decrees, Non-Disciplinary Dismissal from Public Service, Right to Fair Trial

GİRİŞ

Devlet memurluğu statü gerektiren bir meslektir. Devlet memurları da idarenin insan unsurunu oluşturan kamu hizmeti yapan kişilerdir.[1] Memur; kişilere, politikacılara ya da amirlerine değil, kanunlara bağlı olarak görev yapar. Bu nedenle devlet memurluğu güvenceli bir meslek olarak tanımlanmış ve bu şekilde Anayasa'da ve yasalarda yerini almıştır. Nitekim Anayasa'nın 128. maddesi de kamu görevlilerinin görev yetki ve sorumluluklarına ilişkin temel kuralların kanunla düzenlenmesi gerektiğinin altını çizmiştir.[2] Benzer biçimde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)'nun 18. maddesi, *"Kanunlarda yazlı haller dışında devlet memurunun görevine son verilemez aylık ve başka hakları elinden alınamaz."* hükmünü amirdir. Bu kapsama disiplin suç ve cezaları da dahildir. Bunun anlamı şudur: kamu görevlisi ancak kanunla önceden tayin edilen sebeplerle ve yine kanunla tayin edilen usullere uygun olarak kamu görevinden çıkarılabilir.

Memurların görevlerini icra ederken uymaları icap eden birtakım yükümlülükleri ile yapmaları yasak olan birtakım tavır ve davranışları bulunmaktadır. Nitekim Anayasa m. 129/1'de memurlar ve diğer kamu görevlilerin kanunlara sadık kalarak görev yapacakları hüküm altına alınmıştır. Memurların yapmaları yasak olan davranışlar disiplin suç ve cezalarını oluşturmakta olup bunlar memur disiplin hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Mevzuatımızda en ağır disiplin cezası kamu personelinin meslekten

[1] ERSÖZ, Kürşat- SERTTAŞ, Seher: "Devlet Memurlarının İsnat ve İftiralara Karşı Korunması", *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2019, s. 162.

[2] AYM de bir kararında statünün kanunla düzenlenmesinin memurlar için güvence teşkil ettiğini belirtmiştir. Bkz. AYM, E: 2013/110, K: 2014/8, T: 09.05.2014.

çıkarılması, atılması veyahut ihracıdır.[3] Bu cezayı uygulayabilecek merciler ise genellikle disiplin kurulu veya yüksek disiplin kurulları olarak belirlenmiştir. Bu ağır cezanın uygulama koşulları, usulleri, savunma ve itiraz hakkı, itiraz mercii ve süresi de yine yasal düzenlemelerle tespit edilmiştir.

15 Temmuz sonrası yayımlanan OHAL KHK'ları ile binlerce kamu görevlisi meslekten çıkarılana kadar hukukumuzdaki mevcut durum yukarıda kısaca izah edilen ve öğretide "disiplinel kamu görevinden çıkarma" olarak ifade edilen yani memur hakkında bir disiplin süreci işletilerek kamu görevinden çıkarma işlemi idi. Bu süreç; bir kamu görevlisinin meslekten çıkarılmasını müstelzim disiplin suçunu irtikâp etmesi, ilgili mevzuattaki disiplin süreçlerinin işletilmesi ve bu süreç sonunda anılan cezanın tatbiki şeklinde iken OHAL KHK'ları ile bu sistem dışına çıkılarak, meslekten çıkarma cezası bakımından, idare bambaşka bir yol benimsemiş, bir kısım yazarlarca "*disiplinel olmayan kamu görevinden çıkarma işlemi*" olarak adlandırılan bu usulle binlerce kamu görevlisi meslekten çıkarılmıştır. Bu çalışmada kamu görevinden çıkarma işlemi disiplinel ve disiplinel olmayan şeklinde iki alt başlıkta incelenecek, müteakiben adil yargılanma hakkına ilişkin açıklamalara yer verilecek ve son olarak da meslekten çıkarma cezası ve bu cezaya karşı hukuksal güvenceler, idarenin uymak zorunda olduğu mükellefiyetler ve bunların OHAL dönemindeki yansımaları, öğretideki farklı görüşler ve mahkeme kararları ile birlikte, ele alınacaktır.

I. KAMU GÖREVİNDEN ÇIKARMA İŞLEMİ

A. Disiplinel Kamu Görevinden Çıkarma

Bu ceza ve bu cezaya yol açan disiplin suçları kamu personelinin tabi olduğu mevzuatta belirlenmiştir. Kamu personeline ilişkin disiplin hükümleri genel kanun niteliğinde olan DMK'nın 124 ila 135. maddeleri arasında yer almaktadır. Ayrıca DMK'nın 125. maddesinin 6. fıkrasında özel kanunlardaki disiplin suç ve cezalarına ilişkin hükümlerinin saklı olduğu hükmü yer almaktadır. Buna paralel olarak, birçok kamu kurumunun kendi özel personel kanunlarında hükümler bulunmakta, özel kanun hükümlerinde boşluk bulunması halinde ise bu mevzuatın DMK'ya atıf yaptığı görülmektedir. Söz gelimi 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu yüksek öğretim kurumlarında görev yapan memurların disiplin işlemleri ile ilgili olarak DMK'ya atıf yapmaktadır.

Kamu görevinden çıkarma cezası DMK m. 125/E'de, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun m. 8'de, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu m. 11'de (silahlı kuvvetlerden ayırma şeklinde), 2802 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu m. 69'da, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 53'te ve burada listeleyemediğimiz diğer bazı düzenlemelerde yer almaktadır.[4] Yine hem genel kanunlarda hem de özel kanunlarda disiplin sürecinin nasıl başlatılacağı, disiplin soruşturması, soruşturmanın yürüme şekli, soruşturmanın gizli yapılması, personelin savunmasının alınması, verilen cezaya itiraz mercii ve süresi gibi disiplin soruşturması aşamalarının ayrıntılı olarak hüküm altına alındığı görülmektedir.

[3] Kamu görevinin alınan disiplin cezası ile sona ermesi dışında olumsuz sicil sebebiyle, göreve girme koşullarını taşımadığının sonradan anlaşılması veyahut bu koşulların sonradan kaybı gibi nedenlerle sona erdiği durumlar da mevzuatta düzenlenmiştir. Örneğin muayyen suçlardan veya kasten işlenen bir suçtan dolayı 1 yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet halinde memuriyetten çıkarılma bu kabildendir.

[4] Mevzuatta Danıştay, Yargıtay gibi yüksek mahkeme üyeleri hakkında meslekten çıkarma cezası bulunmamaktadır. Bu üyeler bizatihi anayasal güvenceye sahip oldukları için bunlar hakkında görevden çıkarma cezasına yerine bu cezaya nitelik olarak çok benzeyen üyelikten çekilmeye davet cezası öngörülmüştür.

B. Disiplinel Olmayan Kamu Görevinden Çıkarma

1. Genel Olarak

15 Temmuz darbe teşebbüsünün bastırılmasının akabinde 20 Temmuz 2016'da Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasa'nın (sonradan mülga olan) 120. maddesine dayanarak OHAL ilan etmiştir. Bu karar, 21 Temmuz 2016'da Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) onaylanmıştır. Olağanüstü hâl uygulaması, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından her defasında üçer ay uzatılmak ve TBMM tarafından onaylanmak suretiyle 19 Temmuz 2018 tarihine kadar devam etmiştir. İki yıl süren bu olağanüstü hâl uygulaması boyunca Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasa'nın (sonradan mülga olan) 121. maddesinin 3. fıkrasındaki hükme dayanarak 21 adet OHAL KHK'sına imza atmıştır. Sözü geçen OHAL KHK'leriyle yaklaşık 130 bin kişi, kamu görevinden ihraç edilmiş; bu kişilerin ünvan ve pasaportlarına el konulmuş; bir kez daha kamu görevinde istihdam edilmeyecekleri hükme bağlanmıştır.[5]

Şüphesiz OHAL KHK'ları ile Anayasanın 1 ve 2. bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile 4. Bölümdeki siyasal haklar ve ödevlere ilişkin düzenleme yapılabilir. Ve hatta bazı hakların kullanılması geçici bir müddet askıya da alınabilir. Ancak her halükârda milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemeli, masumiyet karinesi gibi, çekirdek haklara dokunulmamalı ve ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir (Anayasa m. 15/1)[6]

Diğer bir husus da OHAL KHK'ları ile birel işlem yapılmasıdır. Gerçekten de KHK'lara ekli listelerle bir kısım vatandaşın kimlik bilgilerine yer verilerek kamu görevinden çıkartılması soyut, genel ve objektif hükümler içermesi gereken KHK'ların anılan kısımları sübjektif ve birel hale gelmiştir. Gözler'e göre hukukumuzda kamu görevinden çıkarma usulü yasal düzenlemelerle belirlenmiştir. Üstelik 15 Temmuz darbe girişimi sonrasında da 667 sayılı OHAL KHK'sının 4. maddesi[7] ile bu konuda ayrıca genel bir düzenleme yapıldığı

---

[5] Kamu görevinden çıkarılanlar bu işleme karşı açtıkları iptal davalarında idare mahkemeleri görevsizlik kararı vermiştir. Devam eden süreçte sadece 2016 yılında AYM önüne 45 bin başvuru yapılmış, bu başvurular AİHM'ye yönelince iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle mahkeme kabul edilemezlik kararı vermiştir. Venedik Komisyonunun da tavsiyesi üzerine 685 sayılı OHAL KHK'sı ile bu başvurulara bakmakla görevli OHAL Komisyonu kurulmuştur. Bkz. ALTIPARMAK, Kerem: "Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan Ohal Komisyonu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/1, s. 70 vd.

[6] OHAL KHK'larının Anayasa'ya aykırılık iddiası ile AYM önüne götürülmesi caiz olmamakla birlikte, 2016 yılında 668 sayılı KHK'nın iptali başvurusu kapsamında vermiş olduğu kararla içtihat değişikliği yapmış, evvelce bu düzenlemelerin anayasallık denetimi hakkındaki içtihadını değiştirmiştir.

[7] *"Kamu görevlilerine ilişkin tedbirler*

MADDE 4 – (1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen;

a) 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi personel, ilgili Kuvvet Komutanının teklifi, Genelkurmay Başkanının inhası, Milli Savunma Bakanının onayı ile kamu görevinden çıkarılır,

b) 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununa tabi personel Jandarma Genel Komutanının teklifi, İçişleri Bakanının onayı ile kamu görevinden çıkarılır,

c) 9/7/1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununa tabi personel Sahil Güvenlik Komutanının teklifi ve İçişleri Bakanının onayı ile kamu görevinden çıkarılır,

ç) Milli Savunma Bakanına bağlı personel Milli Savunma Bakanının onayı ile kamu görevinden çıkarılır,

halde bunların yerine mezkûr ekli liste usulünün sebebi anlaşılamamıştır. Kaldı ki bu usulün, darbe girişimi henüz sıcaklığını korurken darbe teşebbüsüne adı karışan kamu personeli ile sınırlı kalmadığı, darbe girişimi üzerinden 2 yıl geçtikten sonra öğretmen, doktor ve belediye personeli vs. hakkında da kullanıldığı görülmektedir.[8]

2. Niteliği

Gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında OHAL KHK'ları ile kamu görevinden çıkarılma işleminin niteliğinin tartışmalara neden olduğu görülmektedir. Gerçekten de kimi yazarlar bu işlemi *"disiplinel olmayan"* ve Türk hukukunda daha önce rastlanılmayan istisnai yeni bir tür olarak değerlendirirken[9], kimileri ise salt disiplin cezası olarak değerlendirmektedir.[10]

Yargısal içtihatlarda ise; OHAL KHK'leri meslekten çıkarma işleminin devlet memurluğundan çıkarma cezası olmayıp, **olağanüstü tedbir olduğu**, bir disiplin işlemine dayanmadığı, bu nedenle disiplin cezası verilmesinde uygulanması gereken usul, prosedür ve güvencelerin bakılmakta olan davalarda uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Söz gelimi, Anayasa Mahkemesi, kendi üyelerinin KHK ile görevlerine son verilmeleri ile ilgili başvuru kapsamında vermiş olduğu 04/08/2016 tarihli kararında; KHK ile yapılın işlemin adli suç veya disiplin suçu niteliğindeki somut bir eylemin soruşturulması mahiyetinde olmayıp, AYM üyelerinin belli bir yapıyla herhangi bir bağlarının olup olmadığına ilişkin kanaatin oluşturulacağı bir süreci ifade etmekte olduğunu, kamu görevinden yahut meslekten çıkarma işleminin, adli veya disiplin suçuna uygulanacak cezalardan farklı olduğunu, terör örgütü veya milli

---

d) 11/10/1983 tarihli ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa tabi personel, Yükseköğretim Kurulu Başkanının teklifi üzerine Yükseköğretim Kurulunun kararıyla kamu görevinden çıkarılır,

e) Mahalli idareler personeli, valinin başkanlığında toplanan ve vali tarafından belirlenen kurulun teklifi üzerine İçişleri Bakanının onayıyla kamu görevinden çıkarılır,

f) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinde belirtilenler hariç diğer mevzuata tabi her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dahil) istihdam edilen personel, ilgili kurum veya kuruluşun en üst yöneticisi başkanlığında bağlı, ilgili veya ilişkili bakan tarafından oluşturulan kurulun teklifi üzerine ilgisine göre ilgili bakan onayıyla kamu görevinden çıkarılır,

g) Bir bakanlığa bağlı, ilgili veya ilişkili olmayan diğer kurumlarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dahil) istihdam edilen personel, birim amirinin teklifi üzerine atamaya yetkili amirin onayıyla kamu görevinden çıkarılır.

(2) Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; görevinden çıkarılanların uhdelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bu fıkrada sayılan görevleri yürütmekle birlikte kamu görevlisi sıfatını taşımayanlar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır.

(3) Bu maddeye göre görevlerine son verilenlerin silah ruhsatları ve pilot lisansları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından onbeş gün içinde tahliye edilir. Bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamazlar.

(4) Bu madde kapsamında kamu görevi sona erdirilen personele ait kadro ve pozisyonlara, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ve diğer mevzuattaki kısıtlamalara tabi olmaksızın Bakanlar Kurulunca belirlenecek sayıda kadro ve pozisyon için atama yapılabilir."

[8] GÖZLER, Kemal: "15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", https://www.anayasa.gen.tr/15-temmuz-kararnameleri.pdf, s. 7, E.T. 20.07.2023.

[9] ODYAKMAZ Zehra- KESKİN Bayram: "Kamu Görevlilerinin Meslekten Çıkarılmalarında Uygulanan Kriterlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Bağlamında Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı 2. Cilt, Ankara, 2020, s. 918; GÖZLER, s. 6.

[10] ERASLAN, Yunus: Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018, s. 320

güvenlik aleyhine faaliyette bulunan oluşumların kamu kurumlarından temizlenmesini hedefleyen, geçici tedbir niteliğinde olmayan ve kesin sonuç doğuran **olağanüstü tedbir niteliğinde olduğu** açıklamasına yer vermiştir.[11] Danıştay ve idare mahkemeleri de konuya ilişkin çeşitli kararlarında benzer açıklamalar yapmışlardır.[12]

II. MESLEKTEN ÇIKARMA CEZASI VE ADİL YARGILANMA HAKKI

Yukarıda disiplin hukukunun da, tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi, birtakım ilkelere tabi olduğu bu ilkelere uyulmaması durumunda çeşitli hak ihlali durumlarının yaşanabilme risklerinin olduğunu belirtmiştik. Böyle durumlarda en sık olarak gündeme gelen hak ihlali ise adil yargılanma hakkı bakımından olmaktadır. Zira yukarıda sayılan ilkelerin kahir ekseriyeti bu hakkı doğrudan ilgilendirmektedir. Kural olarak, bu hakkın hayata geçmesinde önemli olan netice değil süreçtir. Başka bir söyleyişle, soruşturma veya yargılama sonucunda verilen hükmün adil olup olmadığı değil sürecin ulusal ve uluslararası standartlara uygunluğudur.[13]

Hukuk devletinin temel unsurları arasında kabul edilen adil yargılanma hakkı gerek 1982 Anayasası'ndaki temel hak ve hürriyetler arasında gerekse de AİHS'de yer alan, hak arama özgürlüğü ve adil bir karara varılmasında merkezi bir rol oynadığı kabul edilen bir haktır.[14] Anayasanın 36. maddesinde ve AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkı" sadece adli yargılamaları kapsamaz aynı zamanda, kamu görevinden süresiz çıkarma gibi, cezai mahiyet arz eden idari yaptırımlar için de geçerli bir ilkedir.[15]

Adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği, AİHS'nin "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde ve bu konudaki AİHM ve AYM içtihatlarına bakılarak belirlenmektedir. Gerek ulusal gerekse de uluslararası hukukun ortak bir değeri olan adil yargılanma hakkı, AY m. 36'da[16] ve AİHS m. 6'da[17] yer alan temel bir insan hakkıdır. Ayrıca, AİHS'e ek 7 nolu Protokolün cezai konularda temyiz hakkını düzenleyen 2. maddesi ve iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkına ilişkin 4. maddesi de adil yargılanma hakkını bütünleyen haklardır.[18] Adil yargılanma hakkının AİHS 6. madde metninde açıkça belirtilen unsurları; yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin varlığı, kamuya açık yargılama,

[11] Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun, Anayasa Mahkemesi üyeleri Alparslan Altan ve Erdal Tercan'ın hukukî *durumlarıyla* ilgili verdiği 04.08.2016 tarihli ve E: 2016/6, K: 2016/12 sayılı kararı

[12] Danıştay 5. D, T: 04.10.2016, E: 2016/8196, K: 2016/4066.

[13] İNCEOĞLU, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, Avrupa Konseyi Program Ofisi, Ankara, 2018, s.1.

[14] İNCEOĞLU, s.1.

[15] ARAS, Bahattin: "Uluslararası Belge ve Raporlar Işığında Yargı Mensuplarının Disiplin Soruşturmalarında Hukuki Dinlenilme ve Savunma Hakkı", *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S.2, 2021, s. 1501; İNCEOĞLU, s. 2.

[16] *"Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."*

[17] "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir."*

[18] DOĞRU, Osman-NALBANT, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2012, s. 609.

hakkaniyete uygun yargılama ve makul sürede yargılamadır. AİHS 6. maddenin 2. fıkrası masumiyet karinesini, 3. fıkrası ise suç isnat edilen kişinin asgari haklarını düzenlemektedir.[19]

Disiplin hukukunda, özellikle de meslekten çıkarma cezalarında, adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m. 6'nın uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışılırken AİHM'nin vermiş olduğu *Pellegrin/Fransa, Vilho Eskelinen/Finlandiya* ve *Baka/Macaristan* kararları ile artık, AİHM; "*kamu görevlileri ile kamu kurumları arasında ortaya çıkan personel hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar"* bakımından 6. maddenin gündeme gelebileceğine hükmetmiştir.[20]

Adil yargılanma hakkı ceza hukukunun disiplin hukukuna kazandırdığı temel hürriyetlerin başında gelmektedir. Ceza hukuku ile disiplin hukukunun farklılık ve bağımsızlıkları ceza hukuku kurum ve kurallarının aynen uygulanmasını olanaksız kılsa da, ceza hukukunun disiplin hukuku üzerinde "rehberlik etme" işlevi bulunduğu kabul edilmektedir.[21]

AİHM'ye göre, idare ile kamu görevlileri arasındaki uyuşmazlıklar da AİHS'nin 6. maddesinin kapsamına girmektedir.[22] Nitekim, AİHS'in 6(2) maddesinde belirtilen *"kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır"* ilkesiyle doğrudan bağlantılı bazı güvenceler disiplin hukuku ve disiplin soruşturması süreçlerinde de uygulanması icap etmektedir. Nitekim AİHM disiplin soruşturmalarında hukuki dinlenilme ve savunma hakkına aykırılıkları 6. madde kapsamında değerlendirdiği görülmektedir.[23]

AİHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin ilke ve esaslarının disiplin yargılamaları bakımından da aynen geçerli olduğu dikkate alındığında disiplin soruşturmalarında masumiyet karinesi, savunma hakkı, ölçülülük ilkesi gibi güvencelere uygun hareket edilmesi adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu nedenle, ceza hukukunun temel ilkelerinin tamamı olmasa da, bireyler açısından azami güvence getiren ve hukukun genel ilkeleri mahiyetinde olan çekirdek ceza hukuku ilkelerinin disiplin hukukunda da uygulama alanı bulduğu söylenebilir.[24] Söz gelimi, ceza tatbikinden önce bir disiplin soruşturmasının açılması, isnadın türü ve sebebini öğrenme hakkı, suçsuzluk karinesi, kamu personelinin bizzat veya vekili ile sözlü veya yazılı olarak savunma hakkı, savunma hazırlayabilmek için yeterli zaman ve imkana sahip olma hakkı, etkin savunma için dosyaya erişim hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, yeniden inceleme ve itiraz ve iptal başvurusu hakkı, savunma almadan ceza verme yasağı bu kabildendir.

Disiplin yaptırımları cezalara en fazla yaklaşan idari yaptırım türüdür.[25] Bir disiplin sürecinin adil yargılanma hakkına uygun olarak yürütüldüğünden bahsedebilmek için sürecin tüm aşamalarında ceza hukukunun rehberliğinde disiplin hukukuna devşirilen güvence ve garantilere uygun hareket edilmesi gerekir. Kamu

---

[19] İNCEOĞLU, s. 3.

[20] ODYAKMAZ-KESKİN, s. 941.

[21] GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki" *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1963, C.18, S.2, s. 160.

[22] AİHM, Eskelinen/Finlandiya, Başvuru No: 63235, T: 19.04.2007 ve AİHM, Baka/Macaristan, Başvuru No: 20261/12, T: 27.05.2014.

[23] AİHM Mc Ginley ve Egan/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 21825/93-23414/94, T: 09/06/1998, p. 85'ten aktaran ARAS, s. 1502.

[24] US DOĞAN, Eser- YÜCEL DERİCİLER, Özge: "Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması" Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S.1, Nisan 2020, s. 1097.

[25] GİRİTLİ, İsmet: Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s.314.

personeli, kendisi hakkında yürütülen disiplin soruşturmasının gerekçesini ve hakkındaki ithamları bilmeli, disiplin cezası verilmeden önce personel hakkında öncelikle bir disiplin soruşturması açılmalı, bu soruşturmayı azami ölçüde tarafsız bir kişi ya da kurul yürütmeli, personele kendini savunma imkânı tanınmalı, personel savunma hazırlaması için yeterli süreye sahip olmalı ve idare personelin masumiyet hakkına saygı göstermelidir.

III. MESLEKTEN ÇIKARMA CEZASINA KARŞI GÜVENCELER

A. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği gibi, disiplin cezaları özellikle de meslekten çıkarma cezası bakımından, kamu personeline çeşitli güvenceler tanındığı görülmektedir. Kanunilik ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı, ceza tatbikinden önce bir disiplin soruşturmasının açılması, kamu personeli bizzat veya vekili ile sözlü veya yazılı olarak savunma hakkı, savunma almadan ceza verme yasağı, etkin savunma için dosyaya erişim hakkı, zamanaşımı süreleri, yeniden inceleme ve itiraz hakkı ve verilen cezaya karşı iptal davası açılabilmesi bu nevi güvencelerin başında gelmektedir. Bu güvenceler idarenin keyfi tutumuna karşı kamu personeli için adeta bir zırh vazifesi görmektedir. Örnek vermek gerekirse, 7068 sayılı Kanun'un savunma hakkını düzenleyen 31. maddesinin son fıkrası *"Hakkında meslekten çıkarma cezası veya Devlet memurluğundan çıkarma cezası istenen personel, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir."* şeklinde düzenlenmiştir. Benzer hükümler temel personel ve disiplin kanunlarında ve bunlara ilişkin yönetmeliklerde mevcuttur.

B. Kanunilik İlkesi

Hukuk düzenince yasaklanmış fiil ve davranışların neler olduğu ve bu fiillere hangi cezaların verileceğinin herkes tarafından önceden öğrenilmesi ve bilinmesi yurttaşların buna göre davranışlarını ayarlayabilmesi kanunilik ilkesinin temelini oluşturmaktadır. Bu ilke, daha önce suç kabul edilmeyen eylemlerin sonradan suç kabul edilmek suretiyle keyfi cezalandırmalara karşı hayati önemi haizdir.[26] AİHS'nin 7. maddesinde[27] , Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 7. maddesinde ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinde "*Kanunsuz ceza olmaz*" başlığı ile kanunilik ilkesine yer verildiği görülmektedir.

1982 Anayasası'nın 38. maddesinde uluslararası hukukta yapılan belirlemelere paralel olarak, *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."* şeklinde bu kural yerini almıştır. Türk Ceza Kanunu'nun "*Suçta ve Cezada Kanunilik*" başlıklı 2. maddesinde ise; *"Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. …İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*." şeklinde bu ilkenin çerçevesi çizilmiştir.

Disiplin hukukunda kanunilik ilkesi; memurun hangi fiil/fiillerin disiplin suçu teşkil ettiği ve bu fiil/fiillerin karşılığı olan disiplin cezasının disiplin suçu teşkil eden fiilden **önceki** varlığını ifade eder. Bu kuralların

[26] ARTUK, Mehmet Emin-GÖKÇEN Ahmet-YENİDÜNYA A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Adalet Yayınları, 10. Bası, Ankara 2016, s. 159; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 146.

[27] *"Kanunsuz ceza olmaz 1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."*

evvelden varlığı yetmez ayrıca bunların AİHM ve AYM'nin kanunilik ilkesi için belirlemiş olduğu asgari standartlara sahip olması icap eder. [28]

Disiplin suç ve cezalarının kanunla belirlenmesi gerektiği konusunda Anayasa'da ve diğer yasal düzenlemelerde sarih bir hüküm bulunmadığından, disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin geçerli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretide ağırlıkta olan görüş, ceza hukukundan farklı olarak, disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin geçerli olmadığı yönündedir.[29] Bu düşünceye göre, yasa koyucu ceza hukukunda kesin olarak kabul ettiği belirlilik ilkesini disiplin suç ve cezaları açısından kabul etmemiştir. Bunun anlamı, kıyas yoluyla disiplin suçu/suçlarının yaratılabileceğidir. Nitekim DMK m. 125'te disiplin cezalarının türleri ve disiplin cezası gerektiren fiillerin yanında "*yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verileceği"* hükmüne yer verilmek suretiyle, devlet memurlarına hükümde açıkça sayılmayan ve fakat sayılan fiillere "*nitelik ve ağırlık itibariyle benzeyen*" fiillere de disiplin cezası verilebileceği ifade edilmiştir.

Disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin geçerli olmadığını savunan müelliflere göre, iş hayatında disiplin suçu sayılabilecek fiiller o kadar çoktur ki bunları sayma yöntemi ile belirlemek, bütün disiplinsizlikleri tek tek saymak, bunlarda tipiklik unsurunu aramak teknik olarak mümkün olmayabilir.[30] Kaldı ki disiplin suçları kısmi düzeni sağlamaya müteallik olarak ve özel faillik statüsünde olanlar için vazedilmiş kurallardır. Bu nedenle kanunla çizilen çerçevede kalmak kaydıyla bu fiillerin ayrıntılarının kanundan kaynaklanan bir yetki ile idari düzenlemelere bırakılması mümkündür.[31] Nitekim Anayasa'nın yükseköğretim kurumları ile ilgili 130/9. maddesinde[32] öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işleri şeklinde ayrıma gidilmiş ve keza

---

[28] "*Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır…Bir internet sitesine erişimin engellenmesine karar verildiği hallerde hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin göz önünde bulundurulması zorunludur. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek Şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir."* Bkz. AYM, Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri, Başvuru Numarası: 2014/4705, Karar Tarihi: 29/5/2014

[29] ERASLAN, s. 38; TAN, Turgut: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2017, s. 532; GÖLCÜKLÜ s. 162; ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 128-130; AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat- KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2022, Savaş Yayınları, s. 690; GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin, 2022, s. 663; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C.II, 3. Baskı, Bursa 2019, Ekin Kitabevi, s. 777.

[30] ZOR, Burç Volkan: ", Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği", *SDÜHFD,* VOL: 12, NO: 1, Isparta, 2022, s. 217.

[31] SOYASLAN, Doğan: Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, 1. Baskı, Ankara, 1990, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, s.17 vd; TAŞKIN, Ahmet: Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 207

[32] *"Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri,*

140/3. maddesinde de hâkim ve savcılara ilişkin disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi ayrımı yapılmıştır.[33] Bu görüşü savunan bir başka yazar ise, disiplin suç ve cezaları açısından kanunilik (yasallık) ilkesinin içtihadi bir nitelik arz ettiğini, anayasal bir dayanağının bulunmadığını, memurluktan çıkarma cezası haricindeki cezaların temel hürriyetleri kısıtlamadığını, disiplin cezası gerektiren fiillerin yasayla öngörülmesine gerek olmadığını ifade ederek, genel yönetim yetkisine sahip olan idarenin bu alanda düzenleme hakkına sahip olduğunu savunmuştur.[34]

Kanunilik ilkesinin disiplin suçlarında şart olmadığını savunan müellifler mer'i hukukta disiplin suçları açısından kıyasa izin veren hükümleri kendi düşüncelerine dayanak olarak göstermektedirler. Söz gelimi, Kabahatler Kanunu'nun *"Kanunilik İlkesi"* başlıklı 4. maddesine göre, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi kanunun belirlediği çerçevenin içeriği idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. Buna karşın, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.[35]

Bizim de katıldığımız karşı düşünce ise disiplin hukukunda da kanunilik ilkesinin cari olduğunu, Anayasa 128. maddede[36] disiplin suç ve cezaları şeklinde bir ayrıma yer verilmediğini, DMK m. 125'in disiplin suçlarında kıyasa izin verildiği şeklinde yorumlanamayacağını, zira böyle bir yorumun hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmadığını, Anayasa'nın 38. madde hükmünde yer alan suç ve cezalara ilişkin esaslarda, idari ceza veya adli ceza ayrımı yapılmadığını, dolayısıyla disipline yönelik suç ve cezaların da ancak kanunla belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükmü de disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.[37] Benzer biçimde, bazı yazarlar ise idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve

---

unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, mali işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir."

[33] *"Hakim 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 hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."*

[34] GÖZLER, İdare Hukuku, s. 777.

[35] GÖLCÜKLÜ, s.163; GÖZLER, İdare Hukuku, s. 752; ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: İdare Hukuku, C.1, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 655; YEŞİL, İsmail: "Anayasal İlkeler Çerçevesinde Disiplin Cezaları", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 52, Aralık 2010, s. 28; YILDIRIM, Tolga: "Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, 2019, C. 77, S. 1, s. 81; GÖZÜBÜYÜK- TAN, s. 851.

[36] *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir."*

[37] AKBULUT, Emre: Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 137-148; AKGÜNER, Tayfun- BERK, Kahraman: İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s.724-725; YILDIRIM, Turan: İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 422 vd. SELMAN, Sacit: "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 25, S: 2, 2017, s. 22-23; AKYILMAZ, -SEZGİNER- KAYA, s. 687; GİRİTLİ, İsmet: "Devlet Memurları Kanun Tasarısı ve Bazı Eksiklikleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXX, S. 1, 1965, s. 21; AKGÜNER, s. 200.

ceza ihdas edemeyeceğini, İdareye böyle bir yetki verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamında geldiğini savunmuşlardır.[38]

Disiplin cezaları bakımından durum daha nettir. Öğretide ağırlıklı olan görüş disiplin cezalarının muhakkak kanunla tayin edilmesi gerektiği yönündedir.[39] "*Nulla poena sine lege*" yani kanunsuz ceza olmaz şeklinde ifade edilen bu ilkeye göre disiplin cezası vermeye yetkili makam sadece kanunca öngörülmüş olan cezalardan birisini verebilir.[40]

Konu ile ilgili AYM kararları tarandığında AYM'nin disiplin suçlarının muhakkak kanunla belirlenmesi gerektiği yönünde kararları olduğu gibi[41] aksi yönde de kararlarının bulunduğu görülmektedir.[42] Danıştayın tutumu da benzer biçimdedir.[43]

Belirlilik ve öngörülebilirlik kanunilik ilkesini doğrudan ilgilendiren iki ayrı ilkedir. Bu ilkeler hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin temel koşulları arasında yer almaktadır. Yasal düzenlemeler idare veyahut vatandaş yönünden duraksamaya/kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net anlaşılır ve nesnel olması belirlilik ilkesini; hangi somut eylemlere hangi yaptırım/yaptırımların bağlandığının önceden kestirilebilir olması ve vatandaşların davranışlarını bu sonuçlara göre önceden ayarlayabilmesi öngörülebilirlik ilkesini anlatır. Bir düzenlemenin öngörülebilir olması demek kanunların bireylerin kanuna uygun olarak hareket etmesine imkân verecek netlikte olması ve bireylerin idarenin takdir yetkisini dahi öngörebilecek imkâna sahip olmasıdır.[44] Bu ilkelerin etkin bir şekilde hayata geçirilebilmesi için yapılan yasal düzenlemelerin idareye keyfi hareket edebileceği müsait zemin yaratmaması, idarenin keyfi iş ve işlemlerini engelleyebilecek hukuksal güvenceler sağlaması ve bütün bunların denetimini yapacak mekanizmanın da etkin bir şekilde fonksiyonunu ifa edebilmesi gerekmektedir. Sayılan ilkeler ve mekanizmalar evrensel standartlar olup bunlar, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanunî düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını amaçlayan kurallardır.[45]

C. Savunma Hakkı (Savunmasız Ceza Olmaz)

Adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukukî dinlenilme veya savunma hakkı, ceza ve hukuk yargılamalarında geçerli olduğu gibi disiplin hukuku bakımından riayet edilmesi gereken hakların başında

[38] Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ÇETİNTÜRK, Ekrem: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 5, Sayı 9, Haziran 2017.

[39] BAHTİYAR-SEZGİNER-KAYA, s. 689.

[40] GÖZLER- KAPLAN: s. 663.

[41] AYM, E: 2018/110, K: 2018/99, T: 17.10.2018; AYM, E: 2018/14, K: 2018/112, T: 20.12.2018; AYM, E: 2013/28, K. 2013/106, 03.10.2013

[42] AYM, E: 2013/110, K: 2014/8, T: 16.01.2014; AYM Hulusi Özkan Başvurusu, B. No: 2015/18638, 15/11/2018; AYM Ahmet Batur Başvurusu, B. No: 2018/20182, T: 14/9/2021.

[43] Danıştay 12. D, T: 12.03.2014, E: 2010/3324, K: 2014/1510, Danıştay 10. D, T: 23.10.1990, E: 1989/2100, K: 1990/2297; Danıştay İDDK, T: 09.11.2000, E: 2000/646, K: 2000/1119.

[44] AİHM, Shimovolos/ Rusya, p. 68.

[45] AYM Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1789, T: 11.11.2015, p. 62; AYM Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, T: 25.06.2014, p. 89; AYM, E: 2018/73, K: 2019/65, T: 24.07.2019.

gelmektedir.[46] Disiplin hukukunda savunma hakkı kamu gücüne sahip ve üstün yetkilerle mücehhez idareyi frenleyen ve idare ile memur arasında silahların eşitliğini sağlayan en önemli araçlardan bir tanesidir.[47]

Disiplin hukuku açısından savunma, kendisi hakkında disiplin cezası gerektiren fiil işlediği yönünde bir isnatla itham edilen kamu görevlisinin detaylı olarak bilgisine başvurulmasıdır. Diğer bir ifadeyle, maddi gerçeğin ortaya çıkması için kamu personeline isnat ve ithamlara karşı koyma hakkı verilmesidir.

Savunma hakkının özü, adalet ilkesine dayanmaktadır. Suç işlediği iddia olunan kişilerin söylemesi gerektiği şeylerin yaptırım tehdidi veya başka sebeplerle söyleyememesi maddi gerçeğe ulaşmayı engelleyecek ve dolayısıyla da adalet tecelli etmemiş olacaktır. Bu nedenle, ceza yargılamalarında olduğu gibi disiplin soruşturmalarında da itham edilen memura savunma hakkı tanınmıştır.[48]

Öğretide, savunma hakkının dar ve geniş anlamda şeklinde ikili ayrım yapılarak tanımlandığı görülmektedir.[49] Dar anlamda savunma hakkı, isnat edilen fiiller karşısında yapılan müdafaa olarak tanımlanırken geniş anlamda savunma hakkı ise, ithamdan ceza verilmesine kadarki süreçte memura güvence sağlayan yasal olanaklardır.[50] Mesela memurun hakkında disiplin soruşturması yürütüldüğünden haberdar edilmesi, memura isnadı reddetme, soruşturma evraklarını inceleyebilme, tanık dinletebilme ve savunma için yeterli süre ve imkân tanınması bu minvaldedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, savunma hakkı hem ulusal hem de uluslararası hukukta güvence altına alınan temel hürriyetlerin başında gelmektedir. Nitekim AİHS'nin adil yargılanma hakkını ele aldığı 6. maddesi uyarınca kendisine bir suç isnat edilen herkes "*savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak" ve "kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak"* haklarına sahiptir. Nitekim *Haralambie/Romanya* kararında mahkeme, istihbarat raporlarının ilgili kişiden saklanmaması ve bu raporlara karşı kamu görevlilerinin kendi tezlerini ileri sürebilmeleri için kendilerine açık, pratik ve etkin fırsat tanınmaması durumunda sözleşmenin 6. ve 8. maddeleri ihlâl anlamında geldiğini belirtmiştir.[51]

Avrupa Temel Haklar Bildirgesi'nin 41. maddesi, *"…herkesin, kendisini olumsuz şekilde etkileyebilecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkı, herkesin kendi dosyasına erişme hakkı ve meşru gizlilik çıkarlarına ve mesleki ve ticari gizliliğe saygı gösterilmesi ve idarenin, kararları konusunda gerekçe gösterme yükümlülüğü"* hükmüyle savunma hakkını iyi idare hakkının kapsamı içinde göstermiştir. Bu hükme göre memur aleyhine sonuç doğuracak tüm işlemlerden önce, idarece personelinin savunma yapmasına imkân tanınmasının zorunlu olduğu ortaya çıkmaktadır.

İç hukukumuzda da bu hak anayasal düzeyde koruma altındadır. Gerçekten de, Anayasa'nın *"hak arama hürriyeti"* başlıklı 36. maddesine göre, *"herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* Anayasa'nın 129/2. maddesi, *"memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası*

[46] ARAS, s. 1501.

[47] ERASLAN, s. 50.

[48] ERASLAN, s. 49.

[49] ZAFER, Hamide: Savunma Hakkı ve Sınırları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2013, s. 509.

[50] HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1994/1, s.20.

[51] ODYAKMAZ- KESKİN, s. 949.

verilemez." hükmünü amirdir. Anayasa koyucu, disiplin hukukunda savunma hakkını, kamu görevlilerinin hukuki güvenliğini ve dikkate almış başka bir söyleyişle memurun siyasal iktidarın ceza tehdidiyle ve baskıyla iş yapmasını önlemek için bu hakka özel önem vermiştir.[52] Böylelikle hak arama hürriyeti güvence altına alınmıştır.

Savunma hakkı ile ilgili bir diğer önemli düzenleme DMK'nın "*Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez."* hükmünün yer aldığı 130. maddesidir. Benzer biçimde, 7068 sayılı Kanun'un 31'inci maddesi de *"Disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından savunma alınmadan disiplin cezası verilemez."* hükmünü amirdir.

Bu hakkın disiplin işlemi bakımından asli bir şekil şartı olup olmadığı hususunda mevzuatta açık bir ifade yoktur. Bununla beraber, Anayasa ve evrensel hukuk prensiplerine göre savunma hakkı hukukun temel ilkeleri arasında kabul edilmektedir.[53] Öğretide de ağırlıklı olarak, kamu görevlisine savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilmesi asli şekil şartı eksikliği olarak kabul edilmektedir.[54]

D. Masumiyet Karinesi

İster disiplin suçu olsun ister adli bir suç olsun suçlanan kişi kendisini suçlayan kamu gücü ile donatılmış muktedir idare karşısında, eşitsiz ve savunmasız durumdadır. Bu nedenle de bahse konu eşitsizliği bertaraf etmek için hukuksal birtakım enstrümanlar geliştirilmiş, formüle edilmiş ve pozitif hukuka eklemlenmiştir. Disiplin soruşturmalarında idarenin masumiyet karinesine dikkate alması, buna riayet etmesi işlemlerini de buna göre tesis etmesi silahların eşitliğini sağlayacak enstrümanlardan bir tanesidir.

Masumiyet karinesi bir güvence olarak uluslararası sözleşmelere ve anayasalara derç edilmiş temel insan hakları arasındadır ki bu hak, OHAL dönemlerinde dahi dokunulamayacak çekirdek haklar arasında sayılmıştır. Bu nedenle soruşturmanın her aşamasında hatta soruşturma sonuçlandıktan sonra karar kesinleşinceye kadar, masumiyet karinesinin titizlikle uygulanması gerekmektedir. Memur hakkında görevden uzaklaştırma kararı verilmesi ve hatta tutuklanması hallerinde dahi masumiyet karinesine uyulması icap eder.

BM İnsan Hakları Komitesi masumiyet karinesini uluslararası hukukun emredici kurallarından (jus cogens) biri olduğunu ifade etmiştir.[55] 1982 Anayasası da, AİHS'deki gibi sadece suç isnadının bulunduğu adli yargılamalarla sınırlı olarak değil, idarenin memuruna herhangi bir suç isnadı tevcih ettiğinde de devreye girecek şekilde masumiyet karinesini detaylı olarak hükümleştirmiştir. Dolayısıyla masumiyet karinesi sadece yargı organlarını değil, kamu gücü kullanan tüm resmi makam ve görevlileri bağlamaktadır.[56]

---

[52] ERASLAN, s. 48.

[53] GÖZÜBÜYÜK A. Şeref -TAN Turgut: İdare Hukuku Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, C. I, 13. Baskı, Ankara 2021, s. 885.

[54] GÖZLER, İdare Hukuku, s. 985.

[55] UN Human Rights Committee, General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, § 11; Shah, Sangeeta, "Administration oj Justice", International Human Rights Law, (eds.) Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran, Oxford University Press, 2010, s. 324'ten aktaran US DOĞAN- YÜCEL DERİCİLER, s. 1103.

[56] YILDIRIM, Akif: "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2017, S.9, s. 493.

Disiplin hukukunda masumiyet karinesinin birtakım sonuçları vardır. Bunlardan bir tanesi memurun/kamu personelin üzerine atılı disiplin suçunu kendisinin işleyip işlemediği hususunda ispat yükünün idareye ait olmasıdır. Kamu personeli suçsuz olduğunu ispat etmeye zorlanamaz.

İkincisi, disiplin soruşturması devam eden bir personel hakkında idarenin bu hakka saygı göstermesi ve soruşturma bitmeden memurun özlük haklarına dokunulmaması gerektiğidir. Söz gelimi disiplin soruşturması devam ederken memur hakkında disiplin cezası verilmesi böyledir. Keza disiplin soruşturması açılmasına neden olan fiil aynı zamanda TCK bakımından bir suçsa idari mercilerin adli soruşturma ve kovuşturma sonucunu beklemeleri elzemdir. Aksi durumda, söz gelimi, meslekten çıkarılan kamu personeli ceza kovuşturması sonucunda beraat ederse çeşitli mağduriyetlerin yaşanması kaçınılmaz olacaktır.

Diğer bir sonuç ise, çoğunlukla ceza muhakemesinde uygulanan, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile ilgilidir. Disiplin suçu işlenip işlenilmediği hususunda en ufak bir şüphe olsa dahi memur hakkında disiplin cezası verilmemesi icap eder. Masumiyet karinesin bir gereği olarak disiplin soruşturmasının etkin bir biçimde tamamlanmış olması, tüm iddia ve delillerin kuşkuya yer bırakmayacak bir kanaat oluşturacak şekilde değerlendirilmesi icap eder. Kamu görevlisinin isnat edilen eylemi işleyip işlemediği hususunda en küçük bir şüpheye düşülmesi halinde şüpheye düşülen hususlar soruşturulan memurun lehine olarak yorumlanmak zorundadır. İsnat edilen fiilin soruşturulan kamu görevlisi tarafından işlendiğinin kesin bir şekilde ortaya konulamaması, soyut iddiaların varlığı veya somut bilgi ve belgelerin hükmedilen cezaya dayanak yapılamaması kamu görevlisi hakkında verilen disiplin cezasını hukuka aykırı hale getirir.[57]

Başka bir sonuç ise, soruşturmaya maruz kalan kişinin ifşa edilmemesi, ona isnat edilen suçların ve olguların kamuoyunca öğrenilmemesidir. Bu gizliliğin sebebi kişilerin haklarının muhafazası onun lekelenmemesi, kişilerin topluma suçlu olarak takdim edilmelerinin önüne geçilmesi açısından gereklidir ve elzemdir.[58] Gerçekten de, bir suç ithamıyla karşı karşıya kalan insan, soruşturma veyahut yargılamanın sonuçlanması beklenmeden mahallesinden, arkadaşlarından, komşularından hülasa sosyal çevresinden dışlanmakta baştan suçlu ilan edilebilmektedir. Suçlama bazen öyle bir aşamaya gelmektedir ki soruşturma/yargılama sonucunda kişi aklansa bile baştan yapıştırılan suçlu etiketinden kurtulması mümkün olamamaktadır. Böyle bir durumla karşılaşan birey işinden, kariyerinden olma, çocuklarının toplumdan dışlanması, tekrar iş bulamama gibi tehlikelerle yüz yüze kalır. Masumiyet karinesinin ihlali sosyal bir varlık olan insanın sağlıklı bir çevrede yaşayabilmesi, özel yaşamına saygı gösterilmesi, maddi manevi varlığını geliştirme hakkı gibi haklardan mahrum olmasına yol açar. İşte masumiyet karinesinin önemi burada ortaya çıkmaktadır.

E. Diğer Usuli Güvenceler

Disiplin cezası verilebilmesi konusunda idareye sınırlı süreler verilmiştir. Bu süreler geçtiği takdirde disiplin cezası verilmesi mümkün değildir. Söz gelimi, DMK'ya göre disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren 2 yıl içinde disiplin cezası verilmesi gerekmektedir. Aksi halde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrayacaktır. Benzer biçimde, mezkûr Kanun ve Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'ne göre, devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren hallerde disiplin cezası gerektiren fiil ve halin

[57] *"[…] dava konusu disiplin cezasına dayanak gösterilen eylemlere ilişkin isnatların soyut olduğu, dolayısıyla isnat edilen eylem belirli bir olaya ilişkin olmadığı gibi, kimin hangi eylemlerden, ne ölçüde sorumlu olduğu, açıkça, her türlü şüpheden uzak, somut, kesin, yeterli ve inandırıcı delillerle tam bir vicdani kanaat oluşturacak şekilde ortaya konulmadığından […]"* Danıştay, 12.D, E: 2012/9082, K: 2016/408, T: 02.02.2016.

[58] ARSLAN, Uğur: Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Suçları, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2021, s. 113 vd.

öğrenildiği tarihten itibaren disiplin amirlerince 6 ay içinde disiplin soruşturmasına başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisinin zamanaşımına uğradığı anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Memur hukuku objektif esaslara dayandığında memurluk güvencesi sağlanmış ve keyfi olarak memurun görevine son verilmesi tehlikesi önlenmiş ve en nihayetinde hukuk devleti ilkesi ile uyumlu hareket edilmiş olur.[59] 1961 ve 1982 anayasalarında devlet memurlarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, aylık ve ödenekleri ile özlük işlerinin kanunda düzenleneceğini öngörülmüştür. Buradan öyle anlaşılıyor ki, Anayasa koyucu sağladığı birtakım güvenceler ile memuru siyasal iktidarın ve yöneticilerin keyfi tutumundan ve baskısından korumayı hedeflemiştir.[60] Söz gelimi, disiplin suç ve cezalarının kanun ile düzenlenmesi, disiplin işlemlerinin yargı denetimine açık olması, idarenin masumiyet karinesi çerçevesinde hareket etmesi ve memura savunma hakkı verilmesi gibi temel güvenceler bu kabildendir.[61]

Anayasanın 8. maddesi idarenin Anayasa ve kanunlara uygun olarak faaliyet yürüteceği, 123. maddesi ise idarenin kanunla düzenleneceği hükümlerini amirdir. Memur disiplin hukuku açısından yukarıda yer verilen hükümler değerlendirildiğinde; idarenin kanunlara uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu, Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş alanın dışında iş ve işlem yapamayacağı, aksi durumda yetki ve fonksiyon gaspının gündeme geleceği ve son tahlilde hukuk devleti ilkesinin aşınması/zarar görmesi gibi bir durumun ortaya çıkacağı anlaşılmaktadır.

Birel işlem mahiyetinde olduğu öğretide ifade edilen OHAL KHK'larına ekli listelerle meslekten çıkarma işlemine dair yargısal kararlarda, bu işlemin disiplin cezasından farklı bir olağanüstü tedbir olduğu ifade edilerek, AİHS ve Anayasa ile güvence altına alınan hakların ihlaline yönelik denetimden bağışık oldukları yönünde mahkemelerin argüman geliştirdikleri görülmektedir.[62] İlginçtir ki, olağanüstü tedbir argümanı darbe girişiminden 2 yıl sonra tesis edilen ihraç işlemleri için de kullanılmaktadır. Bu işlemlerin olağanüstü tedbir olduğu kabul edilse bile ne bis in idem, suç ve cezaların geçmişe yürümeyeceği, savunma hakkı ve masumiyet karinesi gibi OHAL dönemlerinde dahi dokunulması yasak olan çekirdek haklardan idarenin azade veya berî olduğu şeklindeki bir yorumun hukukla izah edilecek bir tarafı yoktur.

Bu çalışmada yukarıda sayılan hak ihlalleri bakımından ulaşılan sonuçlar aşağıda gösterilmiştir:

> **1. Kanunilik ilkesi bakımından**: Kişilerin temel haklarına müdahale oluşturan yaptırımlar öngören her türlü yasal norm belirli, erişilebilir ve öngörülebilir olmak zorundadır. Disiplinel olmayan kamu görevinden çıkarma işlemi kapsamında idarenin, ihraç olunan kişilerin terör örgütleriyle irtibat-iltisak şeklinde bağlantılarının olduğu şeklinde bir gerekçe ortaya koyduğu görülmektedir. Mezkûr terimlerin muğlak, keyfiliğe açık, net, belirgin *(clear and precise*) ve öngörülebilir olmadığı

[59] KARSLI, Mehmet, Rauf: "Memurluk Güvencesi ve OHAL Sürecinde Yapılan İhraç İşlemleri Üzerine Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 2020/1, s.46.

[60] KÜÇÜK, Çolpan Mücahit: Kanunilik İlkesinin Memur Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği, YBHD Yıl 6 Sayı 2021/2, s. 133.

[61] AZRAK, Ali Ülkü: "Hukuk Devleti Açısından Memurların Mesleki Güvenceleri", Kamu Personeli Sorunları, İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, Eskişehir, Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 8, 2004, s.1.

[62] Anayasa'nın 148. maddesinin ilk fıkrasının yargı denetimi dışında bıraktığı işlem, OHAL KHK'larıdır. Bireysel nitelikteki idarî işlemler ise Anayasa m. 125. Mucibince yargı denetimine tâbidir. Kamuoyuna ekli listelerin Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmasından sonraki bir tarihte OHAL KHK'lerine ilave edildiği yansımıştır. Öğretide bu fiilî durum nedeniyle OHAL KHK'sı ile kamu görevinden çıkarma işleminin sübjektif ve bireysel idarî işlem olduğu belirtilmektedir. Bkz. GÖZLER, 15 Temmuz, s. 4 vd; KARSLI, s. 73.

değerlendirilmektedir. Nitekim, OHAL KHK'ları ile gündeme gelen bu kavramlar/terimler hukuki olmayıp istihbari terimlerdir. Pozitif hukukumuzda bu terimlerin tanımı bulunmamaktadır.[63] Avrupa Konseyi kurumlarının da belirttiği gibi, bu şekilde muğlak bir kanun yazma tekniği, öngörülebilirlik ilkesini (*foreseeability*) açıkça ihlal etmektedir. AİHM'e göre, "*ulusal yasalar açık, öngörülebilir ve yeterli şekilde erişilebilir olmak zorundadır."* [64] Bu duruma, "*yeterince öngörülebilirlik*" ilkesi de dahil olup bu ilkeye göre kanunlar, bireylerin kanuna uygun olarak hareket etmesine imkân verecek netlikte olmalı ve **bireyler idarenin takdir yetkisini dahi öngörebilecek imkâna sahip olmalıdır**.[65] Bu hususlar bir yasanın olmazsa olmaz nitelikleri arasında olup, öngörülebilir olmayan bir düzenleme, AİHS anlamında "kanun" olarak nitelendirilemez; bu niteliklerden yoksun bir kanun, temel haklara müdahaleye yasal dayanak olamaz.

Disiplin cezaları bakımından öğretide ağırlıklı olarak kanunilik ilkesinin benimsendiği yukarıda belirtilmişti. Yine pozitif hukukumuzda disiplin cezalarının kanunlarla sabit olduğu bunların sayma yöntemi ile belirlendiği ifade edilmişti. Ve fakat OHAL KHK'ları ile farklı bir durum ortaya çıkmıştır. Sonradan çıkarılan bu düzenlemelerle "*ömür boyu kamu görevinden çıkarma cezası*" gibi pozitif hukukta daha önce bulunmayan ceza/cezalar getirilip bu ceza/cezalar geçmişe dönük olarak uygulanmıştır. Bir ceza geçmişe yürür şekilde uygulanırsa Anayasa'nın çekirdek hak olarak saydığı ve OHAL döneminde dahi askıya alınamayacağını belirttiği "*suç ve cezalar geçmişe yürütülemez*." ilkesi ve hakkı ihlal edilmiş olur (Anayasa m. 15/2).

2. Savunma hakkı bakımından: Kanaatimizce, KHK'lar ile yapılan meslekten çıkarma kararlarının, kamu görevlisinin görevini sonlandırıp kamu kurumunun iç düzenini korumaya/ bozulan düzeni yeniden tesis etmeye yönelik olduğundan, disiplin cezası niteliğinde olduğuna kuşku yoktur. O halde bu ceza verilirken adil yargılanma hakkına ve bu hakkı oluşturan diğer güvencelere aykırı hareket edilirse işlem hukuka aykırı olacaktır. Savunma alınmadan ceza verilmemesi evrensel düzeyde kabul gören ve temel hak ve hürriyetler açısından güvence niteliğinde olan *"hukukun genel bir ilkesi"*dir. 1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 2. fıkrası *"memurlar ve diğer kamu*

[63] Hatay Barosuna kayıtlı olarak serbest avukatlık yapan ve aynı zamanda 22.2.2014 tarihinden itibaren arabuluculuk faaliyetinde bulunan Ş.D.C. hakkında ceza kovuşturması bulunduğu ve bu nedenle terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak şartını taşımadığı gerekçesiyle arabulucular sicilindeki kaydının Adalet Bakanlığı tarafından silinmesine ilişkin başvuruda AYM; başvurucu hakkında var olan herhangi bir bilgiye, başvurucunun bir eylemine veya iltisaklı ya da irtibatlı olunduğunu gösteren herhangi bir vakıaya yahut olguya yer verilmediği, devam eden bir ceza davasında başvurucunun sanık olarak yargılanmasının başvurucunun örgütle irtibatlı ya da iltisaklı olduğunun kabul edilebilmesi açısından bir şüpheye neden olsa da başkaca somut eylem, olay ya da olgularla desteklenmediği durumda bu türden bir şüpheye dayalı olarak mevcut olaydaki gibi ağır sonuçları olan işlemler tesis edilmesinin kamusal makamlardan beklenen ikna edici nitelikte gerekçe ortaya konulması yükümlülüğüne aykırılık oluşturacağını, örgütle irtibatlı ya da iltisaklı olarak kabul edilmek için başvurudaki gibi yalnızca kovuşturma bulunmasının yeterli kabul edilmesinin, söz konusu kavramların kapsam ve sınırlarının yargı kararlarıyla belirlenmesi konusunda yargısal makamlara tanınan takdir yetkisinin öngörülen yükümlülüklere uygun şekilde kullanılmaması anlamına geldiğini, ayrıca terör örgütleriyle irtibatlı ya da iltisaklı olunduğunun kabulü açısından derdest bir ceza davasının bulunmasının tek başına yeterli görüldüğü ve söz konusu işlem ya da kararın gerekçesinin bu tespit üzerinden oluşturulduğu durumda, ilgili kişinin beraatine karar verilmesinin söz konusu gerekçeyi tamamen dayanaksız duruma getireceğinden bahisle iptal kararı vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2019/19839, Karar Tarihi: 15.03.2023, R.G. Tarih ve Sayı: 16/6/2023-32223

[64] "*The national law must be clear, foreseeable and adequatly accessible*." Bkz. AİHM, Silver ve diğerleri / Birleşik Krallık, p. 87.

[65] AİHM, Shimovolos/ Rusya, p. 68.

görevlileri ile kamu görevi niteliğindeki meslek kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez" hükmüne yer vermektedir. Benzer hüküm 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 130. maddesinde de mevcuttur. Görüldüğü gibi, Anayasamız, Devlet Memurları Kanunu ve diğer mevzuat savunma hakkı olmaksızın disiplin cezasının verilmesini yasaklamıştır. Öğretide "*Doğrudan disiplin cezası verme yasağı*" olarak da adlandırılan[66] bu ilke kapsamında savunma alınmadan disiplin cezası verilmesi, işlemi hukuka aykırı hale getirmektedir. Üstelik savunma almadan disiplin cezası verilmesi öğretide de asli şekil şartı eksikliği olarak değerlendirilmektedir. OHAL KHK'larına ekli listelerle yapılan kamu görevinden çıkarma işleminde, ilgililerin isnattan haberdar edilip kendilerine savunma hakkı imkânı tanınmadığı gözetildiğinde, bu nevi işlemlerin aynı zamanda şeklen de malul olduğu ortaya çıkmaktadır.

3. Masumiyet karinesi bakımından: KHK'larda, hangi kamu görevlisinin "üye" (mensubiyet) hangisinin "iltisaklı" veya "irtibatlı" olduğu şeklinde bir ayrıma gidilmemiş, belgede ismi olan herkes irtibatlı, iltisaklı veyahut örgüt üyesi kabul edilmiştir. Bu durum masumiyet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.[67] Mezkûr hüküm formüle edilip yürürlüğe konulurken ihraç edilenlerin haklarında açılmış bir kamu davası olup olmadığı, kamu davası açılmışsa mahkûm olup olmadığı, bunlar mahkûm olmuşsa haklarındaki hükmün kesinleşip kesinleşmediği hususlarına bakılmaksızın bu kişiler irtibatlı, iltisaklı veya terör örgütü üyesi kabul edilerek görevlerinden çıkarılmışlardır. Bu durum Anayasa m. 15'te yer alan masumiyet karinesinin hiçe sayılması demektir. Halbuki bu ilke yukarıda da belirtildiği gibi, sadece yargı mercilerini değil idari otoriteleri de bağlamaktadır. Anayasa'nın 38/4 maddesi gereğince; *"Suçluluğu hükmen (kesin bir yargı kararı ile) sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."* Jus cogens niteliğindeki hukukun bu temel ilkesi OHAL döneminde dahi ihlali mümkün olmayan mutlak haklardandır. AİHS m. 15 olağanüstü hallerde çekirdek haklar dışında bazı hakların askıya alınmasını, belirli kayıtlar dahilinde, kabul etmektedir. Ve fakat OHAL durumunda dahi çekirdek hak olduğu Anayasa'da açıkça yazılı olan masumiyet karinesinden yararlanma hakkı askıya alınamaz. Dolayısıyla OHAL KHK'ları ile kişilerin isimlerinin Resmî Gazete'de yayımlanması, haklarında kesin hüküm bulunmadan suçlu ilan edilmeleri ve kamu görevinden çıkarılmaları hukuka uygun değildir.

4. Ne bis in idem ilkesi bakımından: Kural olarak aynı fiilden dolayı memur hakkında hem adli soruşturma hem de disiplin soruşturması yapılması caizdir. Bir diğer söyleyişle, disiplin soruşturması ile ceza yargılaması, kural olarak, birbirinden bağımsız olarak yürüyebilir.[68]

---

[66] KAYA, Cemil: "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 2, Yıl: 2005, s.80; GÖZLER-KAPLAN, s.664; BOZ, Selman Sacit: "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s.25.

[67] AYM, yapılan iptal başvuruları kapsamında mezkûr ibareyi iptal etmektedir. Bkz. 7086 sayılı Kanun hakkında AYM'nin 24/6/2021 tarihli ve E: 2018/81, K: 2021/45 sayılı kararı; yine AYM'nin 7091 sayılı Kanun hakkında 26/10/2022 tarihli ve E: 2018/85, K: 2022/127 sayılı kararı; keza 7092 sayılı Kanun hakkında AYM'nin 9.11.2022 tarihli ve 2018/86 E: 2022/133 K: sayılı kararı. AYM bu kararlarında; üyelik ve mensubiyet ibarelerinin; terör örgütü üyeliği suçundan ceza soruşturması veya kovuşturmasına maruz kalıp kalmadığı, haklarındaki adli süreç tamamlanıp tamamlanmadığı belli olmayan ve suçlu olduklarına dair kesin hüküm verilmeyen kişilerin kanuna ekli listelerde kimlik bilgilerine yer verilmesinin bu kişilerin terör örgütü üyesi veya mensubu olarak nitelendirilmelerine yol açabilecek nitelikte olduğunu belirterek, kesinleşmiş mahkumiyet hükmü olmadan kişilerin suçlu sayılmasına neden olabilecek ifadeler içeren kuralın suçsuzluk/masumiyet karinesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca, iptale konu olan işlemin Anayasanın 15. maddesinde olağanüstü hâl döneminde dahi dokunulamayacak haklardan olan suçsuzluk/masumiyet karinesine aykırı olduğunun da altını çizmiştir.

[68] OĞURLU, s. 110 vd; KAYA, s. 78.

Ceza hukukunda olduğu gibi disiplin hukukunda da adil yargılanma hakkının en önemli uzantılarından olan *ne bis in idem* ilkesi geçerlidir.[69] Bu ilke AİHS ek 7. Protokolün 4. maddesinde yer almaktadır.[70] AİHM'nin içtihadına göre, AİHS'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde öngörülen güvence, savaş veya diğer bir olağanüstü hâl sırasında Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca askıya alınamamasıyla anlaşılacağı gibi, AİHS'nin koruma sisteminde önemli bir yer tutmaktadır.[71]

Her ne kadar ne bis in idem ilkesinin disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki ilişkide geçerli olmadığı savunulsa da bu kuralın istisnaları yok değildir. Söz gelimi, OHAL KHK'sı ile kamu görevinden çıkarılan kişiler hakkında silahlı terör örgütüne üye olmak suçlamasıyla kamu davaları açıldığı da görülmektedir. "*Engel Kriterleri"* ismi ile bilinen AİHM'nin belirlemiş olduğu kriterlerin somut olaya uygulanması sonucunda OHAL KHK'ları ile yapılan meslekten çıkarma cezası salt disiplin yaptırımı olmaktan öte ceza hukuku anlamında da bir ceza olduğu değerlendirilmektedir.[72] AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre kamu görevinden çıkarılmayı gerektirecek idari işlemler şeklen olmasa bile **maddi anlamda bir ceza hukuku işlemidir**. Bu açıdan AİHM atılı suçu ya da suçlamaları değil, suçlamalara dayanak gösterilen **fiilleri** dikkate aldığını belirtmek gerekir.[73] Nitekim, kamu görevinden çıkarılan personel hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması açılması ***"aynı fiil"*** kıstası bakımından özellikle değerlendirilmelidir. Son tahlilde, kamu personelinin aynı fiil nedeniyle hem ceza kovuşturması altında olması hem de kamu görevinden ömür boyu çıkarılması iki defa cezalandırılması anlamına gelmektedir. Bu durum *"aynı suçtan iki defa ceza verilemez"* şeklinde bilinen evrensel hukuk ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Kaynakça

AKBULUT, Emre: Türk İdare Hukukunda Kanunu İdare İlkesi, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2013.

AKGÜNER, Tayfun- BERK, Kahraman: İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2017.

AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat- KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2022, Savaş Yayınları

ALTIPARMAK, Kerem: "Ölü Doğan Çocuk: 685 sayılı KHK ile kurulan OHAL Komisyonu", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2017.

[69] "*Aynı eylem ya da suçlamalar nedeniyle bir kişi hakkında iki ayrı yargılama yapılamayacağı gibi iki ayrı cezaya da hükmedilemez*."

[70] Türkiye bu protokolü hiçbir çekince koymadan imzalamıştır. Protokol 1 Ağustos 2016 tarihi itibarıyla yürürlüktedir.

[71] AİHM, Mihalache/ Romanya, § 47.

[72] *"Yargılama işlemlerinin cezai olup olmadığının belirlenmesinde ulusal hukuklar tek başlarına belirleyici değildir. AİHS m. 4'teki "cezai işlemler" kavramı, AİHS m. 6 ve m. 7'deki "suç isnadı" ve "ceza" kavramlarına ilişkin genel ilkeler ışığında yorumlanmalıdır*." anlamında kullanılan terim. Engel kriterlerine göre bir suçun cezai nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde şu üç önemli kritere bakılmalıdır: Suçun iç hukuktaki tasnifi, suçun niteliği, cezanın niteliği ve ağırlığı. Bkz. ÜZELTÜRK Hakan: "Ne Bis İn İdem: Bir Anayasa Mahkemesi Kararı", *YUHFD*, Vol. XVI No.2 (2019), s. 229.

[73] AİHM, Grande Stevens ve Diğerleri/İtalya, p. 277.

ARAS, Bahattin: "Uluslararası Belge ve Raporlar Işığında Yargı Mensuplarının Disiplin Soruşturmalarında Hukuki Dinlenilme ve Savunma Hakkı", *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S.2, 2021.

ARSLAN, Uğur: Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Suçları, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2021.

ARTUK, Mehmet Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Adalet Yayınları, 10. Bası, Ankara 2016.

AZRAK, Ali Ülkü: "Hukuk Devleti Açısından Memurların Mesleki Güvenceleri", Kamu Personeli Sorunları, İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, Eskişehir, Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 8, 2004.

BOZ, Selman Sacit: Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017.

ÇETİNTÜRK, Ekrem: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 5 Sayı 9 Haziran 2017.

DOĞRU, Osman-NALBANT, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2012.

ERASLAN, Yunus: Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018.

ERSÖZ, Kürşat- SERTTAŞ, Seher: "Devlet Memurlarının İsnat ve İftiralara Karşı Korunması", *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2019.

GİRİTLİ, İsmet: "Devlet Memurları Kanun Tasarısı ve Bazı Eksiklikleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXX, S. 1, 1965.

GİRİTLİ, İsmet: Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki" *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1963, C.18, S.2.

GÖZLER, Kemal-KAPLAN Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin, 2022.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. II, 3. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019.

GÖZLER, Kemal: "15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", https://www.anayasa.gen.tr/15-temmuz-kararnameleri.pdf, E.T. 20.07.2023.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref -TAN Turgut: İdare Hukuku Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, C. I, 13. Baskı, Ankara 2021.

GÜNDAY, Metin: "OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum", Ankara Barosu Dergisi, (1), 2017.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1994/1.

İNCEOĞLU, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, Avrupa Konseyi Program Ofisi, Ankara, 2018.

KARSLI, Mehmet, Rauf: "Memurluk Güvencesi ve OHAL Sürecinde Yapılan İhraç İşlemleri Üzerine Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 2020/1

KAYA, Cemil: "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına Hâkim Olan Temel İlkeler", Amme İdaresi Dergisi, C: 38, S:2, Haziran 2005.

KÜÇÜK, Çolpan Mücahit: Kanunilik İlkesinin Memur Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği, YBHD Yıl 6 Sayı 2021/2.

ODYAKMAZ, Zehra- KESKİN, Bayram: "Kamu Görevlilerinin Meslekten Çıkarılmalarında Uygulanan Kriterlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Bağlamında Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı 2. Cilt, Ankara, 2020.

SOYASLAN, Doğan: Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, 1. Baskı, Ankara, 1990, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.

TAN, Turgut: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2017.

TAŞKIN, Ahmet: Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

US DOĞAN, Eser- YÜCEL DERİCİLER, Özge: "Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması" *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S.1, Nisan 2020.

ÜZELTÜRK, Hakan: "Ne Bis İn İdem: Bir Anayasa Mahkemesi Kararı", *YUHFD*, Vol. XVI No.2 (2019), s. 229.

YEŞİL, İsmail: "Anayasal İlkeler Çerçevesinde Disiplin Cezaları", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 52, Aralık 2010.

YILDIRIM, Akif: "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2017.

YILDIRIM, Tolga: "Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, 2019, C. 77, S. 1

YILDIRIM, Turan: İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: İdare Hukuku, C.1, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

ZAFER, Hamide: Savunma Hakkı ve Sınırları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2013.

Çevrim İçi Kaynaklar:

AİHM Veri Tabanı, https://www.echr.coe.int/hudoc-database

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/

Danıştay Başkanlığı Karar Arama, https://karararama.danistay.gov.tr/

HÜKÜMLÜLERİN OY KULLANMA HAKKI

Dr. Öğretim Üyesi Veysel Candan CANOĞLU*

ÖZET

Temsili demokrasilerin esas koşullarından birisi seçimlerin varlığıdır. Seçimle göreve gelen yöneticiler, yine belirli aralıklarla yapılan seçimlerle değiştirilebilmektedir. Bu bakımdan seçimlerin amaca hizmet edebilmesi için birtakım ilkelere uygun olmasında yarar vardır. Sözü edilen ilkeler arasından genel oy ilkesine göre cinsiyet, ırk, eğitim, sosyal ve ekonomik durum gibi ayrımlar söz konusu olmaksızın bütün yurttaşlar oy kullanma hakkına sahip olmalıdır. Bununla beraber demokrasiyi benimsemiş diğer birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de bahsedilen ilkeye dair birtakım istisnalar bulunmaktadır. Örneğin Anayasa m.67/5'te yer aldığı üzere 18 yaşını doldurmamış olanlar, silah altında bulunan er ve erbaşlar ve askeri öğrenciler oy kullanamazlar. Burada yer alan bir diğer istisnai durum ise suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmüne ilişkindir. Anılan düzenlemeye göre taksirli suçlar hariç olmak üzere ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ayrıca söz konusu yasağın kapsamının, Türk Ceza Kanunu m.53 ile genişletildiği söylenebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Söyler/Türkiye kararında, Türk Ceza Kanunu m.53'teki düzenleme nedeniyle oy kullanamayan başvurucu açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol m.3'te düzenlenen serbest seçim hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın uygulanan bu yoksunluğun ölçüsüz bir sınırlama niteliğinde olduğu gerekçesiyle Türk Ceza Kanunu m.53/1'de yer alan "hapis cezasına" ibaresinin aynı fıkranın b bendinde yer alan "seçme ve" ibaresi yönünden iptaline karar vermiştir. Nitekim anılan kararların da etkisiyle Yüksek Seçim Kurulu, en son 2023 yılındaki seçimler için almış olduğu kararında da görüldüğü üzere örneğin, koşullu salıverilenlerin oy kullanabileceklerini kabul etmiştir. Çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından belirlenen kriterler çerçevesinde, yaptırımın türü ve infaz edilme şekline bağlı olarak Türk hukukunda hükümlülerin oy kullanma hakkı ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Siyasi Haklar, Hükümlü, Hapis Cezası, Denetimli Serbestlik, Koşullu Salıverilme.

THE RIGHT OF CONVICTS TO VOTE

ABSTRACT

One of the basic requirements of representative democracies is elections. The administrators can be appointed by elections. Also these administrators can be changed by elections held at certain intervals. In this respect, it may be appropriate to make the elections according to certain principles. One of these

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, canoglu.veysel@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1244-8737.

principles is the principle of universal suffrage. According to this principle, all citizens should have the right to vote, regardless of gender, race, education, social and economic status. However, as in many other democratic countries, there are exceptions to this principle in our country. For example, those under the age of eighteen, private and sergeant under compulsory military service and military students do not have the right to vote. Another exception is related to the conviction given for the crime. According to the article 67 of the Constitution, With the exception of negligent crimes, convicts in prison cannot vote. In addition, the scope of this prohibition is expanded by the article 53 of the Turkish Penal Code. In the decision of Söyler/Turkey, the European Court of Human Rights determined that the right to free elections, which was regulated in Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, was violated for the applicant, who could not vote due to the regulation in the article 53 of the Turkish Penal Code. The Constitutional Court decided to annul the phrase "to imprisonment" in the article 53 of the Turkish Penal Code in terms of the phrase "selection and" in subparagraph b of the same paragraph, on the grounds that it is a disproportionate limitation, regardless of whether the convict is in the penitentiary institution or not. Under the influence of these decisions, Supreme Election Council, as seen in the last decision taken for the elections in 2023, accepted that convicts who were released on conditional release could vote. In our study, in the context of the criteria accepted by the European Court of Human Rights, the right of convicts to vote in Turkish law is discussed depending on the type of sanction of the crime and the type of execution of this sanction.

Keywords: Political Rights, Convict, Imprisonment, Probation, Conditional Release

GİRİŞ

Bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlükler, genel olarak Anayasa m.13'te yer alan koşulların varlığı hâlinde sınırlandırılabilmektedir. Bu sınırlandırmanın kapsamı bireyin içinde bulunduğu durum ve şartlara göre değişkenlik gösterebilmektedir. Nitekim işlediği suç nedeniyle hakkında mahkûmiyet hükmü tesis edilen hükümlü açısından, yaptırımın türüne bağlı olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği ve mülkiyet hakkı gibi birtakım temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunulabilmektedir. Hükümlüler açısından kısıtlanabilen bir diğer hakkın ise oy kullanma hakkı olduğu söylenebilir. Bilindiği üzere demokratik rejimlerin temel gereklerinden birisi seçimlerdir. Belirli makamlarda bulunan kişiler, seçim yoluyla göreve gelebilmektedir. Yine bu kişilerin yerine, görev almak üzere başka kişiler seçilebilmektedir. Bu değişikliğe yönetilenler karar verebilmektedir. Ancak yönetilenlerin iradesinin sandığa yansıyabilmesi için birtakım hususlara dikkat edilmesinde yarar vardır. Tarihsel süreç içerisinde bu hususlarda önemli gelişmeler meydana gelmiştir[1]. Günümüzde seçimlerin bağımsız yargı denetiminde, özgür ve çoğulcu bir ortamda,

[1] Genel oy ilkesi, demokrasinin temellerinin atılmaya başlandığı dönemden çok daha sonraki bir süreçte benimsenmeye başlamış olan bir ilkedir. Özellikle Fransız Devrimi gibi olaylardan sonra oy kullanma hakkının genele yayıldığı görülebilmektedir. Bkz. DUVERGIER DE HAURANNE SOURCE, Ernest: "La Démocratie Et Le Droit De Suffrage: II. Le Suffrage Universel", *Revue des Deux Mondes*, Cilt 74, Sayı 4, s. 785, 786; Buna karşın, doktrindeki diğer bir görüşe göre bu hakkın kazanılmasına yönelik yapılan eylemlerin iç savaş gibi büyük olaylarla doğrudan bir ilgisinin bulunduğu söylenemez. Nitekim tarihte yaşanan olaylara bakıldığında genel oy ilkesine imkân sağladığı ileri sürülen iç savaş gibi olayların sayısının oldukça az olduğu görülebilmektedir. Bununla beraber günümüzde seçmenlerin

serbest, gizli, eşit ve genel oy ilkelerine uygun şekilde yapılması gerektiği kabul edilmektedir[2]. Bu ilkeler arasından genel oy ilkesine cinsiyet, ırk, eğitim, sosyal ve ekonomik durum gibi ayrımlar söz konusu olmaksızın bütün yurttaşlar oy kullanma hakkına sahip olabilmelidir[3]. Oy kullanma hakkının bütün vatandaşlara ait olması, demokrasinin ilerlemesine ortam hazırlayabilmektedir[4]. Bununla beraber demokrasiyi benimsemiş diğer birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de sözü edilen ilkenin birtakım istisnaları bulunmaktadır[5]. Bu istisnalardan birisi hükümlülere ilişkindir. Hemen belirtmek gerekir ki bütün hükümlüler açısından bu yasağın öngörüldüğü söylenemez. Nitekim suçun türü ve cezanın süresi gibi birtakım özelliklere göre farklılıklar söz konusu olabilmektedir.

Öncelikle hükümlüler ile tutukluların farklı düzenlemelere tabi olduğu belirtilmelidir. İkisi arasındaki temel farkın, kesin niteliği haiz mahkûmiyet hükmünün varlığına ilişkin olduğu ifade edilmelidir. Tutuklama, yargılama devam ederken şüpheli veya sanık hakkında uygulanan bir koruma tedbiridir. Sanık hakkında mahkûmiyet hükmü verildiği durumlarda dahi bu hüküm kesinleşmemiş ise masumiyet karinesi açısından sanığın suçlu olarak kabul edilmesi veya bu yönde ima ve açıklamalarda bulunulması mümkün değildir. Bu nedenle uygulamada hükümözlü ve hükmen tutuklu olarak adlandırılan sanık, henüz hükümlü olmadığından bu kişinin oy kullanma hakkının sınırlandırılmasından ifade edilemez. Bu kapsamda Türk hukukunda tutukluların, salt bu nedenle oy kullanma hakkından mahrum bırakıldığı söylenemez[6].

Hükümlü, genel olarak işlediği suçtan dolayı hakkında verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş olan kişi olarak tanımlanabilir. Türk Ceza Kanunu'nda (TCK)[7] görüldüğü üzere suçun iki tür yaptırımı vardır. Bunlar, ceza ve güvenlik tedbirleridir. Cezalar ise hapis cezası ve adli para cezasından ibarettir. Hapis cezası da kendi içinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmaktadır. Anayasa ve kanunlara bakıldığında, hükümlü hakkında adli para cezası verilmesinin kural olarak oy kullanma hakkına bir etkisi olduğu söylenemez. Hapis cezalarına bakıldığında ise suçun manevi

önemli bir kısmında, oy hakkının liyakata dayanması gerektiği gibi düşünceler de mevcuttur. Bkz. CONGLETON, Roger D.: "Economic Development and Democracy: Does Industrialization Lead to Universal Suffrage?", *Homo Oeconomicus*, Cilt 21, Sayı 2, 2004, s. 284- 298.

[2] ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Temsili Demokrasinin "Seçim" Ayağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 60, 2005, s. 82; METİN, Yüksel: "AİHS Çerçevesinde ve AİHM Kararları Işığında Serbest Seçim Hakkı", *Liberal Düşünce*, Cilt 14, Sayı 48, 2007, s. 132; KANADOĞLU, Osman Korkut / DUYGUN, Ahmet Mert: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 143.

[3] ALİEFENDİOĞLU, s. 89.

[4] Yazara göre genel oy ilkesinin olumlu ve olumsuz birtakım sonuçları bulunmaktadır. Bu ilkeye göre oy kullanma hakkını elde eden insanların en mütevazısı bile her şeyi talep edebilme hakkına kavuşabilmektedir. Deyim yerindeyse en rütbeli olanlar da dâhil olmak üzere herkes bir savaş alanında olduğu gibi kılıcıyla rütbesini kazanmalıdır. Demokrasi açısından bu ilkenin kabul edilmesi durumunda ne olacağını kestirmek zordur. Öyle ki bu ilkenin kabulü demokrasinin kuruluşuna hizmet edebileceği gibi demokrasinin çöküşüne de neden olabilmektedir. Bkz. DUVERGIER DE HAURANNE SOURCE, s. 787.

[5] ALİEFENDİOĞLU, s. 89; KARAKAŞ DOĞAN, Fatma: "Mahkumların Oy Hakkı AİHM'nin Söyler v. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 112, 2014, s. 109; DOĞAN, Duygu Çağlar: "Türk Hukukunda Seçme Hakkının Mahkumiyete Bağlı Olarak Sınırlandırılmasına İlişkin Sorunlar", *Suç ve Ceza Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 2022, s. 4.

[6] KARAKAŞ DOĞAN, s. 122.

[7] 5237 sayılı ve 26.09.2004 kabul tarihli Türk Ceza Kanunu, 25611 sayılı ve 12.10.2004 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

unsurunun kast ya da taksir olmasına göre önemli bir ayrımın kabul edildiği görülebilmektedir. Yine hapis cezasının infazına ilişkin durumlar da oy kullanma bakımından ayrı değerlendirilebilmektedir. Nitekim hapis cezasına ilişkin sürenin tamamı ceza infaz kurumunda çektirilmemektedir. Belirli bir süreyi iyi hâlli geçirmek gibi hususların varlığı hâlinde, hapis cezasının belirli bir oranı koşullu salıverilme kapsamında değerlendirilebilmektedir. Yine koşullu salıverilmeye örneğin 1 yıl kalması durumunda da hükümlünün denetimli serbestlik kapsamında ceza infaz kurumundan serbest bırakılması mümkün olabilmektedir. İşte infaz sürecine dair bu durumlar da hükümlülerin oy kullanma hakkı açısından genel olarak ceza infaz kurumunda bulunup bulunmamaya göre değişiklik arz edebilmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) hükümlülerin oy kullanma hakkı ile buna dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) kararları ele alınacaktır. Özellikle iç hukukumuz açısından önem arz eden Söyler/Türkiye kararı gibi birtakım kararlar incelendikten sonra, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili bireysel başvuru ve norm denetimi kapsamında verdiği kararlar üzerinde durulacaktır. Nihayet Yüksek Seçim Kurulu (YSK) tarafından alınan kararlardan da bahsedilecek ve sonuç kısmında mevcut durumda hükümlülerin hangi hallerde oy kullanıp kullanamayacakları değerlendirilecektir.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA HÜKÜMLÜLERİN OY KULLANMA HAKKI

A. Genel Olarak

Oy kullanma hakkı, 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te imzaya açılarak 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe giren Ek 1 No'lu Protokol ile AİHS'nin kapsamına dâhil olmuştur. Toplamda 6 maddeden oluşan bu Protokol'ün serbest seçim hakkı başlıklı 3'üncü maddesinde "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler." hükmüne yer verilmiştir[8]. Türkiye, anılan Protokol'ün ilk imzacıları arasında yer almakta olup 18 Mayıs 1954 tarihinde Protokol'ün yürürlüğe girmesini sağlamıştır[9].

AİHM'ye göre sözü edilen maddede düzenlenen hak hem seçme hem de seçilme hakkını içerisinde barındırmaktadır. Nitekim seçme hakkı bakımından anılan madde, genel oy ilkesinin tanınmasını gerektirmektedir[10]. Bilindiği üzere demokratik rejimlerde seçimler çeşitli amaçlar doğrultusunda yapılabilmektedir. Buna karşın madde metninde sadece "yasama organının seçilmesi"nden söz edilmektedir. O hâlde anılan hüküm yasama organı dışında kalan örneğin, yürütme organı ile mahallî idarelere ilişkin yapılan seçimlerde veya belirli bir konuda yapılan referandumlarda uygulanabilecek midir? Bu bakımdan aşağıda ilk olarak oy kullanma hakkı açısından seçimlerin kapsamı açıklandıktan sonra hükümlülerin oy kullanma hakkına ilişkin kararlar bu çerçevede ele alınacaktır.

[8] AİHS ve Ek Protokollerinin İngilizce metni için bkz. www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf; İlgili metnin Türkçe çevirisi için bkz. www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf

[9] AİHS Ek 1 No'lu Protokol'e ilişkin sözleşmeci devletlerin imza ve onaylamalarına ilişkin liste için bkz. www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=009

[10] METİN, s. 114.

B. Seçimlerin Kapsamı

AİHM, 1975 yılında vermiş olduğu X/Birleşik Krallık kararında, AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'ün sadece yasama organının seçimiyle sınırlı olduğunu gerekçe göstererek Avrupa Ekonomik Topluluğu üyeliğine ilişkin seçimlerde bu hükmün uygulanamayacağını kabul etmiştir[11]. Nurminen/Finlandiya kararı ise Finlandiya'nın Avrupa Birliği'ne katılmasına dair referanduma ilişkindir[12]. AİHM burada da anılan hükmün kapsamının yasama organının seçimiyle ilgili olduğunu belirterek Avrupa Birliği'ne katılma yönünde evet ya da hayır şeklinde yapılan bu referandumun hükmün koruma alanında bulunmadığını ifade etmiştir.

Açıklanan bu iki kararın gerekçesinin oldukça kısa olduğunu belirtmek gerekir. Bu nedenle sonuç aynı olmakla beraber gerekçenin daha detaylı olması ve aynı zamanda başvurucunun hükümlü olması nedenlerinden dolayı Moohan ve Gillon/Birleşik Krallık kararından daha detaylı bir şekilde söz edilmesinde yarar vardır. Karara konu olayda, İskoç ve Birleşik Krallık Hükûmetleri, 15 Ekim 2012 tarihinde İskoçya'nın bağımsızlığıyla ilgili bir referandumun yapılmasını öngören antlaşma imzalamışlardır[13]. İskoç Parlamentosu bu referandumda kimlerin oy kullanabileceğine ilişkin hazırlamış olduğu Kanun'da, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanmasını yasaklamıştır. Haklarında müebbet hapis cezası verildiği için ceza infaz kurumunda bulunan başvurucular, İskoçya'nın bağımsızlık referandumunda oy kullanamadıklarından dolayı AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'te düzenlenen seçme hakkının ihlal edildiğini iddia ederek AİHM'ye başvurmuşlardır.

AİHM, bağımsızlık referandumunda İskoçya halkının sahip olabileceği yasama organının türünü etkin bir şekilde belirlemek amacıyla oy kullanıldığına ilişkin ifadenin doğru olduğunu kabul etmiştir. Nitekim Avrupa'da seçim sistemlerini organize ve icra etmenin birçok yolu olduğu ve tarihsel gelişim, kültürel çeşitlilik ve siyasi düşünce yönünden zengin farklılık bulunduğu gözetildiğinde her bir sözleşmeci devletin kendi demokratik vizyonunu şekillendirebileceğine ilişkin görüşe sahip olan AİHM, bir sözleşmeci devlet tarafından "referandum" olarak adlandırılan bir sürecin, potansiyel olarak AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3 kapsamına girme olasılığını dışlamamıştır. Yine de AİHM'ye göre bu süreç, anılan hükümde belirtildiği üzere "yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla ve gizli oyla" gerçekleştirilmelidir. Burada da asıl belirleyici kriterin "yasama organının seçilmesine ilişkin bir seçimin" varlığı olduğunu belirten AİHM, konu bakımından AİHS ve Ek Protokollerinde yer alan hükümlerle bağdaşmaması nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Görüldüğü üzere AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3 kapsamında inceleme bakımından yapılan seçimlerin, yasama organının seçimine ilişkin olması gerekmektedir. Yine yasama organının seçimi dışında

[11] AİHM'nin X/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 7096/75, K. 03.10.1975, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-75051%22]}

[12] AİHM'nin Nurminen/Finlandiya kararı, Başvuru No: 27881/95, K. 26.02.1997, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-3505%22]}

[13] AİHM'nin Moohan ve Gillon/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 22962/15 ve 23345/15, K. 13.06.2017, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-175572%22]}

kalan seçimlerin tamamen AİHS ve Ek Protokollerinin güvencesinden yoksun bırakıldığı da söylenemez. Nitekim hak ihlali başka maddeler kapsamında güvence altına alınmış olabilmektedir. Özellikle ayrımcılığın genel olarak yasaklanması başlıklı AİHS Ek 12 No'lu Protokol m.1'de "Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz." hükmü yer almaktadır. Bu maddeyle ilgili kararlara geçmeden önce belirtmek gerekir ki AİHS Ek 12 No'lu Protokol, 4 Kasım 2000 tarihinde Roma'da imzaya açılmış ve 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye anılan Protokol'ü 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamasına rağmen henüz onaylamamıştır[14]. Öyle ki Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 46 sözleşmeci devletten 37'si bu Protokol'ü imzalamış olmasına rağmen bunlar arasından yalnızca 20'si onaylayarak yürürlüğe koymuştur. Bunun temel nedenlerinden birisi anılan hükmün ayrımcılık yasağına ilişkin güvenceyi genişletmesidir. Bu güvencenin kabul edilmesi sözleşmeci devletler açısından önemli yükümlülükler öngörebilmektedir. Bu nedenle Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birçok devlet anılan Protokol'ü yürürlüğe koymamıştır.

Yine de ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelere bakıldığında esasen bu yasağının genel olarak AİHS m.14'te düzenlendiği görülebilmektedir. Bununla beraber, AİHS Ek 12 No'lu Protokol m.1'de ayrımcılık yasağı "hukuken temin edilmiş olan tüm haklar" ibaresiyle hukuken temin edilmiş olan diğer hakların kullanılmasında olduğu gibi, artık oy kullanma hakkı açısından da geçerli olabilecektir.

AİHS Ek 12 No'lu Protokol m.1'e ilişkin ilk ihlal kararı, Sejdić ve Finci/Bosna Hersek başvurusunda verilmiştir[15]. Karara konu olayda başvurucular, Bosna Hersek Halk Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olmak istemişlerdir. Anayasa'ya göre adayın, kurucu halklardan birisine mensup olması gerekmektedir. Kurucu halklar ise Boşnaklar, Hırvatlar ve Sırplar'dan ibarettir. Roman ve Yahudi kökenli olan başvurucular, ırk ayrımcılığı nedeniyle söz konusu seçimlere aday olarak başvuramadıklarını ileri sürerek AİHM'ye başvurmuşlardır. Yukarıda açıklandığı üzere AİHM, yasama organı seçimi dışında cumhurbaşkanlığı seçimini AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3 kapsamında değerlendirmemiştir. Bu nedenle AİHM, başvurucuların Bosna Hersek Halk Meclisi seçimlerinde aday olamamaları nedeniyle AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3 ile bağlantılı olarak AİHS m.14'ün ihlal edildiğine karar verirken, başvurucuların Bosna Hersek Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olamamalarından dolayı da AİHS Ek 12 No'lu Protokol m.1'in ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sejdić ve Finci/Bosna Hersek kararında varılmış olan bu sonuca hükümlüler açısından da ulaşılıp ulaşılmayacağı net değildir. Nitekim AİHS m.14 ve AİHS Ek 12 No'lu Protokol m.1'de ayrımcılığın ırk yönünden yapılması açık bir şekilde yasaklanmıştır. Bu iki hükümde renk, dil ve din gibi bazı hususlardan söz edilmesine rağmen hükümlü ve suçlu gibi ibarelere açıkça yer verilmemiştir. Ayrıca her iki maddede

[14] AİHS Ek 12 No'lu Protokol'e ilişkin sözleşmeci devletlerin imza ve onaylamalarına ilişkin liste için bkz. www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=177

[15] AİHM'nin Sejdić ve Finci/Bosna Hersek kararı, Başvuru No: 27996/06 ve 34836/06, K. 22.12.2009, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-96491%22]}

de "diğer durumlar" ibaresi yazıldığından dolayı sınırlayıcı değil örnekleyici yöntem kullanıldığı da ifade edilebilir. Yine de hükümlülerin yasama organının seçimi dışındaki seçimlerde oy kullanma hakkı yönünden ayrımcılığa maruz kaldığına ilişkin olarak tarafımızca yapılan araştırma sonucu AİHM tarafından verilmiş bir kararın bulunmadığını belirtmek isteriz.

C. Hükümlülerin Oy Kullanma Hakkı

1. Türkiye Dışındaki Diğer Sözleşmeci Devletler Hakkında Verilen Kararlar

AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3 kapsamında hükümlülerin oy kullanma hakkının ihlal edildiğine dair AİHM'nin verdiği ilk kararlardan birisi, Hirst/Birleşik Krallık kararıdır. Hükümlülerin oy kullanma hakkının kısıtlanmasına ilişkin temel kriterler bu kararda yer almaktadır. Bu nedenle AİHM diğer birçok kararında bu karara atıfta bulunurken bu kararda yer alan kriterlerden Hirst/Birleşik Krallık kriterleri olarak bahsetmektedir. Bu bakımdan aşağıda ilk olarak sözü edilen karar ele alınacaktır. Bununla beraber Söyler/Türkiye kararında, oy kullanma hakkının hükümlüler açısından kısıtlanmasına ilişkin Frodl/Avusturya ve Scoppola/İtalya kararlarına atıfta bulunularak Türk hukuku ile Avusturya ve İtalyan hukuklarındaki düzenlemeler karşılaştırılmaktadır. Bu nedenle anılan iki karardan da ayrıca bahsedilmesinde yarar vardır.

Hirst/Birleşik Krallık kararına konu olayda, insan öldürme suçundan dolayı başvurucu hakkında müebbet hapis cezası verilmiştir[16]. Bu cezanın infazı 1994 yılında sona ermesine rağmen Koşullu Salıverilme Kurulu, başvurucunun tutulmasının risk ve tehlikelilik hâline dayandığı ve başvurucunun kamuya ciddi zarar verme riskinin devam ettiği yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Başvurucu 2004 yılında ceza infaz kurumundan tahliye edilmiştir. Bu süreç boyunca 1983 tarihli Kanun m.3'e göre parlamento ve yerel seçimlerde oy kullanma hakkından yoksun bırakılan başvurucu, AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'e dayanarak AİHM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur.

AİHM'ye göre hükümlülerin oy kullanma haklarından yoksun bırakılmalarına ilişkin düzenleme, meşru bir amaca hizmet etmelidir. AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'te tanımlanmış olan hak, mutlak bir hak olmadığından sözleşmeci devletlere bu hakkın sınırlandırılmasında belirli bir takdir yetkisi tanınabilmektedir. Ancak ulusal hukuktaki düzenlemelere göre ceza infaz kurumunda bulunan bütün hükümlüler oy kullanma hakkından yoksun bırakılmaktadır. Bu durumda söz konu hak, cezanın uzunluğu, suçun niteliği ve ağırlığı ve hükümlünün şahsi durumuna bakılmadan otomatik bir şekilde uygulanmaktadır. Ne var ki hayati derecede öneme sahip olan AİHS'te düzenlenen hakka yönelik bu tür "genel, otomatik ve ayrım gözetmeyen" bir kısıtlamanın, her türlü takdir yetkisinin kabul edilebilir sınırları dışında kaldığı ve bu nedenle AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3 ile bağdaşmadığı görülmelidir. Bu gerekçelerle AİHM, söz konusu hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir[17].

[16] AİHM'nin Hirst/Birleşik Krallık (2) kararı, Başvuru No: 74025/01, K. 06.10.2005, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22H%C4%B0RST%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-70442%22]}

[17] Sözü edilen 1983 tarihli Kanun m.3'e göre oy kullanma hakkından yoksun bırakılmaya ilişkin diğer kararlar için bkz. AİHM'nin, B. D., Firth ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09,

Frodl/Avusturya kararına konu olayda başvurucu hakkında öldürme suçundan dolayı müebbet hapis cezası verilmiştir[18]. Bu nedenle oy kullanma hakkı kısıtlanan başvurucu, AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'te güvence altına alınan hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Davalı Hükûmet savunmasında, Hirst/Birleşik Krallık kararında ortaya konulan kriterlerden biri olan ayrım gözetmeme durumunun mevcut olmadığını beyan etmiştir. Buna göre oy kullanma hakkının kısıtlanmasının ön koşulu, kasten işlenen bir veya birden fazla suçtan dolayı 1 yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olmak ve bu kararın kesinleşmesidir. Bununla beraber hapis cezasının 1 yıldan az olması veya para cezasına hükmedilmesi durumunda bu haktan mahrum bırakılma söz konusu olmamaktadır. Ayrıca koşullu mahkûmiyet durumunda da oy kullanma hakkı kısıtlanmamaktadır. Bu nedenle hükümlülerin oy kullanma hakkını kısıtlayan Ulusal Meclis Seçim Kanunu m.22, AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3 de dâhil olmak üzere Federal Anayasa ile uyumludur. Bunlara ek olarak Ceza Kanunu m.44/2'ye göre hâkim, mahkûmiyete bağlı olan hak yoksunluklarını şarta bağlı olarak askıya alabilme yetkisine sahiptir. Böylece hükümlünün şahsi özellikleri ve kişisel durumu dikkate alınabilmektedir. Bu nedenlerden dolayı Hükûmet, kısıtlamaya ilişkin şartların AİHM'nin kriterlerine uygun olduğu yönünde savunmada bulunmuştur.

AİHM, Hükûmetin dayanmış olduğu Ceza Kanunu m.44/2'nin 1 Mart 1997 tarihinde yürürlüğe girmiş olduğunu ve bu hükmün başvurucunun davasında uygulanamayacağını tespit etmiştir. Bu nedenle hâkime tanınmış olan takdir yetkisine ilişkin durumu incelemeye gerek görmemiştir. Ulusal Meclis Seçim Kanunu m.22'yi değerlendiren AİHM, burada yer alan hükmün Hirst başvurusunda geçerli olandan daha detaylı olduğunu kabul etmekle beraber bütün kriterlerin mevcut olmadığını belirtmiştir. Ölçülülük ilkesine göre hükümlünün durumu ve davranışları ile yaptırım arasında fark edilebilir ve yeterli bir bağlantı bulunması gerektiğini ifade eden AİHM, ilgili mevzuatta başvurucunun oy kullanma hakkından yoksun bırakılmasına ilişkin bu tür bir bağlantı mevcut olmadığından dolayı AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'ün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Scoppola/İtalya kararına konu olayda, başvurucu iki oğluyla yaptığı kavganın ardından oğullarından birisini yaralamış ve eşini öldürmüştür. Yapılan ceza yargılaması sonucunda başvurucu hakkında müebbet hapis cezası verilmiştir. Ceza Kanunu m.29'a göre başvurucu hakkında verilen müebbet hapis cezası, başvurucunun ömür boyu kamu görevinden yasaklanmasını gerektirirken 20 Mart 1967 tarihli ve 223 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.2 ise oy kullanma hakkından yoksun bırakılmasını öngörmektedir. Bununla beraber başvurucu hakkında verilen mahkûmiyet hükmünde oy kullanma hakkından yoksun bırakıldığı açıkça belirtilmemiştir. Anılan Kararname m.32'ye binaen başvurucunun adı seçme kütüğünden silinmiştir. Başvurucu bu uygulamanın Hirst/Birleşik Krallık kararına aykırı olduğunu ileri sürmüşse de yaşanan süreç sonucunda verilen karar başvurucunun aleyhine olmuştur. Bu süreçte en son kararı veren Yargıtay, Ceza Kanunu m.29 bağlamında İtalyan hukukunda oy kullanma hakkından yoksun bırakılmak için en az 3 yıl hapis cezası verilmesi gerektiğini, söz konusu yoksunluğun 5 yıldan az

47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09, 49036/09, K. 12.08.2014, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-146101%22]}

[18] AİHM'nin Frodl/Avusturya kararı, Başvuru No: 20201/04, K. 08.04.2010, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-98132%22]}

hapis cezası verildiği durumlarda 5 yıl süreyle, 5 yıldan fazla hapis cezası verildiği durumlarda ise ömür boyu uygulandığını belirtmiştir. Bunun üzerine başvurucu AİHM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur.

Başvuru ilk olarak AİHM'nin 2. Bölümü tarafından incelenmiştir[19]. Yapılan inceleme kapsamında öncelikle başvurucunun oy kullanma hakkından yoksun bırakılmasının kamu görevlilerine yönelik bir ek ceza niteliğinde olduğu belirtilmiştir. İkinci olarak başvurucu hakkında uygulanan bu yasağın, başvurucu hakkında verilen hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün otomatik bir sonucu olduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle AİHM'nin 2. Bölümü tarafından AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3 ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Davanın Büyük Daire'ye gönderilmesine dair Hükûmetin talebinin kabulü üzerine Büyük Daire incelemede bulunmuştur. Bu kapsamda Hirst/Birleşik Krallık kararında ortaya konulan kriterler doğrultusunda değerlendirmede bulunan Büyük Daire, İtalyan hukukunda hükümlünün oy kullanma hakkından yoksun bırakılmasına ilişkin sistemin "genel, otomatik ve ayrım gözetmeyen" bir nitelikte olmadığını tespit etmiştir. Bunun gerekçelerinden birisi, küçük suçlarda ve 3 yılın altında verilen hapis cezalarında söz konusu yasağın uygulanmamasına ilişkindir. Bir diğer gerekçeye göre hükümlünün oy kullanma hakkından süresiz bir şekilde yoksun bırakılması durumunda dahi belirli koşulların varlığı hâlinde bu yoksunluk ortadan kaldırılabilmektedir. İlgili düzenlemelere göre cezası infaz edildikten 3 yıl sonra hükümlü, rehabilitasyon için başvuruda bulunabilmektedir. Bu durumda tutarlı ve samimi bir şekilde iyi hâlli olduğu görülen hükümlü hakkında rehabilitasyon sürecinden sonra ek cezalar kaldırılabilmektedir. AİHM Büyük Daire'ye göre hükümlünün rehabilitasyona başvurması durumunda yoksun bırakıldığı oy kullanma hakkını yeniden elde edebilmesi mümkündür. Bu durumda hükümlünün oy kullanma hakkının yasaklanmasına ilişkin İtalyan hukukundaki sistemin aşırı derecede katı olduğu söylenemez. Keza Hükûmet kendisine tanınan takdir yetkisinin sınırlarını da aşmamıştır. Bu nedenlerden ötürü AİHM 2. Bölümün aksine, AİHM Büyük Daire, AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'ün ihlal edilmediği yönünde kararını vermiştir[20].

Görüldüğü üzere AİHM, hükümlülerin oy kullanma hakkının kısıtlanmasını her durumda hak ihlali olarak değerlendirmemektedir. Özellikle Hirst/Birleşik Krallık kriterleri doğrultusunda hakkın kısıtlanmasına ilişkin hususlarla ilgili bir değerlendirmede bulunmaktadır. Bu kapsamda suçun türü ve cezanın süresi gibi hususların yanı sıra hâkim güvencesi gibi başkaca hususlar yönünden yapılan incelemede, oy kullanma hakkının her hükümlü açısından olabildiğince ayrı bir şekilde incelenmesi gerektiğini belirtmektedir[21].

---

[19] AİHM'nin Scoppola/İtalya kararı, Başvuru No: 126/05, K. 18.01.2011, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102856%22]}

[20] AİHM'nin B. D., Scoppola/İtalya kararı, Başvuru No: 126/05, K. 22.05.2012, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-111044%22]}

[21] Çalışmamızın kapsamı nedeniyle konuyla ilgili bütün kararlara yer verilmesi mümkün olmadığından hükümlülerin oy kullanma hakkının kısıtlanmasına dair önem ve farklılık arz eden kararlardan bir kısmından söz edilmesinde yarar vardır. Özellikle farklı sözleşmeci devletlerin ulusal hukuklarında yer alan düzenlemelerin görülmesi amacıyla birçok karar arasından bkz. AİHM'nin Vito Sante Santoro/İtalya kararı, Başvuru No: 36681/97, K. 01.07.2004, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61868%22]}; AİHM'nin Greens ve MT/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 60041/08, 60054/08, K. 23.11.2010, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-101853%22]}; AİHM'nin Isakov/Rusya kararı, Başvuru No: 20745/04, K. 19.06.2008,

2. Türkiye Hakkında Verilen Kararlar

AİHM kararlarını incelediğimizde AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3 kapsamında hükümlülerin oy kullanma hakkı ile ilgili olarak Türkiye aleyhine verilmiş üç adet karar olduğunu görmekteyiz. Bunlar, karar tarihlerine göre sırasıyla Söyler/Türkiye[22], Murat Vural/Türkiye[23] ve Çetin/Türkiye[24] kararlarıdır. İlk olarak Söyler/Türkiye kararını ele almaktayız. Düzenlediği çok sayıdaki çeki karşılıksız çıkan başvurucu hakkında 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da[25] yer alan karşılık çek suçundan dolayı 4 yıl 11 ay 26 gün hapis cezası verilmiştir. Söz konusu hapis cezasının infazına 11 Nisan 2007 tarihinde başlanmıştır. Başvurucu, ceza infaz kurumundayken 28 Haziran 2007 tarihinde YSK'ya bir dilekçe göndermiştir. Bu dilekçede, 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılacak olan genel seçimlere ilişkin seçmen kütüğünde adının göründüğünü belirtmiş ancak kendisinin hükümlü olması nedeniyle aslında oy kullanamaması gerekirken bunun bir hatadan kaynaklanıp kaynaklanmadığı yönünde bir beyanda bulunmuştur. Bununla beraber Hirst/Birleşik Krallık kararına atıfta bulunan başvurucu, anılan tarihte yapılacak olan seçimlerde oy kullanmasına izin verilmesini talep etmiştir. 29 Haziran 2007 tarihinde bu dilekçeye cevap veren YSK, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri hakkında Kanun[26] m.7/3'e göre başvurucunun oy kullanma hakkının bulunmadığını ve bundan dolayı kayıtlardaki durumunun hükümlü olarak değiştirileceğini bildirmiştir. Böylece başvurucu, 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan genel seçimlerde oy kullanamamıştır. Başvurucu, hakkındaki hapis cezasının infazı 1 Nisan 2012

https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-87116%22]}; AİHM'nin Dimov ve Diğerleri/Bulgaristan kararı, Başvuru No: 45660/17, K. 08.06.2021, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-210257%22]}; AİHM'nin Calmanovici/Romanya kararı, Başvuru No: 42250/02, K. 01.07.2008, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-87195%22]}; AİHM'nin Frodl/Avusturya kararı, Başvuru No: 20201/04, K. 08.04.2010, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-98132%22]}; AİHM'nin Ramishvili/Gürcistan kararı, Başvuru No: 48099/08, K. 31.05.2018, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-183217%22]}; AİHM'nin Alajos Kiss/Macaristan kararı, Başvuru No: 38832/06, K. 20.05.2010, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-98800%22]}; AİHM'nin Paksas/Litvanya kararı, Başvuru No: 34932/04, K. 06.01.2011, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102617%22]}; AİHM'nin Sitaropoulos ve Giakoumopoulos/Yunanistan kararı, Başvuru No: 42202/07, K. 15.03.2012, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-109579%22]}; AİHM'nin Kalda/Estonya kararı, Başvuru No: 14581/20, K. 06.12.2022, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22prison%22],%22nonviolation%22:[%22P1-3%22],%22itemid%22:[%22001-221259%22]}

[22] AİHM'nin Söyler/Türkiye kararı, Başvuru No: 29411/07, K. 17.09.2013, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-126350%22]}

[23] AİHM'nin, Murat Vural/Türkiye kararı, Başvuru No: 9540/07, K. 21.10.2014, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-147284%22]}

[24] AİHM'nin, Çetin/Türkiye kararı, Başvuru No: 47299/15, K. 01.02.2022, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-216238%22]}

[25] 3167 sayılı ve 19.03.1985 kabul tarihli Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun, 03.04.1985 tarihli ve 18714 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 20.12.2009 tarihli ve 27438 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5941 sayılı ve 14.12.2009 kabul tarihli Çek Kanunu m.9 gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.

[26] 298 sayılı ve 26.04.1961 kabul tarihli Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri hakkında Kanun, 10796 sayılı ve 02.05.1961 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Adı geçen Kanun, kullanımda pratiklik olması amacıyla bundan sonra Seçim Kanunu olarak anılacaktır.

tarihinde tamamen infaz edilecek olmasına karşın, iyi hâlli olması nedeniyle 9 Nisan 2009 tarihinde denetimli serbestlik kapsamında ceza infaz kurumundan salıverilmiştir. Bunun üzerine başvurucu, oy kullanamamış olması nedeniyle AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'te yer alan hakkının ihlal ettiğini ileri sürerek AİHM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. Bu kapsamda, iş insanı olduğunu, Türkiye'de yaşanan ekonomik kriz nedeniyle iflas ettiğini ve bu dönemde düzenlemiş olduğu bazı çeklerin karşılıksız çıkması nedeniyle hakkında mahkûmiyet kararı verildiğini ifade etmiştir. Başvurucu, işlemiş olduğu suçun, yurttaşlık vazifesine engel olacak derecede ahlaki ve ruhsal bakımdan güvenilmez olduğunu gösterecek türde olmadığını beyan etmiştir. Ayrıca oy kullanma hakkına getirilen yasak bakımından mevzuatta sadece işlenen suçtaki kasıt unsuruna bakıldığını, bunun dışında suçun türü veya cezanın ağırlığının dikkate alınmadığını belirterek bunun orantılılık ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Hirst/Birleşik Krallık kararına atıfta bulunan başvurucu, otomatik olarak uygulanan bu yasak nedeniyle oy kullanamadığından dolayı zarar gördüğünü iddia etmiştir.

Hükûmet, hükümlüleri oy kullanma hakkında yoksun bırakan TCK m.53'te yer alan düzenlemenin meşru amacının, başvurucunun ıslah edilmesine yönelik olduğunu belirterek Türkiye'de oy kullanma hakkı bakımından genel bir yasak olmadığını ve suçun türüne göre yasağın uygulandığını öne sürmüştür. Hirst/Birleşik Krallık kararına atıfta bulunan Hükûmet, Birleşik Krallık'takinin aksine Türkiye'de bu yoksunluğun, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerden sadece kasten işledikleri suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilenler hakkında uygulanabileceğini ifade etmiştir.

AİHM, başvurucunun ceza infaz kurumunda bulunduğu ve ceza infaz kurumundan denetimli serbestlik ve koşullu salıverilme kapsamında salıverildiği dönemlere ait olmak üzere, başvurucunun, infaz sürecinin tamamında toplam iki kere genel seçimde oy kullanamadığını tespit etmiştir. Ulusal mevzuat açısından yaptığı incelemeler sonucunda Mahkemeye göre, belirtilen kurumlar kapsamında ceza infaz kurumundan tahliye olanlar ile TCK m.53/3'e göre uzun süreli hapis cezası ertelenerek hiçbir şekilde ceza infaz kurumuna girmeyen hükümlüler açısından belirli bir kısıtlama öngörülmektedir. Bu iki durum da dâhil olmak üzere ceza infaz kurumunda bulunmayan hükümlülere getirilen kısıtlamalar, Hirst/Birleşik Krallık ve Frodl/Avusturya ve Scoppola/İtalya kararlarına konu olan olaylardaki kısıtlamalardan daha katı ve geniş kapsamlıdır. Bunlarla beraber hâkim kararının aranması gibi daha lehe bir koşul da gerekmemektedir. Aslında oy kullanma hakkının kısıtlanması açısından hâkim kararının aranması, bu hakkın kısıtlanabilmesi için aranan zorunlu bir koşul değildir. Yine de bu tür bir koşulun öngörülmesi, hükümlü lehine bir güvence teşkil edebilmektedir. Ancak Türkiye'de böyle bir koşul bulunmamaktadır; oy kullanma hakkı kanunen kısıtlanmaktadır. Ayrıca Scoppola/İtalya kararında değerlendirildiği üzere İtalya'da mevcut olan durumun aksine, Türkiye'de oy kullanma hakkına getirilen bu kısıtlama açısından suçun niteliği ve ağırlığı, (kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi hariç) hapis cezasının süresi ve hükümlünün içinde bulunduğu durum dikkate alınmamaktadır. Esasen oy kullanma hakkının kısıtlanmasında suçun kasten işlenip işlenmediği önemli bir kriter olsa bile bu kriter, yani kast unsuru tek başına yeterli değildir. Yine başvurucunun işlemiş olduğu karşılıksız çek düzenlemeye ilişkin suç ile diğer suçlar açısından ağırlık bakımından bir ayrım yapılmadan bu yasak uygulanmaktadır. Bu suçun mahiyeti gözetildiğinde başvurucunun davranışları ve içinde bulunduğu durum ile oy kullanma hakkından yoksun bırakılmasına ilişkin yaptırım arasında mantık ilişkisi kurulamamaktadır. İşte bu saptamalarda bulunan AİHM, oy kullanma hakkına yönelik getirilen katı

tedbirin, otomatik ve ayrım gözetmeksizin uygulanmasının, kabul edilebilir herhangi bir takdir yetkisinin dışında kaldığının görülmesi gerektiğine, somut davada ise AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'ün ihlal edildiğine ve manevi tazminat olarak başvurucuya 3.000 avro ödenmesine karar vermiştir.

Murat Vural/Türkiye başvurusu, Söyler/Türkiye başvurusundan birkaç ay önce AİHM'ye iletilmekle beraber, bu başvurudan yaklaşık bir yıl sonra karara çıkmıştır. Bunun nedeni olarak Söyler/Türkiye başvurusunda sadece AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3 açısından inceleme yapılırken Murat Vural/Türkiye başvurusunda, başvurucu hakkında hapis cezası verilmesi nedeniyle ayrıca AİHS m.10 kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasının da incelenmiş olduğu ileri sürülebilir. Bununla beraber hükümlülerin oy kullanma hakkı açısından her iki başvurunun da benzer olduğunu belirtmek isteriz. Karara konu olayda başvurucu hakkında toplam 13 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası verilmiş ve bu mahkûmiyet hükmü 5 Şubat 2007 tarihinde kesinleşmiştir. Başvurucu 22 Temmuz 2007 ve 12 Haziran 2011 tarihlerinde gerçekleşen milletvekili seçimlerinde oy kullanamamıştır. Birçok yerde Söyler/Türkiye kararına atıfta bulunan AİHM, yukarıda açıklanan benzer gerekçeyle AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir. Aynı zamanda AİHS m.10'un da ihlal edildiği sonucuna ulaşan AİHM, başvurucunun uğramış olduğu manevi zarara yönelik olarak toplam 26.000 avro ödenmesine hükmetmiştir.

Çetin/Türkiye kararında da başvurucu, kasten işlediği suçtan dolayı hükmedilen hapis cezasının bir sonucu olarak TCK m.53'e göre oy kullanma hakkından yoksun bırakılmıştır. Başvurucu, 7 Haziran 2015 tarihinde gerçekleşecek olan genel seçimlerde oy kullanmak amacıyla 12 Mayıs 2015 tarihinde YSK'dan oy kullanması yönünde karar verilmesini talep etmiştir. YSK bu talebi reddetmiştir. Verilen karar Anayasa m.79'a göre kesin niteliği haiz olduğundan başvurucu, AİHM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. AİHM, burada Söyler/Türkiye kararına atıfta bulunarak iç hukukta yeni bir gelişme olmadığını tespit etmiş ve bu nedenle AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'ün ihlal edildiğine ve manevi zararlarına yönelik olarak başvurucuya 1.000 avro ödenmesine karar vermiştir.

II. TÜRK HUKUKUNDA HÜKÜMLÜLERİN OY KULLANMA HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE KARARLAR

A. Hükümlülerin Oy Kullanma Hakkına İlişkin Düzenlemeler

Türk hukukunda hükümlülerin oy kullanma hakkı, başta Anayasa olmak üzere birtakım kanunlarda düzenlenmektedir. Bu kapsamda ilk olarak Anayasa'da yer alan düzenlemeden bahsedilecektir. Akabinde TCK ve Seçim Kanunu'ndaki ilgili hükümler üzerinde durulduktan sonra yine Seçim Kanun'da yer alan bir hükümle bağlantılı olarak Türk Medeni Kanunu'ndaki (TMK)[27] düzenleme ele alınacaktır.

Anayasa'nın[28] kabul edildiği ilk hâlinde m.67/5'te "Silah altında bulunan er ve erbaşlarla, askerî öğrenciler, ceza ve tevkif evlerinde bulunan tutuklular ve hükümlüler oy kullanamazlar." hükmü bulunmaktaydı. Söz konusu hüküm, 26 Temmuz 1995 tarihinde yürürlüğe giren 4121 sayılı Türkiye

[27] 4721 sayılı ve 22.11.2001 kabul tarihli Türk Medeni Kanunu, 24607 sayılı ve 08.12.2001 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.
[28] 2709 sayılı ve 18.10.1982 kabul tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 17863 (mükerrer) sayılı ve 09.11.1982 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç Metni ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun[29] m.5 ile değişikliğe uğramış ve "Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan tutukluların seçme haklarını kullanmalarında, oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hâkimin yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır." olarak yeniden düzenlenmiştir.

Daha sonra, 17 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe giren 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun[30] m.24 ile "Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde oy kullanılması ve oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hâkimin yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır." şeklinde son hâlini almıştır. Yapılan bu değişikliklerle birlikte, önce tutuklular açısından oy kullanma hakkına yönelik kısıtlama ortadan kaldırılmıştır. Henüz suçluluğu kesin olmayan tutuklular açısından bu yasağın kaldırılması masumiyet karinesi ile diğer güvenceler açısından olumludur[31]. Sonra ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler açısından mahkûmiyet hükmüne konu suçun manevi unsurunun kast ya da taksir olmasına göre farklı sonuç öngörülmüş ve taksirli suçlar yasağın dışında tutulmuştur. Böylece kusura göre farklı sonuçların öngörülmesi de olumlu karşılanabilir.

Bilindiği üzere TCK'da suçun yaptırımı olarak ceza ve güvenlik tedbirleri öngörülmektedir. Bir güvenlik tedbiri olarak TCK m.53'te belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma başlığı altında seçme hakkına da yer verilmektedir. Bu hükme göre "Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; (…) b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan (…) yoksun bırakılır." Belirtmek gerekir ki bu güvenlik tedbirine hükmedilmesi açısından hâkim veya mahkemeye bir takdir yetkisi verilmemiştir. Bundan dolayı sözü edilen mahkûmiyet hükmünün verildiği her durumda hükümlü, oy kullanma hakkından yoksun bırakılmaktadır. Ayrıca TCK m.53/5'e göre mahkûmiyet hükmüne konu suçun, oy kullanma hakkının kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olması durumunda bu yoksunluk, cezanın infaz edilmesinden sonra işlemek üzere devam etmektedir. Bu süre, hapis cezasının yarısından bir katına kadardır. Adli para cezasına mahkûmiyet durumunda, buna dair hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hakkın kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmektedir. Hükmün kesinleşmesiyle beraber yerine getirilmeye başlanılan yasaklamayla ilgili süre, adli para cezasının tamamen infaz edildiği tarihte işlemektedir. Bu yoksunluğun iki istisnası bulunmaktadır. İlk istisna kısa süreli hapis cezasının ertelenmesine ilişkindir. TCK m.49/2'de belirtildiği

[29] 4121 sayılı ve 23.07.1995 kabul tarihli 7.11.1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç Metni ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, 22355 sayılı ve 26.07.1995 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[30] 4709 sayılı ve 03.10.2001 kabul tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, 24556 (mükerrer) sayılı ve 17.10.2001 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[31] BAHÇECİ, Barış: "1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 3, 2005, s. 388.

üzere 1 yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır. TCK m. 51/1'e göre 2 yıl veya daha az süreli hapis cezası, diğer koşulların da varlığı hâlinde ertelenebilmektedir. Bu durumda dikkat etmek gerekirse sadece 1 yıl veya daha az hapis cezasının ertelenmesi durumunda artık TCK m.53/1-b'deki yoksunluk uygulanmayacaktır. Ancak hapis cezasının süresi 2 yıl veya daha az olmak beraber, 1 yıldan fazla ise bu cezanın ertelenmesi mümkünse de bu durum hak yoksunluğuna engel olmamaktadır. Diğer istisna ise hükümlünün çocuk olmasıdır. Esasen çocuklar kural olarak oy kullanma hakkına sahip değildir. Ancak buradaki kriter fiilin işlendiği andaki yaştır. Buna göre fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış olan kişi, yani çocuk hakkında TCK m.53/1-b'deki yoksunluk uygulanmayacağından, örneğin 17 yaşında işlediği suçtan dolayı hükümlü olan kişi 21 yaşına geldiğinde, hapis cezasının infazı tamamlanmamış olsa, hatta hükümlü henüz ceza infaz kurumunda bulunsa bile oy kullanabilecektir.

TCK m.53'teki düzenleme, kasten işlenen suçtan dolayı hakkında hapis cezası verilen hükümlü açısından oy kullanma hakkını önemli derecede daraltmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, TCK m.53/1'de yer alan "hapis cezasına" ibaresinin TCK m.53/1-b'de yer alan "seçme ve" ibaresi yönünden ve TCK m.53/2'nin ise TCK m.53/1-b'de yer alan "seçme ve seçilme ehliyetinden" ibaresi yönünden oybirliğiyle iptaline karar vermiştir. Bu karar aşağıdaki başlıkta ele alınacaktır.

2 Mayıs 1961 tarihinde yürürlüğe giren Seçim Kanunu'nda, hükümlülerin oy kullanma hakkını doğrudan yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktaydı. 13 Haziran 1983 tarihinde yürürlüğe giren 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu[32] m.44 ile Seçim Kanunu m.7'de "Aşağıda yazılı olanlar oy kullanamazlar: (…)" şeklinde yer alan fıkraya "Ceza infaz kurumlarında hükümlü ve tutuklu olarak bulunanlar." bendi eklenmiştir. Nihayet 28 Ekim 1995 tarihinde yürürlüğe giren 4125 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Siyasî Partiler Kanunu ve Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun[33] m.2 ile anılan hüküm "Ceza infaz kurumlarında hükümlü olarak bulunanlar." şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin sebebinin Anayasa m.67/5 ile uyum sağlanmak istenmesi olduğu ileri sürülebilse de dahi kanımızca bu uyumun tamamen sağlandığı söylenemez. Gerçekten de mevcut durumda Seçim Kanunu m.7/3'te yer alan hüküm, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanmasını yasaklamaktadır. Ne var ki yukarıda belirtildiği üzere Anayasa m.67/5'te ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler arasından taksirli suçlardan mahkûm olanlar hariç tutulurken burada böyle bir istisnaya yer verilmemektedir. Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hükme kanun ile aleyhe düzenleme getirilmesi mümkün değildir. Bu durumda Seçim Kanunu m.7/3'ün Anayasa m.67/5'e aykırı olduğunu belirtmek isteriz.

Seçim Kanunu'ndaki bir diğer düzenleme TMK ile bağlantılıdır. Öncelikle seçmen madde başlığı altında Seçim Kanunu m.6'da 18 yaşını doldurmuş olan her Türk vatandaşının seçme ve halk oylamasına katılma hakkına sahip olduğu belirtilmekte, m.8'de ise kısıtlı olanların seçmen olamayacağı kabul

[32] 2839 sayılı ve 10.06.1983 kabul tarihli Milletvekili Seçim Kanunu, 18076 sayılı ve 13.06.1983 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[33] 4125 sayılı ve 27.10.1995 kabul tarihli Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Siyasî Partiler Kanunu ve Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 22447 (mükerrer) sayılı ve 28.10.1995 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

edilmektedir. Kısıtlılığa dair ilgili hükümler TMK m.407/1'de yer almaktadır[34]. Buna göre 1 yıl veya daha uzun süre özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olan her ergin kısıtlanmaktadır. Bu durumda 1 yıl veya daha uzun süre hapis cezasına mahkûm olan hükümlü kısıtlanacağından, bu hükümlü ceza infaz kurumunda bulunmasa bile seçmen olamamakta ve hâliyle oy kullanamamaktadır. Kanımızca bu durum Anayasa m.67/5'te yer alan hükme aykırıdır. Çünkü Anayasa'da taksirli suçlar için bir istisna öngörülürken burada kast ve taksir ayrımından ziyade ceza infaz kurumunda bulunmaya ilişkin bir ayrım dahi yapılmamıştır. Bu nedenle oy kullanma hakkı Anayasa m.67/5'e aykırı olarak sınırlandırılmaktadır.

Öt yandan bu hükmün başka alanlarda da birtakım olumsuzluklara neden olduğu söylenebilir. Keza Anayasa Mahkemesi 22 Mayıs 2023 tarihinde TMK m.407/1'in Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir[35]. Yüksek Mahkeme, anılan hükmü özel hayatın gizliliği ile mülkiyet hakkı açısından ele almıştır. Bu kapsamda hükümlünün korunmasını gerektiren durumların araştırılması, vesayet kararı verilmesi bakımından mahkemeye bir takdir yetkisinin tanınması, hükümlünün ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması nedeniyle ihtiyaçları da dikkate alınarak ehliyetin daha az sınırlandırılması veya daha dar koruma sağlanması gibi hususların gözetilmediğini belirtmiştir. Oysaki daha hafif bir sınırlama ile amaca ulaşmak mümkün olmasına karşın bu usul izlendiğinden Anayasa Mahkemesi anılan hükmün iptaline oybirliğiyle karar vermiştir. Bu karar, Resmî Gazete'de yayımlandığı 23 Haziran 2023 tarihinden 9 ay sonra yürürlüğe girecektir. Kararda her ne kadar hükümlünün seçmen olabilmesi ve oy kullanma hakkının yasaklanması açısından bir değerlendirmede bulunulmamış ise de sözünü ettiğimiz aykırılık bakımından bu kararı olumlu karşılamaktayız. Ancak konumuz açısından Seçim Kanunu m.8'deki hükmün gözden geçirilmesinde yarar olduğunu da ayrıca vurgulamak isteriz.

B. Anayasa Mahkemesinin Kararları

1. Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Kararları

Hükümlülerin oy kullanma hakkıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru kapsamında verilmiş olan ilk karar Musa Kaya başvurusuna ilişkindir[36]. Başvurucu hakkında kasten işlenen bir suçtan dolayı müebbet hapis cezası verilmiştir. Bu cezanın infaz edilmesi amacıyla 1997 yılından itibaren ceza infaz kurumunda bulunan başvurucu, "mahkûmlara yönelik oy kullanma yasağı"ndan dolayı ceza infaz kurumunda bulunduğu süre boyunca seçme ve seçilme hakkını kullanamadığını ve ileride yapılacak olan seçimlerde de yine oy kullanamayacağını, oysaki oy kullanma gibi temel bir hakkın bununla ilgisi olmayan bir suçtan dolayı verilen hapis cezası nedeniyle kısıtlanmasının insan haklarına aykırı olduğunu, hükümlü olmanın iradi kısıtlılığa neden olmaması gerektiğini, seçme hakkının yine başka bir sebepten ortaya çıkan hukuki statüsüne bağlanamayacağını ve hükümlülerin oy kullanmalarının demokratik toplumun gereklerine uygun olduğunu ifade etmiştir. Bu gerekçeleri ileri süren başvurucu bunlara aksi durumun AİHS'ye aykırı olduğunu iddia ederek tazminat talebinde bulunmuştur.

[34] TMK m.407/1'de yer alan hükmün Anayasa'ya uygunluğu yönündeki tartışmalar için bkz. KARAKAŞ DOĞAN, s. 110, 123; DOĞAN, s. 21, 22.
[35] AYM'nin 22.03.2023 tarih, E: 2022/105, K: 2023/54 sayılı kararı.
[36] AYM'nin *Musa Kaya Başvurusu*, Başvuru No: 2014/19397, K. 25.03.2015, R.G. 17.06.2015-29389

Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa m.67'de yer alan düzenleme kapsamında taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç olmak üzere ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanma hakkı bulunmamaktadır ve mahkûmlar yönünden söz konusu bu yasak, Seçim Kanunu m.7 ve TCK m.53/1'de yer alan hükümler ile uyum içerisindedir. Bu durumda kasten işledikleri suç nedeniyle ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanma hakkının sınırlandırılması Anayasa'ya aykırı değildir. Bireysel başvuru incelemesine konu hak ihlali iddiasının Anayasa m.148'de belirtildiği üzere sadece AİHS yönünden değil, aynı zamanda Anayasa yönünden de incelendiğini belirten Anayasa Mahkemesi, kasten işlediği suç nedeniyle ceza infaz kurumunda bulunan başvurucunun oy kullanma hakkının sınırlandırılmasının Anayasa m.67'ye uygun olması nedeniyle diğer kabul edilebilirlik şartlarını incelemeksizin başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Açıklanan bu karardaki benzer bir sonuca Hakan Tezel başvurusunda da ulaşılmıştır[37]. Başvurucu, hakkında verilmiş olan 49 yıl 5 ay hapis cezasının infaz edilmesi amacıyla ceza infaz kurumunda bulunduğundan dolayı 2014 yılının ağustos ayında gerçekleşen seçimde oy kullanamadığını ve bundan sonra yapılacak olan seçimlerde de bu hakkını kullanamayacağını ileri sürerek serbest seçim hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş ve tazminat talebinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun oy kullanma hakkının Anayasa m.67'deki yasağa uygun olduğunu belirterek başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

2. Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimine İlişkin Kararları

Çankırı 1. Asliye Ceza Mahkemesi, bakmakta olduğu bir davada, hükümlünün oy kullanma hakkıyla ilgili TCK m.53'te yer alan birtakım düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurmuştur[38]. Söz konusu itiraz beş ayrı başlık altında incelenmiş olmakla beraber, konumuz açısından sadece üç itiraz konusu ele alınacaktır.

İlk olarak TCK m.53/1'de yer alan "hapis cezasına" ibaresi, TCK m.53/1-b'de yer alan "seçme ve" ibaresi yönünden Anayasa m.13, m.67 ve m.76 kapsamında incelenmiştir. Yüksek Mahkemeye göre seçme hakkı, yurttaşlar açısından bir hak olduğu gibi aynı zamanda bir görevdir. Demokrasinin temel göstergelerinden birisi olan seçme hakkı, milli iradenin belirlenmesinde bir araç işlevi görmektedir. Bu hakkın amaca uygun olması en geniş şekilde kullanılmasıyla mümkün olabilmektedir. Bu nedenle seçme hakkı, Anayasa'nın ve buna uygun olarak yürürlüğe konulan kanunlar tarafından çizilen zorunlu durumlar dışında sınırlandırılmamalıdır. Nitekim kimlerin oy kullanabileceğini belirleme hususu kanun koyucunun takdir yetkisinde bulunsa da kanun koyucu bu yetkisini temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeyecek bir biçimde kullanmalıdır. Anayasa m.13 açısından oy kullanma hakkının sınırlandırılması ele alındığı zaman demokratik toplum düzeni açısından zorunlu olmadıkça devletin müdahaleden kaçınması gerekmektedir. Ayrıca bu hak meşru amaçlarla sınırlandırılabilirse de söz konusu sınırlamanın kişilerin hakkını kullanılamaz veya yok edecek bir duruma getirecek biçimde yapılmasından kaçınılmalıdır. Bu kapsamda kasten işlenen suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilen kişilerin seçme hakkını kullanmaktan yoksun bırakılmalarına

[37] AYM'nin *Hakan Tezel Başvurusu*, Başvuru No: 2014/16988, K. 08.09.2015, R.G. 27.10.2015-29515
[38] AYM'nin 08.10.2015 tarih ve E: 2014/140, K: 2015/85 sayılı kararı.

ilişkin bir düzenleme amaca elverişli olduğu gibi, bu tür bir düzenlemenin aynı zamanda gerekli olduğu da ifade edilebilir. Ne var ki hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunmadığı süreçte dahi seçme hakkından yoksun bırakılması Anayasa'da çizilmiş olan sınırı aşmaktadır. Nitekim bu kural ile söz konusu mahkûmiyet ile kategorik bir biçimde seçme hakkı sınırlandırılmaktadır. Demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan ölçüsüz bir sınırlama mevcut olduğundan bu sınırlama Anayasa'ya aykırıdır. İşte bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi TCK m.53/1'de yer alan "hapis cezasına" ibaresinin TCK m.53/1-b'de yer alan "seçme ve" ibaresi yönünden iptaline oybirliğiyle karar vermiştir.

İkinci itiraz konusu TCK m.53/2'nin, TCK m.53/1-b'de yer alan "seçme ve seçilme ehliyetinden" ibaresi yönünden iptaline ilişkindir. Belirtmek gerekir ki TCK m.53/2'ye göre hakkında verilmiş olan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar hükümlü, oy kullanma hakkını kullanamamaktadır. Buna göre hapis cezasının infazı açısından koşullu salıverilme veya denetimli serbestlik kapsamında hükümlünün ceza infaz kurumundan serbest bırakılmış olması ile hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunması açısından bir fark bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, hapis cezasının fiilen ceza infaz kurumunda çektirilmesini aşacak biçimde seçme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin kuralı Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Bu nedenle TCK m.53/2'de yer alan hükmün, TCK m.53/1-b'de yer alan "seçme ve seçilme ehliyetinden" ibaresi yönünden oybirliğiyle iptaline karar verilmiştir.

Üçüncü itiraz konusu ise TCK m.53/4'te yer alan "kısa süreli hapis cezası ertelenmiş" hükümlülerin seçme hakkına ilişkindir. TCK m.53/1-b'nin istisnası olan bu kural, bir yukarıdaki başlıkta ele alınmış idi. Buna göre hapis cezasının ertelenmesi mümkün olmakla beraber kısa süreli hapis cezası kapsamında yer almayan suçlarda bu istisna geçerli değildir. Anayasa Mahkemesi seçme hakkından yoksunluğa dair bu konuda kanun koyucunun takdir yetkisini kullandığı ifade etmektedir. Bu nedenle kısa süreli hapis cezası dışındaki hapis cezasının ertelenmesi hâlinde seçme hakkından yoksun bırakılmaya ilişkin düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Ayrıca kısa süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan hükümlü olan kişiler ile bu süre dışında kalan ancak 2 yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan mahkûm olan kişiler arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim işlenen suçların kamu düzeni açısından yaratmış olduğu tahribatın ağırlığına bakıldığında bu kişilerin aynı konumda bulundukları söylenemeyeceğinden eşitlik ilkesine aykırı bir durum da bulunmamaktadır. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi, Anayasa m.2, m.10 ve m.67 kapsamında yapmış olduğu inceleme sonucunda, TCK m.53/4'te yer alan "kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya" ibaresinin TCK m.53/1-b'de yer alan "seçme ve" ibaresi yönünden itirazın reddine karar vermiştir.

Açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi, konumuz açısından hükümlülerin oy kullanma hakkıyla ilgili olarak ileri sürülen iki itirazı kabul etmiş ve birisini reddetmiştir. TCK m.53/1 ile kasten işlenen suç nedeniyle hakkında hapis cezası verilen hükümlüler açısından oy kullanma hakkı yasaklanmakta ve TCK m.53/2 ile bu yasaklılığın süresi, hapis cezasının tamamen infaz edildiği ana kadar uzatılmaktadır. İşte Anayasa Mahkemesinin iptal kararının ardından artık hükümlülerin oy kullanma hakkı açısından TCK m.53 ile getirilen yoksunluğun ortadan kalktığını söyleyebiliriz. Diğer yandan TCK m.53'te kast ve taksir açısından bir ayrım yapılmasının uygun olduğunu düşünmekteyiz. Ancak suçun türü ve niteliği ile cezanın süresi bakımından bir ayrım olmaması hükmün uygulama alanını oldukça genişletmektedir. Yine bu güvenlik

tedbirine belirtilen her durumda karar verilmesi ve ayrıca hâkim veya mahkeme güvencesi öngörülmemesi gibi birtakım olumsuzluklar mevcuttur. Bu nedenle hükümlülerin oy kullanma hakkını genişletecek şekilde bir sonuca yol açan Anayasa Mahkemesi kararını olumlu karşıladığımızı belirtebiliriz.

3. Yüksek Seçim Kurulunun Kararları

YSK, her seçim öncesinde seçimin yapılmasına dair çeşitli konular hakkında karar almaktadır. Bu kararlarda kimlerin oy kullanıp kullanmayacağına dair açıklamalara da yer verilebilmektedir. Bununla beraber görüş istenmesi gibi durumlar üzerine de YSK tarafından hükümlülerin oy kullanmalarını konu alan kararların verildiği görülebilmektedir. Seçimlerin sayısı göz önüne alındığında burada bütün seçimler yerine son yıllarda yapılan birtakım kararlardan bahsedilmesinde yarar vardır. Özellikle yukarıda açıklandığı üzere 2013 yılında verilen AİHM kararı ile 2015 yılında verilen Anayasa Mahkemesi kararının YSK'nın kararları üzerinde önemli bir etkiye sahip olduğu söylenebilir. Bu gelişimin görülebilmesi amacıyla anılan zaman aralığını kapsayan öncesinde ve sonrasındaki seçimlere dair verilen kararlar ile son seçimlere ilişkin 2023 yılı mayıs ayında yapılan seçimlere dair verilen kararlardan söz edilecektir.

Bu kapsamda birazdan yer verilecek olan kararlarda görülebileceği üzere, kasten işlenen suçlar açısından birtakım farklılıklar mevcut olmakla beraber, taksirli suçlar açısından önemli bir farklılıktan söz edilemez. Bu nedenle tekrara düşmemek amacıyla bu kararlarda, taksirli suçlardan dolayı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanabileceklerinin kabul edildiği belirtilmelidir.

29 Mart 2009 tarihinde yapılan mahallî idareler seçimlerine dair YSK tarafından alınan kararda, kasıtlı suçlardan koşullu salıverilenlerin bihakkın tahliye tarihine kadar oy kullanamayacakları belirtilmektedir[39]. 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması öncesinde alınan kararda da yine aynı hususların yazıldığı görülmektedir[40]. Bu tarihten sonra yapılan ilk seçim, 30 Mart 2014 tarihli mahallî idareler seçimleridir[41]. Bu noktada eklemek gerekir ki yukarıda açıklandığı üzere AİHM, TCK m.53'te yer alan hüküm nedeniyle oy kullanamayan başvurucu açısından ihlal olduğunu tespit ettiği Söyler/Türkiye kararını 17 Eylül 2013 tarihinde vermiştir. İşte bu tarihten sonra yapılan ilk seçimden önceki bir tarih olan 21 Aralık 2013 tarihinde alınan kararda, henüz ceza infaz kurumuna alınmayan ya da ceza infaz kurumuna alındıktan sonra koşullu olarak salıverilen, ancak hak ederek tahliye süresi dolmayan hükümlüler ile mahkemesince uzun süreli cezası ertelenmesi nedeniyle ceza infaz kurumunda bulunmayan hükümlülerin seçimlerde oy kullanabilecekleri kabul edilmiştir. Dikkat edildiğinde burada sadece koşullu salıverilmeden söz edilmekte ancak denetimli serbestlik kapsamında ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlüler açısından bir değerlendirmeye yer verilmemektedir. Ayrıca bu kararın 2'ye karşı 11 şeklinde, oyçokluğuyla alındığını da eklemek lazım. Bu seçimden birkaç ay sonra, 10 Ağustos 2014 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanı seçimi öncesinde alınan kararda, işte bu hususa yer verildiği görülmektedir[42]. Böylece koşullu salıverilme ile denetimli serbestlik kapsamında ceza infaz kurumunda bulunmayan hükümlülerin oy kullanabileceği kabul edilmiştir. Belirtilmesinde yarar var ki örneğin 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan

[39] YSK'nın 09.01.2009 tarih ve 12 sayılı kararı.
[40] YSK'nın 28.08.2010 tarih ve 665 sayılı kararı.
[41] YSK'nın 21.12.2013 tarih ve 590 sayılı kararı.
[42] YSK'nın 20.06.2014 tarih ve 3002 sayılı kararı.

Cumhurbaşkanı seçimi ve 27. dönem milletvekili genel seçimi öncesinde alınan kararlarda görülebileceği üzere, bu durumlara ek olarak hastalık nedeniyle cezasının infazı geri bırakılan hükümlüler de eklenerek kapsam genişletilmiştir[43].

Nihayet Türkiye'de yapılan son seçimler, 14 Mayıs 2023 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanı seçimi ile 28. dönem milletvekili genel seçimi ve ikinci tura kalması nedeniyle 28 Mayıs 2023 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanı seçimidir. Bu seçimlerin öncesinde alınan kararlarda da kasıtlı suçlardan hükümlü olanlardan ceza infaz kurumuna henüz alınmayanlar ile ceza infaz kurumuna alındıktan sonra denetimli serbestlik veya koşullu salıverilme kapsamında salıverilenlerin ve uzun süreli olsa da hapis cezası mahkeme tarafından ertelenenlerin oy kullanabileceği kabul edilmiştir.[44]

SONUÇ

Demokrasi rejiminin birtakım temel gerekleri bulunmaktadır. Bunlardan birisine göre herkes yönetime doğrudan ya da dolaylı bir şekilde katılabilmelidir. Bu amaca ulaşılabilmesi bakımından oy kullanma hakkı, sadece belirli bir sınıf veya zümre gibi bir kesimle sınırlandırılmamalıdır. Genel oy ilkesi olarak adlandırılan bu kurala göre cinsiyet, ırk, eğitim, sosyal ve ekonomik durum gibi ayrımlar söz konusu olmaksızın herkes oy kullanma hakkına sahip olmalıdır. Bununla beraber oy kullanma hakkının başta vatandaş olma gibi çeşitli kriterlerle sınırlandırıldığı da görülebilir. Nitekim demokrasiyi benimsemiş diğer birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de bu ve başka birtakım istisnalar mevcuttur. İşte bunlardan bir diğeri de hükümlülere ilişkindir. Türk hukukunda hükümlülerin oy kullanması her durumda yasaklanmamaktadır. Keza hükümlülerin işledikleri suçun türü ve cezanın süresi gibi birtakım hususlar farklılık arz edebilmektedir. Buna dair temel düzenlemeler başta Anayasa olmak üzere birtakım kanunlarda yer almaktadır.

İlk olarak tutuklular açısından söz etmek gerekirse tutuklular hakkında henüz yargılama devam ettiğinden bu kişilerin hükümlü olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Buna, uygulamada hükümözlü ile hükmen tutuklu olarak adlandırılan tutuklu sanıklar da dâhildir. Yine de tutukluların tutukevi yerine çoğunlukla ceza infaz kurumunda tutulmaları ve CGTİHK'da hükümlüler açısından öngörülen birtakım düzenlemelerin tutuklular hakkında da uygulanması gibi nedenlerden ötürü, tutuklular açısından konunun ele alınmasında yarar vardır. Nitekim Anayasa'nın ilk metninde m.67/5'te tutukevinde bulunan tutukluların oy kullanması yasaklanmıştır. Ancak 1995 yılında yapılan değişikle bu yasak kaldırılmıştır. Böylece tutukluların oy kullanması yönünde herhangi bir yasağın kalmadığı söylenebilir. Hatta henüz suçlu olduğu kesin olmayan kişinin salt tutuklu olması nedeniyle oy kullanma hakkının engellenmesinin, masumiyet karinesi gibi birtakım güvencelere de aykırılık teşkil edeceği belirtilmelidir.

Hükümlülerin oy kullanma hakkı yönünden kısıtlama getiren temel düzenleme Anayasa m.67/5'te yer almaktadır. Bu hükümde taksirli suçtan dolayı mahkûm edilenler hariç olmak üzere, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağı kabul edilmektedir. Buradan hareketle hakkında

[43] YSK'nın 01.05.2018 tarih ve 337 sayılı kararı.
[44] YSK'nın 14.05.2023 tarih ve 107 sayılı kararı.

adli para cezasına hükmolunanların, hakkında kast ya da taksirli suçtan hapis cezasına hükmolunup ceza infaz kurumunda bulunmayanların ve hakkında taksirli suçtan hapis cezasına hükmolunup ceza infaz kurumunda bulunanların oy kullanabileceği söylenebilir.

Hükümlülerin oy kullanması açısından kanımızca önemli bir sınırlandırma TCK m.53'te bulunmaktaydı. Buna göre kasten işlenen suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilen hükümlü, bu hükmün kanuni sonucu olarak oy kullanma hakkından yoksun bırakılmaktaydı. Burada suçun manevi unsuru, türü, cezanın ağırlığı ve infaz süreci kapsamında hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunup bulunmaması gibi durumlar bir farklılık yaratmamaktaydı. 2013 yılında AİHM, Söyler/Türkiye kararında, TCK m.53'e göre oy kullanma hakkı yönünden otomatik ve ayrım gözetmeksizin bir şekilde getirilen kısıtlamayı AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'e aykırı bulmuştur. Bu karardan yaklaşık 2 yıl sonra, 2015 yılında Anayasa Mahkemesi, TCK m.53/1'de yer alan "hapis cezasına" ibaresinin TCK m.53/1-b'de yer alan "seçme ve" ibaresi yönünden iptali ile TCK m.53/2'de yer alan hükmün, TCK m.53/1-b'de yer alan "seçme ve seçilme ehliyetinden" ibaresi yönünden oybirliğiyle iptaline karar vermiştir. Böylece TCK m.53 ile hükümlülerin oy kullanma hakkı açısından getirilen yoksunluğun ortadan kalktığı ifade edilebilir.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların YSK'nın seçimlerde kimlerin oy kullanabileceğine dair verilen kararları etkilediği görülebilmektedir. Her seçim öncesinde alınan bu kararlarda ceza infaz kurumunda bulunmayan hükümlülerin oy kullanabileceği kabul edilebilmektedir. Bu kararlara bakıldığında hükümlülerle ilgili olarak, sadece kasten işlediği suç nedeniyle ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağı söylenebilir. Bu yönüyle AİHM tarafından ortaya konulan "genel, otomatik ve ayrım gözetmeyen" yasaklama kriterinin hâlâ tam anlamıyla mevcut olmadığı söylenebilir. Yine de infaz hukukundaki denetimli serbestlik, koşullu salıverilme ve Covid-19 nedeniyle izinli sayılmaya ilişkin hükümler başta olmak üzere mahkûmiyet hükmünün infazına dair diğer hükümler göz önüne alındığında, ceza infaz kurumunda kasten işlediği suç nedeniyle bulunan hükümlülerin oy kullanma hakkının kısıtlanmasının, anılan kararlardan önceki uygulamaya göre daha lehe olduğu belirtilmelidir.

Yine YSK kararının daha ileri olduğuna dair bir durum ise seçimin kapsamına ilişkindir. AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.3'te açık bir şekilde sadece "yasama organının seçilmesinde" ibaresine yer verildiği için AİHM, cumhurbaşkanlığı ve bağımsızlık gibi çeşitli konularda yapılan referandumları bu hüküm kapsamında incelememektedir. Buna karşın hükümlülerin oy kullanmalarıyla ilgili olarak YSK, Cumhurbaşkanlığı seçimi, genel seçim ve mahallî seçim şeklinde bir ayrıma gitmemektedir. Bu da olumlu karşıladığımız bir durumdur.

YSK tarafından verilen kararların, uygulamada oldukça önem arz ettiği bir gerçektir. Nitekim Anayasa m.79/2'de YSK kararları aleyhine başka bir merciye başvurulamayacağı açıkça kabul edilmektedir. Bu nedenle örneğin YSK, kasten işlediği suç nedeniyle mahkûm olan ve koşullu salıverildiği için ceza infaz kurumunda bulunmayan hükümlülerin oy kullanamayacağını kabul ederse önceki karar ve uygulamaya göre bu kişilerin seçimde oy kullanamayacağı söylenebilir. Yine bu durumun tam tersi biçimde, kanunda yer alan bir madde, hükümlülerin oy kullanmalarını yasaklasa dahi YSK, bu kişilerin oy kullanabilecekleri yönünde karar verirse YSK'nın verdiği karar uygulanmaktadır. İşte bu bakımdan YSK'nın kararlarının arz

ettiği önem görülebilmektedir. Yine de hükümlülerin oy kullanmalarıyla ilgili birtakım değişiklikler yapılmasında yarar olabilecektir. Nitekim AİHM kararlarında, hükümlülerin oy kullanma hakkının genel, otomatik ve ayrım gözetmeyen bir şekilde yasaklanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan mevcut uygulamada kasten işlediği suç nedeniyle ceza infaz kurumunda bulunanlar da dâhil olmak üzere, hükümlülerin oy kullanma hakkının yasaklanması açısından başka kriterlerin kabul edilmesinde ve hâkim güvencesinin öngörülmesinde yarar olduğunu vurgulamak isteriz.

Son olarak Seçim Kanunu m.7 ve m.8'de yer alan düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerektiği belirtilmelidir. Nitekim m.7'de ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağı kabul edilmektedir. Oysaki Anayasa m.67/5'te taksirli suçlar hariç tutulmaktadır. Burada oy kullanma hakkı açısından Anayasa'da öngörülen kurala, Kanun ile bir istisna getirilmektedir. İşte bu durum Anayasa'ya aykırılık tartışmasının ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Kanımızca Seçim Kanunu m.7'de yer alan ibare Anayasa'ya aykırıdır. Diğer bir düzenleme ise TMK m.407/1 ile birlikte ele alınmalıdır. Buna göre hakkında 1 yıl veya daha fazla hapis cezası verilen hükümlü kısıtlanacağından seçmen olamamaktadır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, TMK m.407/1'de yer alan hükmün iptaline karar vermişse de sorunun tamamen ortadan kalktığını düşünmemekteyiz. Bu nedenle Seçim Kanunu m.8'de yer alan "Kısıtlı olanlar" şeklindeki ibarenin, ceza infaz kurumunda bulunmama gibi hususlar da gözetilmek suretiyle yeniden düzenlenmesinde yarar bulunduğunu söylemek isteriz.

Kaynakça

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Temsili Demokrasinin "Seçim" Ayağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 60, 2005, s. 71-96.

BAHÇECİ, Barış: "1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 3, 2005, s. 365-395.

CONGLETON, Roger D.: "Economic Development and Democracy: Does Industrialization Lead to Universal Suffrage?", *Homo Oeconomicus*, Cilt 21, Sayı 2, 2004, s. 283–311.

DOĞAN, Duygu Çağlar: "Türk Hukukunda Seçme Hakkının Mahkumiyete Bağlı Olarak Sınırlandırılmasına İlişkin Sorunlar", *Suç ve Ceza Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 2022, s. 1-28.

DUVERGIER DE HAURANNE SOURCE, Ernest: "La Démocratie Et Le Droit De Suffrage: II. Le Suffrage Universel", *Revue des Deux Mondes*, Cilt 74, Sayı 4, s. 485-821.

KANADOĞLU, Osman Korkut / DUYGUN, Ahmet Mert: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

KARAGÖZ, Kasım: "Mahkûmların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 9, Sayı 1, 2007, s. 165-206.

KARAKAŞ DOĞAN, Fatma: "Mahkumların Oy Hakkı AİHM'nin Söyler V. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 112, 2014, s. 107-126.

METİN, Yüksel: “AİHS Çerçevesinde ve AİHM Kararları Işığında Serbest Seçim Hakkı”, *Liberal Düşünce*, Cilt 14, Sayı 48, 2007, s. 110-141.

YAPILAN SON DEĞİŞİKLERLE BİRLİKTE TCK M.82/1-D: KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN ÜSTSOY VE ALTSOYDAN BİRİNE VEYA EŞ, BOŞANDIĞI EŞ VEYA KARDEŞE KARŞI İŞLENMESİ

Av. Yasir BÜYÜKBAŞ*

ÖZET

İnsanların sahip oldukları en değerli hak şüphesiz yaşam hakkıdır. Bu hak bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi ülkemiz hukukunda da çeşitli yollarla korunmaktadır. Bu koruma yollarının başında ise Anayasamız yer almaktadır. Anayasamızın 17. Maddesinde bu koruma "Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." şeklinde vurgulanmıştır. Şüphesiz yaşama hakkı olmadan kişi ve kişinin sahip olabileceği başka herhangi bir haktan söz edilemez. Yaşam hakkı ayrıca ceza hukukumuzca da muhafaza edilmektedir. Türk Ceza Hukuku kişinin en temel hakkı olan yaşam hakkını, dil, din, ırk vb. her türlü ayrımdan uzak şekilde, yalnızca insan olması sebebiyle korumaktadır. Bu koruma ceza hukukunda düzenlenen başlıca suçlardan olan "Kasten Öldürme" suçuna ilişkin hükümlerle sağlanmaktadır. Düzenlenen bu suç tipinin başlıca suçlardan olmasının sebebi ise, neticesinin gerçekleşmesi durumunda insanın yaşam hakkının elinden alınacak olmasıdır. Kasten öldürme suçu düzenlenirken ayrı bir hüküm olarak nitelikli halleri de kanunda belirtilmiştir. Burada amaç suçun bazı durumlarda temel halinden daha ağır veya daha hafif şekilde cezalandırılmasının gerekmesidir. Bahsi geçen nitelikli hallerden biri de suçun işleniş biçimi, suç işlemede kullanılan araç vb. durumların yanında suçun sayılı belli kişilere karşı işlenmesidir. Şöyle ki, Türk Ceza Kanunu' nun 82. maddesinde birçok nitelikli hal sayılmıştır ve "d" bendinde düzenlenen nitelikli hal "Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş, boşandığı eş veya kardeşe karşı" şeklindedir. Bu nitelikli halin düzenlenme sebepleri açısından farklı görüşler ortaya koyulmuştur. Örneğin, bir görüşe göre bu nitelikli halin düzenlenme sebebi suçun sayılan kişilere karşı işlenmesinin toplumda kopuşlara sebep olacağı ve yine başka bir görüşe göre ise sayılan akrabalık ilişkilerinin esasında suçun işlenişini kolaylaştıracağı yönündedir. Esasında kanunun önceki halinde boşandığı eş kavramına yer verilmemiş ve sadece eşe karşı kasten öldürme suçunun işlenmesi nitelikli hal kapsamında sayılmış, bu konuda da çokça eleştiri yapılmıştır. Son yıllarda ulusal ve uluslararası gündeme bakıldığında eleştirilerin haksız olduğu da söylenemez. Meydana gelen olaylar ve yapılan eleştirilerin de etkisiyle yapılan değişiklikle birlikte boşandığı eşe karşı kasten öldürme suçunun işlenmesi de nitelikli hal kapsamına alınmıştır. Çalışmamızda kasten öldürme suçunun bahsi geçen nitelikli halinde sayılan ilişkiler tek tek incelenecek, bu konuda yapılan tartışmalara değinilecek ve özellikle günümüzde sık sık karşılaştığımız şiddet olayları çerçevesinde, suçun eş ve boşandığı eşe karşı işlenmesi üzerinde ayrıca durulacaktır. Ayrıca nitelikli halin şeriklik açısında da değerlendirmesi yapılarak şeriklere sirayeti konusu açıklanmaya çalışılacaktır.

* Büyükbaş Hukuk, av.yasirbuyukbas@gmail.com, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 22281325@stu.omu.edu.tr, ORCID ID: 0009-0000-1017-6980.

Anahtar kelimeler: Yaşam hakkı, Kasten öldürme, Eş, Boşandığı eş, Akraba.

I. GENEL OLARAK

Türk Ceza Hukuku kişinin hayatını dil, din, ırk vb. Her türlü ayrımdan uzak şekilde yalnızca insan olması nedeniyle korumaktadır. Bu koruma, kişinin yaşamı sona erene kadar Ceza Hukuku tarafından sürdürülür. Ceza hukukunda başlıca suç olan Kasten Öldürme suçuna ilişkin maddelerle bu koruma sağlanmaktadır. İnsan hayatı kanunlaşmanın başlamadığı dönemde korumaya alındığı gibi kanunlaştırma hareketlerinin başlamasından sonra da korumaya alınmıştır.[1] Bu suç en temel hak olan yaşama hakkını korur. Aynı zamanda ceza hukukunun en eski suçu olmakla birlikte en temel ve en ağır suçunu oluşturmaktadır.[2] Kişinin insan olması sebebiyle sahip olduğu yaşama hakkı başta Anayasa tarafından korunsa da bu koruma ceza hukukundan ayrı düşünülemez.

Kasten öldürme suçu, kanunda temel şeklinin yanı sıra daha ağır veya daha hafif ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri de barındırır. Bu nitelikli hallerden biri de suçun işleniş biçimi, suç işlenirken kullanılan aracın niteliği vb. durumların yanında suçun mağdurunun özellikli belirli kişiler olmasıdır. Başka bir deyişle mağdur ile fail arasında kanunda sayılan akrabalık ilişkilerinden birinin varlığı durumunda, bu kişilere karşı işlenen suç, kasten öldürmenin temel hali değil nitelikli hali olacaktır. Kanun koyucunun bu şekilde bir nitelikli hal düzenlemesinin başlıca sebebi failin suç işlerken bu sayılan ilişkilerin varlığının sağladığı kolaylık, mağdurun yine bu ilişki sebebiyle savunma yeteneğinin zayıflayabileceği varsayımı ve belirtilen ilişki kapsamında kasten öldürme suçunun işlenmesi durumunda meydana gelen olayın içerdiği haksızlık ve kötülüğün çok daha yoğun olmasıdır.

II. TCK M.82/1-d: ÜSTSOY VE ALTSOYDAN BİRİNE VEYA EŞ, ESKİ EŞ VEYA KARDEŞE KARŞI KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN İŞLENMESİ

Kasten öldürme suçunun TCK m.82/1-d' de sayılan akrabalık ilişkileri dahilinde işlenmesi durumunda suçun nitelikli hali söz konusu olacaktır. Belirtilen nitelikli hal ise cezayı artıran nitelikli hal olduğundan failin cezasında artırım yapılacaktır. Çalışmamızda kanun metninde yazılı akrabalık ilişkileri ayrı ayrı incelenecektir.

A. ÜSTSOY VEYA ALTSOYDAN BİRİNE KARŞI KASTEN ÖLDÜRME

Fail ile mağdurun üstsoy veya altsoy olması, bu ilişkinin kan hısımlığına bağlı olması, evlilik nedeniyle bu ilişkinin oluşmaması (sıhri hısımlık) gerekmektedir.[3] Başka bir deyişle bu hısımlığın kayın değil kan hısımlığından kaynaklanması gerekir. Bu altsoy/üstsoy ilişkisi evlilik içi ilişkiden kaynaklanmamalıdır.

[1] AKBULUT, Berrin: "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m.82)", Adalet Dergisi, Sayı 65, 2020/2, s.100
[2] AKBULUT, Berrin: "Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 4, 2020, s.274
[3] ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.230

Dolayısıyla evlilik dışı altsoy/üstsoy ilişkisi nitelikli hal kapsamında değerlendirilemeyecektir.[4] Ancak evlilik dışı olan fiili ilişki tanıma veya başka bir yol ile hukuki kimliğe bürünmüşse nitelikli hal için aranan altsoy/üstsoy ilişkisinin varlığı kabul edilebilecektir. Bunun yanı sıra Yargıtay bir kararında evlilik dışı hamile kaldığı bebeğini doğumdan sonra ormanlık alana bırakarak ölümüne sebep olan annenin TCK m.82/1-d kapsamında cezalandırılmasına karar vermiş ve bu nitelikli hal kapsamında altsoya karşı kasten öldürme suçunun işlendiğini kabul etmiştir.[5] Dolayısıyla farklı uygulamalara da rastlanmaktadır. Kanımızca da somut olayın durumuna göre değerlendirme yapılmalı ve nitelikli halin düzenlenme amacı da göz önünde bulundurularak her olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir.

Kişinin kasten öldürme suçunu kayın hısımlığı dahilinde işlemesi durumunda suç nitelikli hal kapsamında değerlendirilemeyecektir. Örneğin damat kaynanasına karşı veya gelin kayın babasına karşı bu suçu işlediğinde diğer haller kapsamına da girmiyorsa nitelikli kasten öldürme suçu kapsamında değerlendirilmeyecek, suçun temel şekli bakımından cezalandırma yoluna gidilecektir. Kan hısımlığı dahilinde bu suçun işlenmesi durumunda ise temel hale göre daha ağır olan ağırlaştırılmış müebbet cezası verilecektir. Ayrıca burada kanun herhangi bir sınırlama belirtmediğinden altsoy veya üstsoyun kaçıncı dereceden olduğu önem arz etmeyecektir. Örneğin altsoya, torun, torununun torunu da dahil olacaktır. Yine aynı şekilde üstsoy kavramına dede veya babaanneden ziyade büyük anne büyük baba da dahil edilecektir. Bu akrabalık bağının bulunması yeterli olup, tanıma veya diğer yollarla soy bağı ilişkisinin kurulmuş olması gerekmez.[6] Belirtilen altsoy veya üstsoya kasten öldürmenin gerçekleştirilmesinde daha ağır cezanın verilmesinin sebebi suçun barındırdığı haksızlık ve kötülük yoğunluğu, failin suçu bu ilişki sebebiyle daha kolay işleyebileceği varsayımı ve mağdurun yine bu yakınlık sebebiyle savunma yetisinin yetersiz olabileceğidir.[7] Zira kişinin ilgili akrabalık ilişkisi dahilindeki savunma yetisinin, failin mağdur ile yakınlığının faile sağladığı kolaylık veya öldürmeye yönelik fiilin niteliği normal şartlardakinden farklı olacaktır.

B. EŞE KARŞI KASTEN ÖLDÜRME

Eş, Türk Medeni Kanunu hükümleri dahilinde evlilik birliği kurmuş karı-kocayı ifade eder.[8] Yani TMK kapsamında geçerli bir evlilik ilişkisinin kurulmuş olması gerekmektedir. Şunu da özellikle belirtmek gerekir ki toplumumuzda eşe karşı suç işlenmesi denildiğinde akla ilk gelen mağdur, kadın eştir. Bunun

[4] DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001, s.50

[5] Yargıtay 1. CD. 03.04.2019 T. 2018/4891 E.- 2019/2041 K. *"Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanık ...'in suç tarihinden 5 gün önce doğan bebeğini 29/01/2014 günü saat 11:30 sıralarında ... mahallesi, ... caddesi, ... villa kavşağına yaklaşık 50 metre uzaklıktaki orman içerisindeki moloz yığınının yanına bırakarak oradan ayrıldığı, ertesi gün saat 09:30 sıralarında bebeğin ölü olarak bulunduğu, otopsi raporuna göre bebeğin ölümünün soğukta kalma sonucu meydana gelmiş olduğunun belirtildiği anlaşılan olayda; ... sanığın, sonucu kabullenerek eylemini gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, olası kastla nitelikli öldürme suçundan, TCK'nin 82/1-d-e, 21/2. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği..."*

[6] AKBULUT, Nitelikli Halleri, s.130

[7] AKBULUT, Nitelikli Halleri, s.130

[8] CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Basım Yayın, İstanbul 2007, s.45

sebebi ise toplumda eşe karşı suç işlenmesi olayları denildiğinde daha çok kadın eşe karşı suç işlendiğine şahit olunmasıdır. Türk toplumunda da kadın cinayetlerinin en çok karşılaşılan şekli eş ya da duygusal birliktelik yaşanan kişi tarafından işlenmesidir.[9] Bu konuda sebep olarak da karşımıza çoğunlukla kıskançlık ya da namus gibi hayli klişeleşmiş kavramlar çıkmaktadır. Esasında eşe karşı işlenen kasten öldürme suçu hem erkek olan eş tarafından hem de kadın olan eş tarafından işlenebilir. Kanunda da eş denilmekle kadın erkek fark etmeksizin evlilik birliği içerisindeki eşlerden her ikisi de kastedilmiştir. Yani erkek eşe karşı kadın eşin kasten öldürme suçunu işlemesi ile kadın eşe karşı erkek eşin kasten öldürme suçunun işlenmesi arasında nitelikli hal kapsamında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Bu nitelikli hal kapsamında ilk akla gelen konulardan biri de imam nikahlı eşler arasında bu suçun işlenmesi durumunda bu suçun TCK m.82/1-d kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. İmam nikah eşler arasında suçun işlenmesi durumunda bu durum TCK m.8/1-d kapsamında vurgulanan eş kavramı olarak değerlendirilmemelidir. Zira hukukun üstünlüğü ve birliği gereğince de bunun kabulü mümkün değildir. İmam nikahı hukukumuzda evliliğin şartı veya bir aşaması olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla TCK da düzenlenen bu nitelikli hal sadece TMK kapsamında var olan resmi nikahlı evlilikler konusunda uygulama alanı bulacaktır. Düzenlemenin getiriliş amacı incelendiğinde imam nikahlı eş ile fail arasındaki yakınlığın yine düzenlemenin getiriliş amacına uygun olduğu düşünülebilir. Ancak nitelikli hal kapsamına sadece dini nikahı olan eşlerin de dahil edilmesi gerektiğini savunan görüşlere de rastlamak mümkündür.[10] Bu konudaki düşünceler çalışmamızın sonunda yer alan eleştiriler bölümünde dile getirilecektir.

Evliliğin mutlak butlan ile malul olmasında da, maluliyet mahkeme kararı ile sabit olmadıkça TCK m.82/1-d' de yer alan ağırlaştırıcı sebep uygulama alanı bulacaktır.[11] Zira mutlak butlan ile sakat olan evlilik TMK m.156 uyarınca mahkeme kararına kadar geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurmaya devem edecektir.[12] Bu durumda, mahkeme kararı olmadıkça mutlak butlanla sakat evlilik geçerli şekilde devam ettiğinden, nitelikli hal kapsamında değerlendirilecek ve kişiye bu kapsamda ceza tayin edilecektir. Kısaca özetlersek, mutlak butlanla sakat evliliklerde, evlilik ilişkisi, hâkim kararı verilinceye kadar geçerli olduğundan, eşlerden birinin bu süre zarfında kasten öldürme suçunu işlemesi durumunda TCK m.82/1-d kapsamında eşe karşı kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktır.

Bir diğer incelenmesi gereken husus, eşler hakkında mahkemece ayrılık kararı verilmesidir. Düzenlemenin lafzı incelendiğinde, kanun açıkça boşanılan eş kavramını kullandığından, ayrılık kararı verilen eşlerden birinin diğerine karşı kasten öldürme suçunu işlemesi durumundan TCK m.82/1-d

[9] DÖNMEZ, Elif: "Kasten Öldürme Suçunun Eski Eşe Karşı İşlenmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 11, 2021/1, s.600

[10] OLGUN, Eser: "Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 14, 2013, s.1648

[11] PARLAR, Ali; HATİPOĞLU, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.74

[12] DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ, Tufan; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku III. Cilt (Aile Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s.80

kapsamında değerlendirilecek ve fail eşe karşı kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktır. Yargıtay'ın da bu konuda aynı yönde kararları mevcuttur.[13]

Farklı hukuk sistemleri incelendiğinde ise çoğu ülkede kasten öldürmenin eşe karşı işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmemiş, özellikle değinilmemiştir ancak bazı ülkelerde örneklerine rastlamak da mümkündür.[14] Ülkemizde bu şekilde özel düzenlemelere yer verilmesi ise aile ve toplum yapısı ile açıklanabilir. Zira Türk toplumunda aile bağlarının diğer toplumlara nispeten daha samimi ve bağlı olduğu bilinen bir gerçektir. TÜİK verileri de incelendiğinde geniş aile olarak tanımlanan, en az bir çekirdek aile ve diğer kişilerden oluşan hane halkı oranı 2022 yılı için %12,8 olarak açıklanmıştır.[15] Dolayısıyla hukuk sistemimizde kasten öldürme suçunun belirli yakınlıktaki kişilere karşı işlenmesi halinde cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmesi kanımızca da yerinde ve gereklidir.

Eşe karşı kasten öldürmenin nitelikli hal olarak düzenlenmesinin nedeni, evlilik birliği içerisinde, aynı çatı altında yaşayan karı-kocanın insan hayatının sona ermesi gibi çok ağır bir sonuca sebep olacak suçun işlenmemesini sağlamak ve buna yönelik önlem almaktır. Zira bahsi geçen akrabalık ilişkileri mevcutken şahısların savunma yetilerinin ve imkanlarının normal şartlardan farklı olacağı açıktır. Yine aynı şekilde suçu işleyen kişinin, akrabalık ilişkisi de göz önüne alındığında, fiilindeki haksızlık ve kötülük yoğunluğu da daha fazla olacaktır.

C. BOŞANILAN EŞE KARŞI KASTEN ÖLDÜRME

Kasten öldürme suçunun nitelikli halini düzenleyen maddenin önceki halinde sadece "eş" kavramı sayılmışken, 8/7/2021 tarihinde 7331 sayılı kanunun 6. maddesiyle düzenleme yapılmış ve **"boşanılan eş"** kavramı da kanuna eklenmiştir. Bu eklemeyle ülkemizdeki büyük sorunlardan birinin önüne geçilmek istenmiştir. Dolayısıyla artık boşanılan eşe karşı kasten öldürme suçunun işlenmesi durumunda bu nitelikli hal olacak ve daha ağır cezaya hükmedilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta evliliğin boşanma yoluyla sona ermesi gerekmesidir. Örneğin butlanla sakat bir evlilik iptal edildiğinde kanunun lafzında açıkça boşanılan eş dendiğinden bu durum nitelikli hal kapsamına girmeyecektir. Başka bir deyişle butlan sebebiyle iptal edilen evlilik söz konusu ise butlan kararı sonrasında eşlerden birinin diğerine karşı işlediği kasten öldürme suçu TCK m.86/1-d kapsamında değerlendirilemez. Zira kanunun lafzı açıkça **"boşanılan"** eş kavramını vurgulamıştır. Dolayısıyla evliliğin sadece boşanma yoluyla sona ermesi sonrasında kasten öldürme suçu işlenmesi nitelikli hal olarak değerlendirilir. Evliliği sona erdiren diğer sebepler ise bu kapsamda değerlendirilmez.

---

[13] Yargıtay 1. CD. 12.03.2019 T. 2019/793 E.- 2019/1513 K. *" Gaziantep 4. Aile Mahkemesinin 10/01/2014 tarih 2014/14 D. İş sayılı kararı ile sanığa 2 ay evden uzaklaştırma cezası verildiği, ... Hüküm metninde suç vasfının "eşe karşı kasten öldürme" olarak belirtilmesine rağmen, uygulama maddesi olarak TCK.nin 82/1-d maddesi yerine somut olayda uygulama yeri bulunmayan tasarlamaya ilişkin TCK.nin 82/1-a maddesinin gösterilmesi..."*

[14] DÖNMEZ, s.603

[15] https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Aile-2022-49683

D. KARDEŞE KARŞI KASTEN ÖLDÜRME

Kardeş kavramından anne ve babası bir yani aynı olan kişiler veya anne ya da babadan biri ortak olan kişiler anlaşılmalıdır.[16] Kısaca en az anne ya da babadan birinin ortak olması şarttır. Fiili kardeş ilişkisi bu nitelikli hal açısından geçerlidir. Burada önemli noktalardan biri de evlilik dışı kardeştir. Bu durumda TMK kapsamında bir tanımaya ihtiyaç olmaksızın nitelikli hal kapsamında bir değerlendirme yapılır.[17]

Değerlendirilmesi gereken bir diğer konu da anne ve babanın önceki evliliklerinden doğan çocukların bulunmasıdır. Bu durumda daha önceki evlilikten olan kardeşler nitelikli hal dahiline girmemektedir.[18] Özetlersek evlilik dışı kardeşler bent kapsamında değerlendirilirken, evlenen eşlerin önceki evlilikten olma çocukları arasında bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.

III. TCK M.82/1-d' NİN AZMETTİRME AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öncelikle azmettirme konusundan yüzeysel şekilde bahsetmek yerinde olacaktır. Azmettirme, TCK m.38 de düzenlenmiştir.[19] Tanımlama yapacak olursak azmettirme, belli bir suçu işleme konusunda suçu işlemeye yönelik herhangi bir kararı veya düşüncesi olmayan kişiye bu suç işleme kararının verdirilmesidir.[20] Şayet kişi daha önceden suçu işlemeye karar vermişse bu azmettirme kapsamında değil, azmettirmeye teşebbüs veya yardım etme olarak değerlendirilecektir.[21] Diğer yandan azmettirenin kasten hareket etmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle azmettirenin kastı, kişide suç işleme kararı aldırmayı ve suçun kanuni tanımındaki unsurları içermelidir.[22] TCK m.38'e göre azmettiren kişi azmettirilen kişinin cezasıyla cezalandırılır.

Azmettirmede önemli olan hususlardan biri de nitelikli halin azmettiren ve azmettirilen açısından uygulanmasıdır. Azmettiren kendisi veya azmettirilen açısından mevcut olan nitelikli hali biliyorsa bu nitelikli hal kapsamında cezalandırılır.[23] Başka bir deyişle, şerik (azmettiren) veya failden kaynaklanması fark etmeksizin nitelikli hal azmettiren açısından uygulanmaktadır.[24] Örneğin azmettiren, kasten öldürme

---

[16] AKBULUT, Nitelikli Halleri, s.132
[17] AKBULUT, Nitelikli Halleri, s.132
[18] TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 161, 162
[19] TCK m.38 " *(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.*
(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.
(3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir."
[20] YURTLU, Fatih; GENÇ, Fatma Umay; KURT, Elif; KILIÇ, Burak: Ceza Genel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.132
[21] ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s.629
[22] DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2021 s.550
[23] https://mihci.av.tr/suca-azmettirme
[24] KAYMAZ, Seydi: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2012, s.144

suçunun azmettirilen kişinin kardeşine karşı işlenmesi konusunda kişiyi azmettirdiyse ve bundan haberdar ise kasten öldürmenin nitelikli halinden sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak haberi veya bilgisi yoksa nitelikli halden değil, (diğer nitelikli hallerin kapsamında da değilse) temel halden cezalandırılacaktır. Görüldüğü gibi burada önem arz eden husus azmettiren kişinin bilgisinin olup olmamasıdır. Zira azmettiren suç işleme düşüncesi olmayan kişiye bu suçu işleme kararı verdirmektedir. Dolayısıyla nitelikli hal konusunda bilgisi varsa bu suçun bu kapsamda işleneceği konusunda bilgisi olacağından bu kural gayet yerindedir.

IV. TCK M.82/1-d' NİN YARDIM ETME AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yardım etme de ceza hukukunda azmettirme gibi şeriklik türlerindendir. TCK m.39' düzenlenmiş ve hangi durumların yardım etme sayılacağı da açıkça belirtilmiştir.[25] Yardım eden kavramına tanımlama yapacak olursak, suçun işlenmesine yardım edecek nitelikte fiillerle suçun işlenişine katkı sağlayanlar yardım eden olarak nitelendirilir.[26] Yardım eden sıfatına sahip şerikler de tıpkı azmettiren gibi kendilerince bilinen ve kendisinden veya failden kaynaklı nitelikli hallerden etkilenirler.[27] Başka bir deyişle, yardım eden, kendisinden veya asil failden kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenecek ve bu kapsamda cezalandırılacaktır. Örneğin eşe karşı kasten öldürmede yardım eden failin eşini öldüreceğini biliyorsa, bu durumda nitelikli kasten öldürmeden cezalandırılacaktır.

Değinilmesi gerekir ki Yargıtay' ın şeriklik (azmettirme ve yardım etme) konusunda değişik uygulamaları mevcuttur. Yargıtay nitelikli halin şeriklerden kaynaklanması durumunda bazı kararlarında bu halin faile de sirayet etmesini hukuka aykırı görmüşken diğer bazı kararlarında ise şeriğe ait nitelikli hain asıl fail tarafından bilinmesi sebebiyle bu halin faile de sirayet edeceğine karar vermiştir.[28] Örneğin Yargıtay 2010 tarihli bir kararında şerik açısından nitelikli hal teşkil eden durumun asıl faile sirayetini hukuka aykırı olarak nitelemiştir.[29] diğer bir kararında ise "bilmek" şartı arayarak asıl failin şerikle ilgili nitelikli hali bilmesi durumunda bu nitelikli halden sorumlu tutulacağı ve cezasının bu nitelikli hal kapsamında belirleneceği vurgulanmıştır.[30] Hatta bir diğer kararında ise yine bilme unsuruna değinmekle

---

[25] TCK m.39 " *(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.*
(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:
a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.
b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.
c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak."

[26] KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.495

[27] HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler, Astana Yayınları, Ankara 2020, s.404

[28] KAYMAZ, s.146

[29] Yargıtay 1.CD., 23.02.2010 T., 2009/3865 E., 2010/1054 K. " *Sanık ... yönünden; sanığın maktulle akrabalık bağının bulunmadığı anlaşılmakla, TCK.nun 82/1-d maddesinin uygulanması kanuna aykırı ise de..."*

[30] Yargıtay 1. CD., 1.2.2010 T., 2010/438 E. 2010/493 K. "*... Sanık G. K. F.'in, eşi olan maktuleyi öldürmesi için sanık F. F.'i azmettirdiği, sanık F. F.'in de, maktulenin sanık G. K. F.'in eşi olduğunu bildiği anlaşılmakla, azmettirenden*

birlikte buna rağmen şerik yönünden mevcut olan nitelikli halin asıl faile sirayet etmeyeceği yönünde karar vermiştir.[31]

V. TCK M.82/1-d' NİN MÜŞTEREK FAİLLİK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Müşterek faiilik TCK' nin 37. Maddesinde ***"Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur."*** şeklinde tanımlanmıştır. Başka bir deyişle faiillerin bir suçu işleme kararı kapsamında suçu gerçekleştiren icra hareketini birlikte gerçekleştirmeleri durumunda müşterek faillikten söz edilecektir.[32] Yine daha kısa ve anlaşılır bir tanımlama ise "suçun birden fazla kişi tarafından ve birlikte işlenmesi" şeklindedir.[33] Burada TCK m.82/1-d kapsamında değerlendirme yapacak olursak madde bendi şahsa bağlı nitelikli hal kapsamındadır. Dolayısıyla cezalandırılması gereken faillerin bir kısmı bent kapsamında sayılan akrabalık ilişkilerine sahipken diğer bir kısmı değilse burada cezalandırma, şahıslar için ayrı ayrı değerlendirilecektir. Yargıtayın da bu yönde birçok kararı bulunmaktadır.[34] Yani kanunda sayılı akrabalık ilişkilerine sahip olanlar kasten öldürmenin nitelikli halinden diğerleri ise kasten öldürmenin temel halinden cezalandırılabilecektir.

VI. TCK M. 82/1-d İLE İLGİLİ DOKTRİNSEL TARTIŞMALAR

Doktrinsel tartışmalar, zaman içerisinde gelişerek kanunun şekillenmesine yardımcı olmaktadır. Nitekim kanuna sonrada eklenen "boşanılan eş" kavramı henüz eklenmeden önce doktrinde pek çok görüş bu nitelikli halin boşandığı eşe karşı da uygulanması gerektiğini savunmaktaydı. Bu konuda çokça eleştiri olması süregelen kadın cinayetlerinin ülkemiz ve genel olarak da dünyada artması göz önüne alındığında çok da sürpriz olmamıştır. Yapılan tartışmalar ve öne sürülen görüşlerin ardından son kanun değişikliğiyle madde metnine boşanılan eş kavramı da eklenerek doktrinde var olan görüş kanunu şekillendirmiştir. Burada konumuz olan TCK m. 82/1-d ile ilgili yine çeşitli eleştiri ve görüşler mevcuttur.

Doktrindeki görüşlerden biri burada kanun koyucunun tek tek akrabalık ilişkilerini sayma yoluna gitmesinin yerinde olmadığına yöneliktir. Buradaki görüş sayma yerine hâkime takdir yetkisi verilerek metinde sayılan soyut akrabalık ilişkisi yerine somut ve fiili ilişkilerin bu nitelikli hal kapsamında olması gerektiği yönündedir.[35] Kanımızca bu görüş yerindedir. Zira bazen sayılı akrabalık ilişkilerinden daha yakın somut ve fiili ilişkiler kurulabilmektedir. Burada ilk akla gelen ise resmi evlilik olmaksızın fiili birliktelik içerisinde bulunan kişilerdir. Diğer yandan çokça karşımıza çıkan öğrenci evleri de bu bağlamda düşünülebilir. Zira üniversite öğrencileri açısından da aynı evde kalan kişiler aile yapısından farklı olmayan

---

kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı sebebin sirayetinin kabulü ile, sanık F. F. hakkında öldürme suçundan 5237 sayılı TCK.nun 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulmasında isabetsizlik bulunmadığından..."

[31] KAYMAZ, s.147

[32] TÖNGÜR, Ali Rıza; ÇETİNTÜRK, Ekrem: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.315

[33] KAYMAZ, s.120

[34] Yargıtay 1. CD. 06.02.2019 T. 2018/4629 E. 2019/490 K.; 0.04.2012 T. 2012/1264 E. 2012/3369 K.

[35] AKBULUT, Nitelikli Halleri, s.130

yakınlıkta yaşam sürdürdüğünden kanun maddesinin düzenlenme sebebiyle de uyuşan bir nitelik taşımaktadır. Bu ve bunun gibi örnekler çoğaltılabilir. Sonuç olarak bu görüş kanımızca da yerindedir.

Diğer bir görüş ise kanun metninde sayılan akrabalardan birine karşı kasten öldürme suçunu işleyen failin salt akrabalık ilişkisi sebebiyle cezayı artıran nitelikli halden cezalandırılmasının yersiz olduğuna yöneliktir. Nitelikli halin gerekçesi, kişideki kötülük niteliğinin yoğunluğu ve akrabalık ilişkisinin suçun işlenişini kolaylaştırması ve ayrıca filin bu ilişki sebebiyle suçu işleyişinin daha kolay olabileceği varsayımıdır. Dolayısıyla sırf sayılı akrabalık ilişkisinin varlığı sebebiyle kişinin bu kapsamda cezalandırılması bu görüşe göre haksızdır.[36] Örneğin sayılan akrabalık ilişkisinin varlığı ancak kanun gerekçesinde belirtilen yakınlığın bulunmadığı durumlarda fail alelade bir kişiye karşı değil de akrabalık sebebiyle cezayı artıran nitelikli halden sorumlu tutulabilecektir. Hal böyle iken failin sırf teorik bağı bulunduğu gerekçesiyle cezasını artıran bir nitelikli hale dahil edilmesi kanımızca akla yatkın gelmemektedir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi bu konuda sayma yerine hâkime takdir yetkisi verilerek akrabalık ilişkisi, fiili durum ve ayrıca somut olayın gereklilikleri gibi subjektif hususlar da değerlendirilerek karar verilmesi daha yerinde olacaktır.

SONUÇ

İzah etmeye çalıştığımız üzere, kasten öldürme suçunun konumuz olan nitelikli hali, basit kasten öldürmeye göre içerdiği daha yoğun kötülük ve belli ilişkilerden kaynaklanan suç işleme kolaylığı sebebiyle daha ağır cezayla cezalandırılacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta da aslında bu nitelikli hal kapsamında işlenen suçun toplumu da derinden sarsabileceğidir. Zira saydığımız yakın akrabalık ilişkileri taşıyan kişilerin kasten öldürme suç gibi bir suçu işlemesi toplum açısından da çok kötü karşılanacaktır. Zira bahsettiğimiz üzere kasten öldürmenin temel şekli bile bir insanın sahip olduğu en temel ve en önemli hak olan yaşama hakkını ihlal ederken, işin içine bir de kanunun saydığı ve oldukça yakın olan akrabalık ilişkilerinin girmesi suçun içerdiği kötülüğü en yüksek dereceye çıkarmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun bu şekilde bir nitelikli hali düzenlemesinin gerekli olduğu kanımız yanı sıra düzenlemenin yukarıda açıkladığımız üzere hâkime takdir yetkisi verilerek daha subjektif şekilde olması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kaynakça

AKBULUT, Berrin, Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m.82), Adalet Dergisi, Sayı 65, 2020.

AKBULUT, Berrin, Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 4, 2020

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınları, İstanbul 2007.

[36] TEZCAN; ÖNOK; ERDEM, s.164

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

DÖNMEZ, Elif: "Kasten Öldürme Suçunun Eski Eşe Karşı İşlenmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 11, 2021/1.

DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

DURAL, Mustafa - ÖĞÜZ, Tufan - GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku III. Cilt (Aile Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler, Astana Yayınları, Ankara 2020.

KAYMAZ, Seydi: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2012.

KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

OLGUN, Eser: "Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 14, 2013.

ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

TEZCAN, Durmuş - ÖNOK, Murat – ERDEM, Mustafa Ruhan, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

TÖNGÜR, Ali Rıza - ÇETİNTÜRK, Ekrem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

YURTLU, Fatih - GENÇ, Fatma Umay - KURT KILIÇ, Elif - KILIÇ, Burak, Ceza Genel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

https://mihci.av.tr/suca-azmettirme

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Aile-2022-49683

Yargıtay 1.CD' nin 03.04.2019Tarih ve E: 2018/4891 K: 2019/2041 Sayılı Kararı.

Yargıtay 1.CD' nin 12.03.2019 Tarih ve E: 2019/793 K: 2019/1513 Sayılı Kararı.

Yargıtay 1.CD' nin 01.02.2010 Tarih ve E: 2010/438 K: 2010/493 Sayılı Kararı.

Yargıtay 1.CD' nin 06.02.2019 Tarih ve E: 2018/4629 K: 2019/490 Sayılı Kararı.

Yargıtay 1.CD' nin 30.04.2012 Tarih ve E: 2012/1264 K: 2012/3369 Sayılı Kararı.

MARKA BAŞVURULARINDA "YEŞİL" ve BENZERİ TERİMLERİN YANLIŞ KULLANIMLARININ HUKUKİ SONUÇLARI

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep BAHADIR DALKIRAN*

ÖZET

Bu bildiri, marka başvurularında "yeşil" ve benzeri terimlerin yanlış kullanımlarına odaklanarak, işletmelerin sürdürülebilirlik[1] yolculuğunda karşılaşabilecekleri olası hukuki uyuşmazlıklar/sorunlar hakkında işletmeler, işletmelerin marka danışmanları ve marka hukukçularının farkındalığına katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

İklim değişikliği[2] ve diğer çevre sorunları siyasette, iş dünyasında ve kamusal tartışmalarda giderek daha önemli hale gelirken, aynı zamanda günümüzde yenilikçi yeşil teknoloji çözümleri, alternatif enerji üretimi, enerji tasarrufu veya daha yeşil ulaşım, tarım ve sanayi alanında mal ve hizmetlerin üretilmesi açısından da işletmeleri teşvik etmektedir.

Tüketicilerin iklim değişikliği ve çevre konularındaki bilinç artışı da onları çevre dostu mal ve hizmetlere yöneltmektedir. Bunun yansımaları olarak gerek Türk Patent ve Marka Kurumu[3] gerek EUIPO nezdinde yapılan marka başvurularında "*yeşil/green*", "*çevre dostu/eco-friendly*", "*sıfır atık/zero waste*",

* Ankara Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (Ankara Bilim University Faculty of Law, Department of Commercial Law, assistant professor), zeynep.bahadir@ankarabilim.edu.tr. ORCID ID: 0000-0003-3956-7031.

[1] "Sürdürülebilirlik" bu bildiride sürdürebilir kalkınma anlamında kullanılmıştır. Sürdürülebilir kalkınma: "*Gelecek nesillerin kendi ihtiyaçlarını karşılama yeteneğinden ödün vermeden bugünün ihtiyaçlarını karşılayan ve sosyal, ekonomik ve çevresel kaygıları dengeleyen kalkınma" (*IPCC, 2022: Annex II: Glossary [Möller, V., R. van Diemen, J.B.R. Matthews, C. Méndez, S. Semenov, J.S. Fuglestvedt, A. Reisinger (eds.)]. In: Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegría, M. Craig, S. Langsdorf, S. Löschke, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA, pp. 2897–2930, doi:10.1017/9781009325844.029. https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_Annex-II.pdf, E.T.:24 Nisan 2023

[2] İklim değişikliği: "*İklim durumundaki, iklim özelliklerinin ortalamasındaki ve/veya değişkenliğindeki değişikliklerle tanımlanabilen (örneğin, istatistiksel testler kullanılarak) ve uzun bir süre boyunca, tipik olarak onlarca yıl veya daha uzun süre devam eden bir değişiklik. İklim değişikliği, doğal iç süreçlerden veya güneş döngülerinin modülasyonları, volkanik patlamalar ve atmosferin bileşimindeki veya arazi kullanımındaki kalıcı antropojenik değişiklikler gibi dış zorlamalardan kaynaklanabilir*." IPCC, 2022: Annex II: Glossary https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_Annex-II.pdf, E.T.:24 Nisan 2023

[3] TÜRKPATENT kısaltması ile ifade edilecektir.

“*temiz/clean*”, “sürdürülebilir/sustainable”, “ekolojik/ecological”, “*geri dönüştürülmüş/recycled*”, “*sıfır karbon /zero carbon*” gibi terimlerin daha fazla kullanıldığı gözlemlenmektedir.

Bununla birlikte, “*yeşil*” ve benzeri terimlerin marka başvurularında yanlış kullanımlarının da arttığı ve tartışmaya açık sorular ürettiği de gözlemlenmektedir. Örneklemek gerekirse; işletmeler, yeşil kimlik bilgilerini destekleyen yeni ürünler, hizmetler ve markalar oluşturmaya odaklandıkça, işletmelerin "*eko*", "*yeşil*" ve "*çevre*" gibi terimleri esas unsur olarak içeren marka başvuruları mutlak ret nedenleri bakımından tescil edilebilecek midir? “*Yeşil*” ve benzeri terimleri yardımcı unsur olarak içeren tescilli markaların kapsamındaki mal ve hizmetlerin çevre dostu olmaması halinde halkı yanılttığı iddiası ile iptali mümkün olabilecek midir?

Bu çalışmada, işletmelerin, “*yeşil*” ve benzeri terimleri marka başvurularında yanlış kullanmalarının yarattığı/yaratacağı hukuki sonuçlardan birkaçı örnekleme yöntemi ile tartışılacak ve çözüm önerileri hakkında görüşlerimiz paylaşılacaktır. Böylelikle işletmeler, işletmelerin marka danışmanları ve marka hukukçularının farkındalığına katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yeşil Marka, Yanlış Kullanım, Çevre Dostu.

GİRİŞ

Son yıllarda yurt içi ve yurt dışındaki marka tescil başvurularında, çevreye ve doğaya duyarlılık çağrışımı yapan “*yeşil*” ve benzeri terimlerin sıkça kullanıldığı gözlemlenmektedir. Bu terimlerin yanlış kullanımlarının hukuki sonuçları olacaktır ve bildiride bu hukuki sonuçlar irdelenecektir.

Bildiride sırasıyla marka ve marka koruması kavramı; “*yeşil*” ve benzeri terimlerin genel kullanımı; “*yeşil*” ve benzeri terimlerin marka başvurularında kullanımı; marka başvurularında “*yeşil*” ve benzeri terimlerin yanlış kullanımlarının hukuki sonuçları ve son olarak da olası çözüm önerileri ele alınacaktır.

Kısaca bu çalışmada, işletmelerin “yeşil” ve benzeri terimleri marka başvurularında yanlış kullanmalarının hukuki sonuçlarından birkaçı tartışılacak ve çözüm önerileri hakkında görüşlerimiz paylaşılacaktır. Böylelikle işletmeler, işletmelerin marka danışmanları ve marka hukukçularının farkındalığına katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

I. KISACA MARKA VE MARKA KORUMASI[4]

Sınai mülkiyet haklarından birisi olan "*marka*", Sınai Mülkiyet Kanunu[5] da dikkate alındığında; bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan her türlü işarettir. İşletmelerin ticari hayatlarında önemli bir rol oynayan, kimliklerini yansıtan tanıtım izidir. Ad ve soyadlar dâhil sözcükler, harfler, sayılar, şekiller, sesler, renkler, bunların kombinasyonu ve hatta malların biçimi veya ambalajları marka olarak tescil edilebilmektedir[6].

Ülkemizde işletmelerin marka tescil ettirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Marka tescili, SMK kapsamında koruma sağlanabilmesi için gerekli olmakla birlikte tescilsiz olarak marka kullanılması da mümkündür. Böyle bir durumda herhangi bir ihlâl halinde Türk Ticaret Kanunu'nda[7] yer alan haksız rekabet kuralları, markaların aynı zamanda eser olmaya ilişkin koşulları sağlaması durumunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu[8] ile ve/veya aynı zamanda tasarım olmaya ilişkin koşulları sağlaması durumunda SMK kapsamında "tescilsiz tasarım" olarak da korunabilmeleri söz konusudur.

Belirtildiği üzere markaların tescili zorunlu olmamakla birlikte, tescil marka üzerindeki hakları ispatlayan ve marka ihlâlini engelleyen en önemli araçtır. Tescil, marka sahibine daha geniş bir koruma[9] sağlandığından işletmelerin faaliyette bulundukları bütün ülkelerde marka tescili önemle tavsiye edilmektedir. Kısaca markaların kapsamlı ve etkili korunması marka tescili ile sağlanmaktadır (SMK m. 7/1). Markanın korunması, markanın aynısının veya benzerinin sahibinin izni olmaksızın başkası tarafından kullanılamaması, üzerinde tasarrufta bulunulamaması, aksine hareketin markaya tecavüz sayılması demektir[10].

Tescilli marka sahibinin izni olmaksızın "İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması/ İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi/ İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi/ İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması/ İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet

---

[4] ARKAN, Sabih: Marka Hukuku Cilt I, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520, AÜHF. Döner Sermaye Yayınları No:35) s. 124 vd.; TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012) s. 429 vd.; ÇAĞLAR, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar (Adalet Yayınevi, Ekim 2013) s. 107-119; ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2016) s. 365-526; GÜNEŞ, İlhami: Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları (Sınai Mülkiyet Kanunu ve Ticaret Kanunu Hükümleri Işığında 4. Baskı, Seçkin – Hukuk, Mart 2017) s. 172-188.

[5] Sınai Mülkiyet Kanunu; Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.1916, RG: 10.01.2017/7981. SMK kısaltması ile ifade edilecektir.

[6] Marka tescilinin söz konusu olabilmesi için marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde marka sicilinde gösterilme şartını sağlayan her türlü işaret, SMK'da düzenlenen tescil engellerini barındırmaması durumunda marka olarak tescil edilebilecektir.

[7] Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG: 14.02.2011/27846. TTK kısaltması ile ifade edilecektir.

[8] Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun Numarası: 5846, Kabul Tarihi: 05.12.1951, RG: 13.12.1951/29944. FSEK kısaltması ile ifade edilecektir.

[9] İfade edilen "daha geniş koruma"; genel hükümlerin ötesine geçen ve özel düzenleme olan SMK ile sağlanan korumanın tescil yolu ile elde edilmiş olmasını ifade etmek için kullanılmıştır.

[10] ARKAN (n 1) 124 vd.; TEKİNALP (n 1) 429 vd..

ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması/ İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması/ İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması" şeklinde ticaret alanında kullanılması durumlarında marka sahibinin bu fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır (SMK m. 7/2,3).

II. KISACA "YEŞİL" VE BENZERİ TERİMLERİN GENEL KULLANIMI

Çevreye verilen zarar son yıllarda çok önemli bir konu olmuştur. İklim değişikliği ve çevre sorunları artık dünyanın uzak köşelerinde var olan ve sadece konferansların tartışma konusu olmanın sınırlarının çok ötesine geçerek, ülkemize ve evlerimize kadar ulaşmıştır. Böylece gerek bireysel gerek sosyal ve ekonomik yaşamlarımızı görmezden gelinemeyecek derecede etkileyen bir olgu haline gelmiştir. Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli'nin (IPCC) de, 2021'de yayınladığı rapor[11], iklim değişikliğinin "yaygın, hızlı ve şiddetli" olduğunu vurgulamaktadır. On Birinci Kalkınma Planı'nda[12] (2016-2023) iklim değişikliğinin küresel düzeyde çeşitli etkilerinin hızlandığı görülmekle birlikte yeni bir çerçeve sunan Paris Anlaşması kapsamındaki gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin taahhüt ve uyum seviyelerinin küresel hedefleri gerçekleştirmede yetersiz kaldığı[13] ve Türkiye'nin de coğrafi konumu itibarıyla iklim değişikliğinden en çok etkilenecek ülkeler arasında yer aldığı[14] ifade edilmiştir.

İklim değişikliği ve çevre duyarlılığındaki bu yaygın, hızlı ve şiddetli artış, "*yeşil/green*", "*çevre dostu/eco-friendly*", "*sıfır atık/zero waste*", "*temiz/clean*", "*sürdürülebilir/sustainable*", "*ekolojik/ecological*", "*geri dönüştürülmüş/recycled*", "*sıfır karbon /zero carbon*" gibi terimlerin, sıfat olarak eklenmesi ile oluşan yeşil

[11] https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf, E.T.:24 Nisan 2023
[12] T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından hazırlanmış ve TBMM Genel Kurulu tarafından onaylanmış olan 18.07.2019 tarih ve 1225 Karar sayılı On Birinci Kalkınma Planı (2016-2023).
[13] On Birinci Kalkınma Planı (2016-2023) s. 11, paragraf:79
[14] On Birinci Kalkınma Planı (2016-2023) s. 13, paragraf:102

ekonomi[15, 16, 17, 18], yeşil iş[19, 20, 21], yeşil istihdam[22, 23], yeşil finans/man[24, 25, 26], yeşil lojistik[27, 28], yeşil pazarlama[29, 30], yeşil ürün[31, 32, 33], yeşil kredi[34, 35], yeşil tahvil[36] vb. yeni kavramların akademik çalışmalarda, ulusal ve uluslararası kuruluşların, sivil toplum kuruluşlarının çalışmalarında, internet kaynaklarında yaygın olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir. "Yeşil" terimi, ulusal mevzuatımızda da tanımlanmaya başlamıştır.

[15] T.C. Ticaret Bakanlığı "Yeşil Mutabakat Eylem Planı 2021" s. 15-19

[16] AL, İbrahim: "Sürdürülebilir Kalkınma Ve Yeşil Ekonomi: Türkiye İçin Bir Endeks Önerisi", *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* – Yıl 12, Sayı 1, 2019, s. 113-116.

[17] Yeşil Ekonomi Programı; https://www.yesildusunce.org/projeler/yeşil-ekonomi-programi/

[18] Yeşil Ekonomi ve İklim Değişikliğine Yönelik Faaliyetler; https://www3.tcmb.gov.tr/yillikrapor/2022/tr/m-2-9.html, E.T.:25.04.2023

[19] YILMAZ, Filiz: Yeşil İş Kavramı: Nitel Bir Araştırma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme (İktisat) Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2021.

[20] "Yeşil İş Zirvesi 25-26 Mayıs 2022"; https://www.marmara.gov.tr/tr/yesil-is-zirvesi-25-26-mayista-duzenlenecek, E.T.:25.04.2023 ; https://surdurulebilirlik.com.tr/etkinlik/yesil-is-zirvesi-2022/, E.T.:25.04.2023

[21] SAKALOĞLU, Gökçen: Dünyada ve Türkiye'de Yeşil Ekonomi Sürecinde Yeşil İşler ve İstihdam Politikaları, Karadeniz Teknik Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü / Çalışma Ekonomisi Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

[22] GERŞİL Gülşen, KALFAOĞLU Serap: Türkiye'de Yeşil İstihdam ve İşgücü Piyasalarına Yansımaları, IV. Internatıonal Caucasus-Central Asıa Foreıgn Trade And Logıstıcs Congress Eylül, 7-8, Didim/Aydın, 2018, https://ulk.ist/media/kitap/IV-UKODTLK/turkiyede-yesil-istihdam-ve-isgucu-piyasalarina-yansimalari.pdf, E.T.:25.04.2023

[23] ERDEN ÖZSOY, Ceyda: "Yeşil İşler ve İstihdam Olanakları Üzerine Bir Tartışma", *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Ocak 2016, Cilt 8, Sayı 1, s. 51-59.

[24] T.C. Ticaret Bakanlığı "Yeşil Mutabakat Eylem Planı 2021", s. 21-24.

[25] İstanbul Finans Merkezi; Yeşil Finans; https://www.ifm.gov.tr/b/yesil-finans, E.T.:25.04.2023

[26] ŞİMŞEK Onur, TUNALI Halil: "Yeşil Finansman Uygulamalarının Sürdürülebilir Kalkınma Üzerindeki Rolü: Türkiye Projeksiyonu", *Ekonomi ve Finansal Araştırmalar Dergisi*, 2022, 4(1), s. 16-45.

[27] TANRIVERDİ, Kağan: Yeşil Lojistik Yönetimi Uygulamalarının Çevresel Performansla Olan İlişkisi Üzerine Bir Araştırma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ulaştırma ve Lojistik Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 114-123.

[28] ER Fatma Beyza, ÇENGEL Özgür: "Yeşil Lojistik Uygulamalarının Sürdürülebilir Performans İle İlişkisi Üzerine Bir İnceleme", *Scientific Journal of Finance and Financial Law Studies*, Cilt 2 Sayı 2 (2022), s.113-118.

[29] YILDIZ, Ahmet: Tüketicilerde Yeşil Pazarlama Algısı: Gaziantep'te Bir Araştırma, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı İşletme Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2022.

[30] ÖZGÜL, Pelin: Yeşil Pazarlama Uygulamalarının Planlı Davranış Teorisi Bağlamında Satın Alma Niyetine Etkisi, Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı İşletme Yönetimi Bilim Dalı Doktora Tezi, 2022.

[31] ŞEN, Aslı Sevinç: "Yeşil Ürün Satın Alma Davranışını Etkileyen Faktörlerin Değer-Tutum-Davranış Modeli ile Açıklanması" Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı İşletme Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2021.

[32] YAMAN, Ayşe: Yeşil Boyama ile Yeşil Ürün Satın Alma Arasındaki İlişkide Şüphenin Yeri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı Global Pazarlama Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

[33] BİNGÖLBALİ VAROL, Hatice: Çevre Bilincinin Yeşil Ürün Satın Alma Davranışı Üzerindeki Etkisi, İstanbul Gelişim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı İşletme Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2021.

[34] GÜLER, Ozan: Yeni Bir Finansal Araç Olarak Yeşil Kredilere Otelcilik ve Bankacılık Sektörlerinin Bakış Açıları: Antalya'daki Dört ve Beş Yıldızlı Oteller Üzerine Bir Araştırma, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Turizm İşletmeciliği ve Otelcilik Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2012.

[35] Halbank'tan Yeşil Kredi Paketi; https://www.halkbankkobi.com.tr/tr/kobi/destek-paketleri/kobi-destek-paketleri/yesil-enerji-kredi-paketi.html, E.T.:25.04.2023

[36] TOPÇU, Didem Nur: Yeşil Tahviller ve İklim Değişikliği ile Mücadelede Merkez Bankalarının Rolü, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Uzmanlık Tezi, 2022.

04.04.2023 tarih ve 7451 Sayılı Kanun[37] ile 4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu[38]'nun 3üncü maddesine (j) fıkrası eklenerek "Yeşil OSB: *Kaynak ve enerji verimliliği, yalın üretim, endüstriyel atık işbirliği ve çevreye duyarlı uygulamaları ile öne çıkan çevresel, ekonomik, sosyal ve yönetimsel açıdan Bakanlıkça belirlenen kriterler çerçevesinde Türk Standardları Enstitüsü tarafından sertifikalandırılan OSB'leri ifade eder*" şeklinde "yeşil organize sanayi bölgesi" tanımı yapılmıştır.

Fikri mülkiyet hukuku alanında da başta akademik çalışmalar olmak üzere "*green intellectual property/yeşil fikri mülkiyet*"[39, 40, 41, 42, 43], "*green patent/yeşil patent*"[44, 45, 46, 47], "*green innovation/yeşil buluş*"[48, 49, 50], "*green trademark/green brand/yeşil marka*"[51, 52, 53, 54] terimlerinin kullanımları gözlemlenmektedir.

---

[37] Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 04.04.2023, RG:10.04.2023/32159

[38] Kabul Tarihi: 12.04.2000, RG: 15.04.2000/24021.

[39] MATHEWS, Verghes: "Green Intellectual Property"; 06.06.2022; https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8182bd04-4c4f-4c70-ae09-167c11fe7481, E.T.:25.04.2023

[40] "Green IP: the role of intellectual property in sustainability"; Financier Worldwide; Ekim 2021; https://www.financierworldwide.com/green-ip-the-role-of-intellectual-property-in-sustainability. E.T.:25.04.2023

[41] DEREN Aldona Małgorzata, SKONIECZNY Jan: "Green Intellectual Property as a Strategic Resource in the Sustainable Development of an Organization" Sustainability 2022, 14, 4758, https://www.mdpi.com/2071-1050/14/8/4758, E.T.:25.04.2023

[42] SHENAI, Nandini: Green IP-for-Green Technology: A Much-Needed Interplay Between Intellectual Property and Sustainability, 10 Haziran 2022, Indian Journal of Project, Infrastructure and Energy Law, https://ijpiel.com/index.php/2022/06/10/green-ip-for-green-technology-a-much-needed-interplay-between-intellectual-property-and-sustainability/, E.T.:25.04.2023

[43] Uluslararası Seminer; Green Intellectual Property & Climate Change Mitigation Technologies: Way Ahead, 6 Şubat 2021, https://www.sharda.ac.in/attachments/happening_images/Green_Intellectual_Property_and_Climate_Change_Mitigation_Technologies.pdf , E.T.:25.04.2023

[44] Green Patents; https://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/green-patents.htm, E.T.:25.04.2023

[45] DECHEZLEPRÊTRE Antoine, LANE Eric: "Fast-Tracking Green Patent Applications"; *WIPO Magazine*, Haziran 2013, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2013/03/article_0002.html, E.T.:25.04.2023

[46] "Green patent families across countries 1990-2015", European Environment Agency; https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/figures/green-patent-families-across-countries, E.T.:25.04.2023

[47] FABRIZI, Andrea; GUARINI, Giulio ; MELICIANI, Valentina; "Green Patents, Regulatory Policies And Research Network Policies" Research Policy; Cilt 47, Sayı 6; sh. 1018-1031, https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0048733318300556?via%3Dihub, E.T.:25.04.2023

[48] ARICI Hasan Evrim, UYSAL Muzaffer: "Leadership, Green Innovation, And Green Creativity: A Systematic Review", *The Service Industries Journal*, 2022, 42.5-6, s. 280-320.

[49] TAKALO, Salim Karimi, et al: "Green Innovation: A Systematic Literature Review"; *Journal Of Cleaner Production*, 2021, 279: 122474.

[50] SINGH, Sanjay Kumar, et al: "Green Innovation And Environmental Performance: The Role Of Green Transformational Leadership And Green Human Resource Management.", *Technological Forecasting And Social Change*, 2020, 150: 119762.

[51] PARK, Kathryn: Green Trademarks And The Risk Of Greenwashing. *WIPO Magazine*, 2022, 4: 32-37.

[52] KIRYUSHINA I. V., SEREBRYAKOV A. A.: Legal protection of green trademarks in the Eurasian Economic Union. *Ukrainian Journal of Ecology*, 2020, 10.6, s. 108-111.

[53] BASHIR Shahid, et al: Green brand benefits and brand outcomes: The mediating role of green brand image. *Sage Open*, 2020, 10.3: 2158244020953156.

[54] AVCILAR Mutlu Yüksel, et al: Developing Perceived Greenwash İndex And İts Effect On Green Brand Equity: A Research On Gas Station Companies İn Turkey, *International Business Research*, 2017, 10.1, s. 222-239.

III. KISACA "YEŞİL" VE BENZERİ TERİMLERİN MARKA BAŞVURULARINDA KULLANIMI

Yaygın, hızlı ve şiddetli iklim ve çevre değişimleri, mal ve hizmet üretim ve tüketim süreçlerini de doğrudan etkilemektedir. Bildiri konusu bakımından, tüketicilerin son yıllarda başta iklim değişikliği olmak üzere diğer tüm çevresel sorunlara yönelik duyarlılıklarında artış gözlemlenmektedir. Dünya üzerindeki yaşamın devam ettirilebilmesi ve devamlılığının sağlanabilmesinin bu olumsuzlukların tersine döndürülmesiyle mümkün olacağı değerlendirilmektedir. Bunun temel yollarından birinin tüketim alışkanlıklarının değiştirilmesine bağlı olduğu hususunda bilim dünyasında bir fikir birliği görülmektedir[55].

Mal veya hizmet üreticilerinin, doğrudan iklim değişikliği ve çevresel sorunlar karşısında çözümlere katkı sağlama, birinci amacı olmasa dahi, sürdürülebilir yaşam duyarlılığı artan tüketicilerin, çevreye duyarlı/çevre dostu mal veya hizmetlere olan eğilimi sonucu[56, 57, 58] çevreye duyarlı mal veya hizmet üretimlerinde de artış gözlenmektedir. Artan çevresel sorunlar tüketicilerin ve işletmelerin dikkatini çekmiş, bu doğrultuda çevresel duyarlılık[59, 60] kavramı da literatürde yerini almıştır. İklim değişikliği ve çevresel duyarlılığın tüketicilerin satın alma davranışlarını nasıl ve hangi ölçüde etkilediği daha çok işletme ve pazarlama biliminin konusudur. Bununla birlikte, çevresel duyarlılık, tüketici davranışlarındaki yeni eğilimler ile marka başvurularında "yeşil" ve benzeri terimlerin kullanılmasındaki artışın bağlantısı olduğu dikkate alınarak, bu konudaki akademik çalışmaların takip edebildiklerimize dipnot olarak atıf yapılmıştır.

Tüketiciler tarafından bir mal veya hizmetin çevreye duyarlı olduğuna ilişkin ilk bilgi, mal veya hizmetlerin kullandıkları marka ve tanıtım işaretleri aracılığı ile alınacaktır. Günümüzdeki mal veya hizmet çeşitliliğinde, çevreye duyarlı tüketicilerin dikkatini çekebilmek amacıyla mal veya hizmet üreticilerinin, "*yeşil/green*", "*çevre dostu/eco-friendly*", "*sıfır atık/zero waste*", "*temiz/clean*", "*sürdürülebilir/sustainable*", "*ekolojik/ecological*", "*geri dönüştürülmüş/recycled*", "*sıfır karbon /zero carbon*" gibi terimleri mal veya hizmetlerin üzerinde kullandıkları gözlemlenmektedir. Bu terimler, doğrudan mal veya hizmet üzerinde kullanılan markanın bir unsuru olarak, bir garanti markası olarak ve/ya kalite belgesine atıf yapan bir işaret olarak kullanılabilmektedir.

Çevreye duyarlılığı çağrıştıran "yeşil" ve benzeri kelimeleri içeren marka başvurularının son yıllardaki tercih oranlarını tespit edebilmek için TÜRKPATENT'in online marka veri tabanı[61] üzerinde "*yeşil, green, clean,*

---

[55] TATAR, Ali: "Çevresel Sorunlara Duyarlılığın Sürdürülebilir Tüketim Davranışına Etkisi", *IJMA - International Journal of Management and Administration*, Yıl: 5, Cilt: 5, Sayı: 9, s. 103-114.

[56] ÖZALP, Çığıl: Yeşil Ürünlerin Tüketici Satın Alma Davranışı Üzerine Etkisi, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Ana Bilim Dalı İşletme Yönetimi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2020.

[57] EKİNCİ, Muhammet Burak: Tüketicilerin Yeşil Satın Alma Davranışının Demografik Faktörler, Yeşil Pazarlama Algısı ve Çevresel Duyarlılık Ve Davranış Düzeyleri Yönünden İncelenmesi, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı Üretim Yönetimi ve Pazarlama Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2020.

[58] AYTEKİN, Rukiye İrem: Genişletilmiş Değer-Tutum-Davranış Modeli Bağlamında Yeşil Ürün Satın Alma Davranışının İncelenmesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2020.

[59] EROL, Burak Resul: Çevresel Duyarlılığın, Yeşil Satın Alma ve Marka Savunuculuğuna Etkisi: Yeşil Satın Almanın Aracı, Demografik Değişkenlerin Düzenleyici Rolünün İncelenmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Küresel Pazarlama ve Marka Yönetimi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

[60] KILIÇ, Fatma: Sürdürülebilir Çevre Bilinci Ve Çevresel Duyarlılığın Ekolojik Ürün Satın Alma Davranışına Etkisi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

[61] https://www.turkpatent.gov.tr/arastirma-yap?form=trademark

organik, organic, çevre, geri dönüşüm, karbon, carbon, recycle/recycling/recycled, sürdürülebilir, sustainable, ekolojik, sıfır atık, environmental, zero waste" kelimeleri yazılarak araştırma yapılmıştır. Bu araştırmada şu yöntem kullanılmıştır: Her bir kelimenin içinde geçmiş olduğu marka başvurularının toplam sayısı ile 01.01.2019-27.04.2023 tarihleri arasındaki dönemde yapılan marka başvurularının sayısı tespit edilmiş ve aşağıdaki tabloda gösterilmiştir. Tablonun A sütunu marka başvuruları içinde kullanılan terimleri göstermektedir. B sütunu araştırma yapılan terimlerin içinde geçtiği marka başvurularının toplam sayısını ve parantez içinde de araştırılan terimin marka başvurusunda kullanıldığı ilk yılı göstermektedir. C sütunu ise araştırma yapılan terimlerin içinde geçtiği marka başvurularının 01.01.2019-27.04.2023 dönemindeki sayısını göstermektedir. Bu araştırma, çevreye duyarlılığı çağrıştıran "yeşil" ve benzeri kelimeleri içeren marka başvurularının son yıllardaki dikkate değer artışını göstermektedir.

A	B	C
TERİM	TOPLAM	01.01.2019- 27.04.2023 dönemi
green	3998 (1978'den itibaren)	1373
clean	3240 (1973'den itibaren)	1190
organik	2418 (1986'dan itibaren)	1156
yeşil	3584 (1969'dan itibaren)	992
organic	1302 (1979'dan itibaren)	603
çevre	1003 (1990'den itibaren)	309
geri dönüşüm	511 (2001'den itibaren)	283
carbon	348 (1982'den itibaren)	144
recycle/recycling/recycled	201 (1992'den itibaren)	123
sürdürülebilir	167 (2003'den itibaren)	117
karbon	276 (1984'den itibaren)	100
sustainable	153 (2003'den itibaren)	91
ekolojik	223 (1994'den itibaren)	84
sıfır atık	27 (2014'den itibaren)	23
environmental	45 (2017'den itibaren)	10
zero waste	8 (2000'den itibaren)	6

IV. MARKA BAŞVURULARINDA "YEŞİL" ve BENZERİ TERİMLERİN YANLIŞ KULLANIMLARININ HUKUKİ SONUÇLARI

A. Giriş

İşletmeler, tüketicileri çekebilmek için yeşil pazarlamayı çok yönlü kullanmaya başlamışlardır. Yeşili çağrıştıran markaların benimsenmesi, "*yeşil/green*", "*çevre dostu/eco-friendly*", "*sıfır atık/zero waste*", "*temiz/clean*", "*sürdürülebilir/sustainable*", "*ekolojik/ecological*", "*geri dönüştürülmüş/recycled*", "*sıfır karbon /zero carbon*" gibi kelimeler kullanmak, reklamlarında fon olarak yeşil dağların ve ormanların, okyanusların çekici fotoğraflarını, resimlerini kullanmak, yeşil renkli yazılar kullanmak, çevresel faydaları vurgulayan reklam sloganları kullanmak, son yıllarda işletmelerin yeşil pazarlama stratejileri içinde gözlemlenmektedir. Bununla birlikte bu tür kullanım ve iddialar gerçek temellerini şeffaf bir şekilde göstermediği sürece, tüketiciler bu tür mal veya hizmetlere şüphe ile yaklaşabilmektedir[62].

"Yeşil" ve benzeri terimlerin marka olarak kullanıldığı mal veya hizmetlerin, çevreye duyarlılığı gerçek ve kanıtlanabilir temellere dayanmadığında, bu terimler yanlış veya asılsız kullanıldığında ortaya çıkabilecek hukuki sorunların bir kısmı tüketici hukuku, reklam hukuku ve/ya haksız rekabet hukuku alanındaki düzenleyici hükümlerle çözümlenebilecektir. "Yeşil" ve benzeri terimlerin marka ve/ya tanıtım işareti olarak yanlış ve asıl kullanımlarındaki artış nedeniyle ortaya çıkan "*yeşil yıkama/aklama (greenwashing)*"[63] kavramı da akademisyenlerin çalışma ve tartışma konuları arasına girmiştir.

Bu çalışmada ve aşağıdaki kısımda marka başvurularında "yeşil" ve benzeri terimlerin yanlış kullanımlarının hukuki sonuçlarına odaklanılmıştır. "Yeşil" ve benzeri çevre dostu çağrışımlı terimlerin tescilsiz marka ve tanıtım işaretlerinde kullanılmasının hukuki sonuçları çalışmanın kapsamı dışındadır.

B. "Yeşil" ve Benzeri Terimleri İçeren Marka Başvurularının Yayımlanmadan Reddedilme Riski

"Yeşil" ve benzeri terimleri çevre dostu algısına yönelik olarak içeren marka başvuru sahiplerinin karşılaşacağı ilk risk; marka başvurularının özellikle SMK m. 5/1-(b), (c) ve (d) hükümleri gereğince reddedilmesi olacaktır. SMK m. 5/1-(b) hükmü gereğince "*herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler*"; SMK m. 5/1-(c) hükmü gereğince "*ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler*" ve SMK m. 5/1-(d) hükmü gereğince "*ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler*" marka olarak tescil edilemez.

---

[62] PARK, Kathryn: "Green Trademarks And The Risk Of Greenwashing".

[63] AKKAN, Erdem: "İtici Güçleri ve Sonuçları ile Yeşil Aklamanın Kavramsal Analizi", *Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı:2, Aralık 2022, s. 84-98; SAPMAZ VERAL, Evren: "Yeşil Yıkama İle Mücadele: Avrupa Birliği'nde Yeşil İddiaların Doğrulanması Girişimi", *Sayıştay Dergisi*, Cilt: 33, Sayı: 124, Mart 2022, s. 101-109; ERDOĞAN TARAKÇI İnci, GÖKTAŞ Bora: "Pazarlamanın Yeni Rengi: Yeşil Aklama", *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi*, Cilt: 54, Sayı: 3, Ocak 2019, s. 1095-1113.

TÜRKPATENT online marka veri tabanı üzerinde yapılan araştırmada, Kurum nezdinde yapılan ve “yeşil” ve benzeri terimleri içeren marka başvurularından, aşağıdaki tabloda bir kısım örneklerinin gösterildiği gibi SMK m. 5/1-(b), (c) ve (d) hükümleri gereğince reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

Marka	Başvuru No	Sınıf	RET NEDENİ
YEŞİL ENERJİ	2022/112363	36	SMK m. 5/1 (b)
YEŞİL TEKNOLOJİ	2022/112362	36	SMK m. 5/1 (b)
YEŞİL SANAYİ	2022/112361	36	SMK m. 5/1 (b)
qreen brand	2020/46749	03, 05, 25, 35	SMK m. 5/1 (b)
SIFIR ATIKTR	2022/082945	42	SMK m. 5/1 (b)
SIFIR ATIK	2021/116655	38	SMK m. 5/1 (b)
Sürdürülebilirlik Cam Ambalajda Sustainability is Glass Packaging	2021/152964	21	SMK m. 5/1 (b)
Recycled Dry	2021/116139	11	SMK m. 5/1 (b)
YEŞİL KREDİ	2022/112360	36	SMK m. 5/1 (b) ve (c)

yeşilmarka	2022/084183	03/ 32	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
YEŞİL TUR	2022/083918	39	SMK m. 5/1 (b) ve (c) Kısmen Ret
Yeşil Yatırım	2022/079974	04 / 09 / 35 / 36 / 39 / 40 / 42 /	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
YEŞİL KUMAŞ TEKSTİL	2022/013180	24	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
Yeşil	2021/177531	25	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
GREEN	2022/108374	2	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
GREEN AI	2022/066408	6	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
22 green TEKNOLOJİ	2022/045964	9	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
Sıfır Atık Kutusu	2020/105344	35	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
Adım Adım Sıfır Atık	2019/133937	35 / 42 /	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
SIFIR ATIK	2019/101981	3	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
Sustainable Solutions	2019/15133	35 / 41 / 42 /	SMK m. 5/1 (b) ve (c)

SUSTAINABLE BUSINESS AWARDS	2019/29669	41	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
SÜRDÜRÜLEBİLİR İŞ ÖDÜLLERİ SUSTAINABLE BUSINESS AWARDS	2019/29678	35 / 41 /	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
SÜRDÜRÜLEBİLİR DÜNYA PROJE | EĞİTİM | DANIŞMANLIK	2022/086031	35 / 41 /	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
RECYCLING.COM.TR	2020/34684	35	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
RECYCLE FESTIVAL ART & DESIGN	2018/82050	41 / 42 /	SMK m. 5/1 (b) ve (c)
yeşil energy	2021/123407	4	SMK m. 5/1 (b), (c), (d)

Yukarıdaki tabloda yer alan ve ret kararı verilen marka başvurularında görüleceği üzere, "yeşil" ve benzeri çevre dostu terimleri tek başına içeren veya esas ve ayırt edici unsur olarak yine tanımlayıcı ibareler ile birlikte içeren marka başvurularının mutlak ret nedenleri ile reddine karar verildiği görülmektedir. Nitekim "yeşil" ve benzeri terimlerin TÜRKPATENT tarafından nasıl değerlendirileceği "TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu-2021"unda[64] "*Tanımlayıcı bir ürün adının önüne gelen "green" ibaresi o ürüne çevre dostu/çevreye duyarlı anlamı katacağından, kural olarak, ilgili tüketici kitlesi tarafından da "çevre dostu, çevreye duyarlı, çevreye zararı olmayan vb." şekillerde algılanması halinde tanımlayıcı olarak kabul edilecektir*" şeklinde ifade edilmiştir.

Marka başvurusu yapacak işletmelerin, TTK m. 18/2 "Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir" hükmü gereği "yeşil" ve benzeri çevre dostu terimleri içeren marka başvuruları yaparken, marka veri tabanında ön araştırma yapmaları ve/ya yaptırmaları, çevre dostu ibare/unsur içeren marka başvurularının hangi hallerde reddedilebileceğine dair TÜRKPATENT kararları ve uygulamaları hakkında bilgilenmeleri beklenir ve önerilir.

[64] TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu-2021, s. 171, https://www.turkpatent.gov.tr/marka E.T: 02.05.2023

Marka başvurusu yapacak, marka vekillerinin TMK[65] m.2 ve Disiplin Yönetmeliği[66] m. 19 gereği "yeşil" ve benzeri çevre dostu terimleri içeren marka başvuruları yaparken, marka veri tabanında ön araştırma yapmaları ve/ya yaptırmaları, çevre dostu ibare/unsur içeren marka başvurularının hangi hallerde reddedilebileceğine dair TÜRKPATENT kararları ve uygulamaları, mahkeme uygulamaları hakkında bilgilenmeleri ve müvekkillerini doğru bilgilendirmeleri beklenir ve önerilir.

C. "Yeşil" ve Benzeri Terimleri İçeren Marka Başvurularının İtiraz Üzerine Reddedilme Riski

"Yeşil" ve benzeri çevre dostu çağrışımlı terimleri içeren marka başvurularının TÜRKPATENT tarafından reddedilmeyip, yayımlaması halinde de SMK m. 5 ve 6 hükümlerine dayanılarak, marka başvurusunun yayımından itibaren iki ay içinde ilgili kişiler[67] tarafından itiraz edilmesi halinde de reddedilme riski bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2019 tarihli bir kararında[68] nispi ret sebeplerine dayanılarak yapılan itirazlarda ilgili kişilerin, daha önceki bir tarihte tescil edilmiş veya tescil başvurusunda bulunulmuş bir markanın sahibi ile tescile konu markayı kullanarak bu işaret üzerinde daha eski bir tarihte hak kazanmış olan kişiler olduğu; mutlak ret sebeplerine dayanabilecek kişilerin ise bir markanın tescil edilmemesinde menfaati bulunan veya diğer bir ifade ile marka tescilinden menfaat kaybına uğrayabilecek bütün kişiler olduğu ifade edilmiştir.

Örnekleyerek, bu bölümü somutlaştıracak olursak; 2021/19454 no'lu "Fito Green" ibareli marka başvurusu 5. sınıftaki mallar için yapılmış olup, TÜRKPATENT tarafından Marka Bülteni'nde yayımlanmıştır. Aynı sınıfta tescilli 91/000502 no'lu "fito", 2017/95735 no'lu "fitomol", 2018/25450 no'lu "fito krem", 2018/25480 no'lu "fyto" ibareli markalara dayanılarak, "Fito Green" ibareli marka tescil başvurusuna itiraz edilmiş ve itiraz sonucunda karıştırılma ihtimaline dayandırılan itiraz sebebi haklı bulunarak, marka başvurusunun reddine karar verilmiştir. Marka başvurusu sadece "fito" ibaresi ile yapılmış olsaydı, TÜRKPATENT tarafından SMK m. 5/1 (ç) "*Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler"* hükmü gereğince reddine karar verilmesi de söz konusu olabilirdi. Bu ihtimal de dikkate alındığında "fito green" ibareli marka başvurusunda yer alan "*green*" ibaresi TÜRKPATENT tarafından ayırt edici bir katkı olarak değerlendirilmiş olacak ki; marka başvurusunun yayımlanmasına karar verilmiştir. Oysa çevre dostu çağrışımı ile herkesin kullanımına açık olan ve tanımlayıcı bir terim olan "green" ibaresinin "fito green" ibareli marka başvurusuna itiraza dayanak markalardan ayırt edilebilecek bir katkısının bulunmadığı düşünülmektedir.

---

[65] Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG: 08.12.2001/ 24607. TMK kısaltması ile ifade edilecektir.

[66] Patent Vekilliği ve Marka Vekilliği Sınav, Sicil ve Disiplin Yönetmeliği, RG: 07.04.2021/ 31447. Disiplin Yönetmeliği ile ifade edilecektir.

[67] "*İlgili kişileri, mutlak ve nispi ret seneplerine dayanarak itirazda bulunmakta menfaati bulunan, bu itibarla zarar gören veya zarar görme tehlikesi altında bulunan kişiler olarak anlamak gerekir"* YASAMAN Hamdi, AYOĞLU Tolga, YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya, MEMİŞ KARTAL Pınar, YÜKSEL Sinan H., YASAMAN Zeynep: Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Cilt: 3, Ankara 2021, s. 2386.

[68] Yargıtay HGK., 26.09.2019, E. 2017/11-1733, K. 2019/959

Karıştırılma ihtimali dışında, "yeşil" ve benzeri çevre dostu terimleri içeren ve yayımlanmış marka başvuruları ile ilgili olarak, karıştırılma ihtimali dışında, kötü niyet vb. diğer itiraz nedenlerine dayanılarak örneğin çevre ve doğa koruması, tüketicilerin korunması alanlarında çalışan sivil toplum kuruluşları, üyelerinin menfaatlerini koruması gereken ticaret ve sanayi odaları veya birlikleri tarafından herhangi bir itiraz olup olmadığı TÜRKPATENT online veri tabanındaki veri ve arama programındaki eksiklikler (örn. itiraz edenlerin ismi/unvanı yazılarak bir araştırma yapılamaması) nedeniyle sağlıklı olarak araştırılamadığından, bu konuda örnekleme yapılamamıştır.

Yukarıda (B) bölümünde işletmeler ve marka vekillerine yönelik farkındalık hatırlatması ve öneri bu bölüm için de geçerlidir.

D. "Yeşil" ve Benzeri Terimleri İçeren Markaların Hükümsüzlüğü Riski

SMK m. 25, hükümsüzlük hallerini düzenlenmektedir. SMK m. 25 hükmüne göre hükümsüzlük halleri kapsamına, SMK'nın 5inci maddesinde düzenlenen "mutlak ret sebepleri" veya 6ıncı maddesinde düzenlenmiş olan "nispi ret sebepleri" girmektedir. Tescil edilmemesi gerektiği halde, "yeşil" ve benzeri çevre dostu çağrışımlı terimleri içeren marka başvurularının TÜRKPATENT tarafından tesciline karar verilmesi halinde, menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden isteyebilir. Menfaati olan kişiler kapsamına, menfaati zarar gören ya da zarar görme ihtimali olan kişiler dahildir[69]. Kanun koyucu marka hükümsüzlüğü davasını açabilecek kişiler arasında Cumhuriyet savcılarını da saymıştır. Cumhuriyet savcısının asli görevi, ceza yargılaması alanına ilişkin olmakla birlikte, kamu düzeninin korunması düşüncesinin ağır bastığı hukuk davalarını açmak veya açılmış davalara katılmakla da görevlendirilmişlerdir. Örneğin Cumhuriyet savcıları halkı yanıltıcı nitelikteki markaların hükümsüzlüğünü mahkemeden isteyebilirler[70]. İlgili kamu kurum ve kuruluşları arasına hükümsüzlük hallerini içermesine rağmen bir şekilde tescil edilmiş olan markayla ilgili kamu kurum ve kuruluşları girmektedir.

Örnekleyerek, bu bölümü somutlaştırırsak; 2021/079969 no'lu "yeşil sukuk", 2021/079970" no'lu "yeşil kira sertifikası", 2021/079971 no'lu "yeşil tahvil", 2021/152585 no'lu "yeşil tahvil ihracı", 2021/152586 no'lu "yeşil sukuk rehberi", 2021/152587 no'lu "yeşil kira sertifikası rehberi" ibareli marka başvuruları, SMK m. 5/1-(b), (c) ve (d) hükümleri gereğince yayımlanmayıp, reddine karar verilmesi gerekirken aksi yönde işlem tesis edilmiştir. Örnek verdiğimiz bu marka başvurularıyla ilgili olarak TÜRKPATENT tarafından mutlak ret sebepleri bulunmasına rağmen, 36. sınıftaki "Sigorta hizmetleri. Finansal ve parasal hizmetler. Gayrimenkul komisyonculuğu, müşavirliği ve idaresi hizmetleri. Gümrük müşavirliği hizmetleri" için tescil kararı verilmiştir. Söz konusu marka başvurularının yayımından itibaren iki ay içinde herhangi bir itiraz yapılmadığı da TÜRKPATENT online marka veri tabanında yapılan araştırmamız ile tespit edilmiştir. Söz konusu markaları oluşturan terimler, herkesin kullanımına açık, tanımlayıcı nitelikte olduğundan, markasal ayırt ediciliğe sahip değildir. Nitekim T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi tarafından hazırlanmış olan "Yeşil Sukuk Çalışma Raporu"nda, söz konusu marka başvurularında yer alan terimlerin finansal ürün olarak

[69] BAHADIR, Zeynep: Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 165.
[70] BAHADIR, Zeynep, Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 166.

tanımlandığı ve kabul edildiği anlaşılmaktadır. Raporda geçen ifadeler arasında: *"Çevresel, sosyal, ekonomik ve yönetişim başlıklarını kapsayan sürdürülebilir kalkınmanın önemi artmış, bu minvalde sürdürülebilir kalkınma hedeflerini hayata geçirmek için önemli bir finansman ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda,* ***yeşil finans*** *kavramı önemli bir gündem maddesi haline gelmiş olup bu alanda* ***yeşil tahvil, yeşil kredi, yeşil sigortacılık*** *ve* ***yeşil sukuk (yeşil kira sertifikası)*** *gibi çeşitli finansal ürünler geliştirilmiştir. Yeşil finans alanında yer alan finansal ürünler arasında özellikle yeşil tahviller, ülkelerin yeşil dönüşümü kapsamındaki eylemlerinin gerçekleştirilmesinde önemli rol oynama potansiyeline sahiptir. Yeşil tahviller, çok uluslu kuruluşlar, devletler ve özel şirketler tarafından ihraç edilmekte olup yeşil finans kapsamında yapılan düzenlemeler de büyük ölçüde yeşil tahvillere yönelik olarak yapılmaktadır."*[71] yer almaktadır. Bu somut örnekteki markaların hükümsüzlüğü, menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından talep edebilecektir.

Pazar payı elde etme girişiminde yersiz veya abartılı sürdürülebilirlik veya çevre dostu iddialarda bulunma uygulaması olan "yeşil yıkama/aklama" hallerinde, bir başka ifade ile aslında çevre dostu olmayan ürünleri tanımlamak için "yeşil", "eko" ve "sürdürülebilir" gibi kelimelerin kullanılması hallerinde; çevre ve doğa koruması, tüketicilerin korunması alanlarında çalışan sivil toplum kuruluşları da örneğin halkı yanıltma (SMK m. 5/1-f); kamu düzenine veya genel ahlaka aykırılık (SMK m. 5/1-ı), kötüniyet (SMK m. 6/9) gerekçelerine dayanarak markanın hükümsüzlüğünün mahkemeden talep edebileceği kanaatindeyiz.

Ç. "Yeşil" ve Benzeri Terimleri İçeren Markaların İptali Riski

Markanın iptali, hükümsüzlüğünden farklı olup markanın tescilinden sonra ve sahibinin davranışları ile ortaya çıkan sebepler nedeniyle marka hakkının etkilenmesidir[72]. SMK m. 26/1'de markanın iptalinin talep edilebileceği haller tahdidi olarak belirtilmiştir. SMK m. 26/2 hükmü gereği, ilgili kişiler, Kurum'dan markanın iptalini[73] isteyebilir. Kurum, Türk Patent ve Marka Kurumu'dur.

Bildiri konusu ile sınırlı olarak "yeşil" ve benzeri çevre dostu terimleri içeren markaların, SMK. m. 26/1-(c) "Marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltması" hükmüne dayanarak, menfaati zarar gören ya da zarar görme ihtimali olan kişiler, çevre ve doğa koruması, tüketicilerin korunması alanlarında çalışan sivil toplum kuruluşları, üyelerinin menfaatlerini koruması gereken ticaret ve sanayi odaları veya birlikleri vb. kişilerin bu tür markaların iptalini talep edebilecekleri kanaatindeyiz.

[71] T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi "Yeşil Sukuk Çalışma Raporu", Mayıs 2022; s. 6 https://www.cbfo.gov.tr/sites/default/files/docs/2022-05/cbfo-yesil-sukuk-calisma-raporu.pdf, E.T:02.05.2023

[72] BAHADIR, Zeynep, Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 182.

[73] SMK m. 192/1-a gereği 26'ıncı maddenin yayımı tarihinden itibaren yedi yıl sonra yürürlüğe gireceği, SMK geçici m. 4/1 gereği 26'ıncı madde hükmü yürürlüğe girene kadar iptal yetkisinin anılan maddeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılacağı düzenlenmiştir.

D. "Yeşil" ve Benzeri Terimleri İçeren Marka Sahiplerinin Diğer Hukuk Disiplinleri Bağlamındaki Riskleri

"Yeşil" ve benzeri terimleri içeren marka sahiplerinin, "yeşil yıkama/aklama" hallerinde, bir başka ifade ile aslında çevre dostu olmayan ürünleri tanımlamak için "yeşil", "eko" ve "sürdürülebilir" gibi kelimelerin kullanılması hallerinde borçlar hukuku, tüketici hukuku, haksız rekabet, reklam hukuku vb. hukuk disiplinleri bağlamında hukuk ve ceza yaptırımları ile karşılaşma riski bulunmaktadır.

"Yeşil yıkama/aklama" hallerinde "yeşil", "eko" ve "sürdürülebilir" gibi terimleri içeren markaları taşıyan mal veya hizmetler Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun[74] m. 8 anlamında ayıplı mal veya m. 13 anlamında ayıplı hizmet olarak kabul edilebilecek ve yeşil yıkama/aklama yapan marka sahiplerinin ayıplı mal/hizmet ile ilgili sorumluluğu olacaktır. Tüketiciler, ayıplı mal veya ayıplı hizmet satın almaları durumunda TKHK m. 11 ve 15' deki seçimlik haklarını kullanabileceklerdir. Aynı zamanda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[75] hükümleri uyarınca tazminat da talep edilecektir.

TKHK m. 61 ve 62 anlamında "Yeşil yıkama/aklama" hallerinde "yeşil", "eko" ve "sürdürülebilir" gibi terimleri içeren markalara ilişkin ticari reklamlar veya haksız ticaret uygulamalarının varlığı halinde marka sahiplerine karşı Reklam Kurulu'na şikâyet yapılması ve şikâyetin haklı bulunması halinde idari para cezaları ile karşılaşma ve TTK anlamında haksız rekabetten kaynaklanan hukuk ve ceza davalarıyla karşılaşma riski bulunmaktadır.

Yurt dışından bir örnekle bu bölümü somutlaştırırsak; The Guardian'ın 19.02.2023 tarihli haberine[76] göre hidrojenle çalışan Hyundai Nexo markalı otomobil, 2019 baharında Birleşik Krallık'ta piyasaya sürüldüğünde, "giderken havayı temizleyecek kadar güzel **temiz**" olarak tanımlandı. Hyundai Motor UK, 10.000 arabasının yollarda olması durumunda karbon emisyonunun azaltılmasının "60.000 ağaç dikmeye eşdeğer" olacağını iddia etti. Reklam Standartları Kurumu (ASA), otomobilin gelen havayı filtrelese de lastik ve fren aşınmasından kaynaklanan kirleticileri yaydığını ve yol lastiklerinin büyük bir zehirli parçacık kirliliği kaynağı olduğunu tespit etti ve reklamın yanıltıcı olduğuna ve tekrar kullanılmaması gerektiğine karar verdi. Yine aynı haberde araba ve uçak biletlerinden alkolsüz içeceklere ve temizlik sıvılarına kadar ürünlerin satışında rutin olarak kullanılan yeşil iddiaların, Birleşik Krallık'ta yeni yasalar kapsamında çok daha fazla incelemeyle ve asılsız ve yanıltıcı olduğu tespit edilen iddialar için on milyonlarca sterline varan para cezaları riskiyle karşı karşıya olduğu ifade edilmiştir.

[74] Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502 Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/ 28835. TKHK kısaltması ile ifade edilecektir.
[75] Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098 Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/ 27836. TBK kısaltması ile ifade edilecektir.
[76] https://www.theguardian.com/environment/2023/feb/19/greenwashing-firms-face-steep-new-uk-fines-for-misleading-claims E.T: 03.05.2023

SONUÇ

Dünyamızı etkileyen çevresel sorunların yaşamlarımızı da etkilemesi karşısında yaşam alanımız olan Dünya'yı korumak için "sürdürülebilirlik" ekseninde farkındalıklar ve etkileşimler yaşamın her alanında kendisini göstermektedir. Bu doğrultuda da "sürdürülebilir kalkınma" yine pek çok alanda kendi kriterlerini belirlemeye devam etmektedir. Tüm bunların etkisiyle de doğal, doğayla uyumlu mal veya hizmetlerin üretimi ve tüketimi kaçınılmaz bir şekilde hayatımızın parçası haline gelmiştir.

Özellikle tüketim tercihlerinin çevreye uyumlu veya çevreye zarar vermeyen mal veya hizmetlere yönelmesi, bu konulardaki yatırım, reklam ve pazarlama yöntemlerinin artması sınai mülkiyet haklarından olan markalar bakamından da kendisini göstermektedir. Bu da etkisini giderek artırmaktadır. Tüketicilerin tercih konusu olabilmek adına markaların doğayla uyumlu olduğunu veya çevreye zarar vermediğini belirtmek adına "yeşil" ve benzeri terimlerin marka başvurularında sıklıkla tercih edilir hale geldiği ortadadır.

Mal veya hizmet üreticilerinin, doğrudan iklim değişikliği ve çevresel sorunlar karşısında çözümlere katkı sağlama, birinci amacı olmasa dahi, sürdürülebilir yaşam duyarlılığı artan tüketicilerin, çevreye duyarlı/çevre dostu mal veya hizmetlere olan eğilimi sonucu çevreye duyarlı mal veya hizmet üretimlerinde de artış gözlenmektedir. Belirtilen bu artış her zaman gerçeklikle örtüşmemekte, esasında çevre dostu olmayan mal veya hizmetler için "yeşil" ve benzeri terimlerin yanlış veya yanıltıcı kullanımları söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda da "yeşil" ve benzeri terimlerin marka ve/ya tanıtım işareti olarak yanlış ve asıl kullanımlarındaki artış nedeniyle ortaya çıkan "*yeşil yıkama/aklama (greenwashing)*" kavramı da akademik dünyadaki çalışma ve tartışma konuları arasına girmiştir.

Bu çalışmada "*yeşil yıkama/aklama (greenwashing)*" kavramından bağımsız olarak marka başvurularında "yeşil" ve benzeri terimlerin yanlış kullanımlarının hukuki sonuçlarına odaklanılmıştır.

"Yeşil" ve benzeri terimleri çevre dostu algısına yönelik olarak içeren marka başvuru sahiplerinin karşılaşacağı ilk risk; marka başvurularının SMK'da düzenlenmiş olan mutlak tescil engellerinden m. 5/1-(b), (c) ve (d) hükümleri gereğince reddedilmesi olacaktır. Bu risk kendisini marka başvurusunun ilk incelemesi aşamasında TÜRKPATENT nezdinde re'sen veya ilgili kişilerin itirazı üzerine gösterebileceği gibi başvurunun tescile bağlanması durumunda markanın hükümsüzlüğü veya iptali ile tescil sonrasında da gösterebilecektir.

Marka hukukunun yanı sıra diğer hukuk disiplinlerinin de "yeşil" ve benzeri terimleri içeren markalar bakımından yaratabileceği riskler bulunmaktadır. Aslında çevre dostu olmayan mal veya hizmetler için "yeşil" ve benzeri terimlerin kullanılması durumunda borçlar hukuku, tüketici hukuku, haksız rekabet, reklam hukuku vb. hukuk disiplinleri bağlamında hukuk ve ceza yaptırımları ile karşılaşma riski bulunmaktadır. Örneğin "yeşil yıkama/aklama" hallerinde "yeşil", "eko" ve "sürdürülebilir" gibi terimleri içeren markaları taşıyan mal veya hizmetler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 8 anlamında ayıplı mal veya m. 13 anlamında ayıplı hizmet olarak kabul edilebilecek ve yeşil yıkama/aklama yapan marka sahiplerinin ayıplı mal/hizmet ile ilgili sorumluluğu olacaktır. Tüketiciler, ayıplı mal veya ayıplı hizmet satın almaları durumunda TKHK m. 11 ve 15' deki seçimlik haklarını kullanabileceklerdir. Aynı zamanda 6098

sayılı Türk Borçlar Kanunu[77] hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilecektir. TKHK m. 61 ve 62 anlamında "Yeşil yıkama/aklama" hallerinde "yeşil", "eko" ve "sürdürülebilir" gibi terimleri içeren markalara ilişkin ticari reklamlar veya haksız ticaret uygulamalarının varlığı halinde marka sahiplerine karşı Reklam Kurulu'na şikâyet yapılması ve şikâyetin haklı bulunması halinde idari para cezaları ile karşılaşma ve TTK anlamında haksız rekabetten kaynaklanan hukuk ve ceza davalarıyla karşılaşma riski bulunmaktadır.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında "yeşil" ve benzeri terimlerin kullanılarak marka stratejileri oluşturulması durumlarında marka başvurusu sahiplerin son derece duyarlı ve dikkatli olması gerekmektedir. Söz konusu ibarelerin yanıltıcılık içermeleri durumunda gerek marka hukuku gerek diğer hukuk disiplinleri kapsamında hem hukuki hem ticari olarak önemli ve olumsuz sonuçlarla karşılaşılması kaçınılmaz olacaktır.

Kaynakça

AKKAN, Erdem: "İtici Güçleri ve Sonuçları ile Yeşil Aklamanın Kavramsal Analizi", *Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı:2, Aralık 2022, s. 84-102.

AL, İbrahim: "Sürdürülebilir Kalkınma ve Yeşil Ekonomi: Türkiye İçin Bir Endeks Önerisi", *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* – Yıl 12, Sayı 1, 2019, s. 112-124.

ARICI Hasan Evrim, UYSAL Muzaffer: "Leadership, Green Innovation, And Green Creativity: A Systematic Review", *The Service Industries Journal*, 2022, 42.5-6, s. 280-320.

ARKAN, Sabih: Marka Hukuku Cilt I, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520, AÜHF. Döner Sermaye Yayınları No:35), s. 124 vd.

AVCILAR Mutlu Yüksel, et al: Developing Perceived Greenwash İndex And İts Effect On Green Brand Equity: A Research On Gas Station Companies İn Turkey, *International Business Research*, 2017, 10.1, s. 222-239.

AYTEKİN, Rukiye İrem: Genişletilmiş Değer-Tutum-Davranış Modeli Bağlamında Yeşil Ürün Satın Alma Davranışının İncelenmesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2020.

BAHADIR, Zeynep: Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

BASHIR Shahid, et al: Green brand benefits and brand outcomes: The mediating role of green brand image. *Sage Open*, 2020, 10.3: 2158244020953156.

BİNGÖLBALİ VAROL, Hatice: Çevre Bilincinin **Yeşil Ürün** Satın Alma Davranışı Üzerindeki Etkisi, İstanbul Gelişim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı İşletme Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2021.

[77] Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098 Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/ 27836. TBK kısaltması ile ifade edilecektir.

ÇAĞLAR, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar (Adalet Yayınevi, Ekim 2013) s. 107-119.

ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2016) s. 365-526.

DECHEZLEPRÊTRE Antoine, LANE Eric: "Fast-Tracking Green Patent Applications"; *WIPO Magazine*, Haziran 2013, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2013/03/article_0002.html.

DEREN Aldona Małgorzata, SKONIECZNY Jan: "Green Intellectual Property as a Strategic Resource in the Sustainable Development of an Organization" Sustainability 2022, 14, 4758, https://www.mdpi.com/2071-1050/14/8/4758.

EKİNCİ, Muhammet Burak: Tüketicilerin Yeşil Satın Alma Davranışının Demografik Faktörler, Yeşil Pazarlama Algısı ve Çevresel Duyarlılık Ve Davranış Düzeyleri Yönünden İncelenmesi, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı Üretim Yönetimi ve Pazarlama Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2020.

ER Fatma Beyza, ÇENGEL Özgür: "Yeşil Lojistik Uygulamalarının Sürdürülebilir Performans İle İlişkisi Üzerine Bir İnceleme", *Scientific Journal of Finance and Financial Law Studies*, Cilt 2 Sayı 2 (2022), s.113-118.

ERDEN ÖZSOY, Ceyda: "Yeşil İşler ve İstihdam Olanakları Üzerine Bir Tartışma", *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Ocak 2016, Cilt 8, Sayı 1, s. 51-59.

ERDOĞAN TARAKÇI İnci, GÖKTAŞ Bora: "Pazarlamanın Yeni Rengi: Yeşil Aklama", *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi*, Cilt: 54, Sayı: 3, Ocak 2019, s. 1095-1113.

EROL, Burak Resul: Çevresel Duyarlılığın, Yeşil Satın Alma ve Marka Savunuculuğuna Etkisi: Yeşil Satın Almanın Aracı, Demografik Değişkenlerin Düzenleyici Rolünün İncelenmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Küresel Pazarlama ve Marka Yönetimi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

GERŞİL Gülşen, KALFAOĞLU Serap: Türkiye'de Yeşil İstihdam ve İşgücü Piyasalarına Yansımaları; IV. Internatıonal Caucasus-Central Asıa Foreıgn Trade And Logıstıcs Congress Eylül, 7-8, Didim/Aydın; 2018.

GÜNEŞ, İlhami: Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları (Sınai Mülkiyet Kanunu ve Ticaret Kanunu Hükümleri Işığında 4. Baskı, Seçkin – Hukuk, Mart 2017) s. 172-188.

GÜLER, Ozan: Yeni Bir Finansal Araç Olarak Yeşil Kredilere Otelcilik ve Bankacılık Sektörlerinin Bakış Açıları: Antalya'daki Dört ve Beş Yıldızlı Oteller Üzerine Bir Araştırma, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Turizm İşletmeciliği ve Otelcilik Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2012.

KILIÇ, Fatma: Sürdürülebilir Çevre Bilinci Ve Çevresel Duyarlılığın Ekolojik Ürün Satın Alma Davranışına Etkisi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

KIRYUSHINA I. V., SEREBRYAKOV A. A.: Legal protection of green trademarks in the Eurasian Economic Union, *Ukrainian Journal of Ecology*, 2020, 10.6, s. 108-111.

MATHEWS, Verghes: “Green Intellectual Property”, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8182bd04-4c4f-4c70-ae09-167c11fe7481.

ÖZALP, Çığıl: Yeşil Ürünlerin Tüketici Satın Alma Davranışı Üzerine Etkisi, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Ana Bilim Dalı İşletme Yönetimi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2020.

ÖZGÜL, Pelin: Yeşil Pazarlama Uygulamalarının Planlı Davranış Teorisi Bağlamında Satın Alma Niyetine Etkisi, Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı İşletme Yönetimi Bilim Dalı Doktora Tezi, 2022.

PARK, Kathryn: Green Trademarks And The Risk Of Greenwashing. *WIPO Magazine*, 2022, 4: 32-37.

SAKALOĞLU, Gökçen: Dünyada ve Türkiye'de Yeşil Ekonomi Sürecinde Yeşil İşler ve İstihdam Politikaları, Karadeniz Teknik Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü / Çalışma Ekonomisi Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

SAPMAZ VERAL, Evren: “Yeşil Yıkama ile Mücadele: Avrupa Birliği’nde Yeşil İddiaların Doğrulanması Girişimi”, *Sayıştay Dergisi*, Cilt: 33, Sayı: 124, Mart 2022, s. 101-129;

SHENAI, Nandini: Green IP-for-Green Technology: A Much-Needed Interplay Between Intellectual Property and Sustainability, 10 Haziran 2022, Indian Journal of Project, Infrastructure and Energy Law, https://ijpiel.com/index.php/2022/06/10/green-ip-for-green-technology-a-much-needed-interplay-between-intellectual-property-and-sustainability/.

SINGH, Sanjay Kumar, et al: “Green Innovation And Environmental Performance: The Role Of Green Transformational Leadership And Green Human Resource Management.”, *Technological Forecasting And Social Change*, 2020, 150: 119762

ŞEN, Aslı Sevinç: Yeşil Ürün Satın Alma Davranışını Etkileyen Faktörlerin Değer-Tutum-Davranış Modeli ile Açıklanması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı İşletme Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2021.

ŞİMŞEK Onur, TUNALI Halil: "Yeşil Finansman Uygulamalarının Sürdürülebilir Kalkınma Üzerindeki Rolü: Türkiye Projeksiyonu”, *Ekonomi ve Finansal Araştırmalar Dergisi*, 2022, 4(1), s. 16-45.

TAKALO, Salim Karimi, et al: “Green Innovation: A Systematic Literature Review”; *Journal Of Cleaner Production*, 2021, 279: 122474.

TANRIVERDİ, Kağan: Yeşil Lojistik Yönetimi Uygulamalarının Çevresel Performansla Olan İlişkisi Üzerine Bir Araştırma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ulaştırma ve Lojistik Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2018.

TATAR, Ali: “Çevresel Sorunlara Duyarlılığın Sürdürülebilir Tüketim Davranışına Etkisi”, *IJMA - International Journal of Management and Administration*, Yıl: 5, Cilt: 5, Sayı: 9, s. 103-117.

T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi “Yeşil Sukuk Çalışma Raporu”, Mayıs 2022; s. 6 https://www.cbfo.gov.tr/sites/default/files/docs/2022-05/cbfo-yesil-sukuk-calisma-raporu.pdf.

T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından hazırlanmış ve TBMM Genel Kurulu tarafından onaylanmış olan 18.07.2019 tarih ve 1225 Karar sayılı On Birinci Kalkınma Planı.

T.C. Ticaret Bakanlığı "Yeşil Mutabakat Eylem Planı 2021".

TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012) s. 429 vd.

TOPÇU, Didem Nur: Yeşil Tahviller ve İklim Değişikliği ile Mücadelede Merkez Bankalarının Rolü, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Uzmanlık Tezi, 2022.

TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu-2021, https://www.turkpatent.gov.tr/marka

YAMAN, Ayşe: Yeşil Boyama ile Yeşil Ürün Satın Alma Arasındaki İlişkide Şüphenin Yeri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı Global Pazarlama Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

YASAMAN Hamdi, AYOĞLU Tolga, YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya, MEMİŞ KARTAL Pınar, YÜKSEL Sinan H., YASAMAN Zeynep: Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Cilt: 3, Ankara 2021.

YILDIZ, Ahmet: Tüketicilerde Yeşil Pazarlama Algısı: Gaziantep'te Bir Araştırma, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı İşletme Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2022.

YILMAZ, Filiz: Yeşil İş Kavramı: Nitel Bir Araştırma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme (İktisat) Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2021.

Yargıtay HGK., 26.09.2019, E. 2017/11-1733, K. 2019/959 sayılı kararı.

İnternet Kaynakları

https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_Annex-II.pdf

https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf

https://www.yesildusunce.org/projeler/yeşil-ekonomi-programi/

https://www3.tcmb.gov.tr/yillikrapor/2022/tr/m-2-9.html

https://www.marmara.gov.tr/tr/yesil-is-zirvesi-25-26-mayista-duzenlenecek

https://surdurulebilirlik.com.tr/etkinlik/yesil-is-zirvesi-2022/

https://ulk.ist/media/kitap/IV-UKODTLK/turkiyede-yesil-istihdam-ve-isgucu-piyasalarina-yansimalari.pdf

https://www.ifm.gov.tr/b/yesil-finans

https://www.halkbankkobi.com.tr/tr/kobi/destek-paketleri/kobi-destek-paketleri/yesil-enerji-kredi-paketi.html

https://www.financierworldwide.com/green-ip-the-role-of-intellectual-property-in-sustainability

https://www.sharda.ac.in/attachments/happening_images/Green_Intellectual_Property_and_Climate_Change_Mitigation_Technologies.pdf

https://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/green-patents.htm

https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/figures/green-patent-families-across-countries

https://www.turkpatent.gov.tr/arastirma-yap?form=trademark