



YASAR
ÜNİVERSİTESİ



10
asoscongress

ULUSLARARASI HUKUK SEMPOZYUMU
INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON LAW

TAM METİN KİTABI
CONFERENCE PROCEEDINGS

2024

asoscongress.com



10. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı

ISBN: 978-625-6671-37-9

Editörler

Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ

Kapak Tasarımı

Dr. Bülent Polat

Erişime Açıldığı Tarih

22.10.2024

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

Instagram: <https://www.instagram.com/asosyayinevi/>

Facebook: <https://www.facebook.com/asosyayinevi/>

Twitter: <https://twitter.com/Asosyayinevi>



Sempozyum Onursal Başkanı

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ

Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Meral ÖZKAN (Yaşar Üniversitesi)

Doç. Dr. Ali Murat SEVİ (Yaşar Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA (Yaşar Üniversitesi)

Doç. Dr. Emre CUMALIOĞLU (Yaşar Üniversitesi)

Doç. Dr. İdil TUNCER KAZANCI (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL (Selçuk Üniversitesi)

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Zekiye Özen İNCİ TUNA (Yaşar Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Adem YELMEN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Elif AYDIN ÖZDEMİR (Yaşar Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Esra TEKİN (Dicle Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Figen TABANLI (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

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



Dr. Öğretim Üyesi Zeynep TUNCA ÖZCAN (Yaşar Üniversitesi)

Arş. Gör. Dr. Hilal ALBAL ULAŞ (İnönü Üniversitesi)

Arş. Gör. Yasemin KALKANCI (Yaşar Üniversitesi)

Bilim Kurulu

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

Prof. Dr. Osman İSFEN (FernUniversität in Hagen/ Almanya)

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

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

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

Prof. Dr. Suzana KRALJIC (University of Maribor/Slovenya)

Prof. Dr. Tarkan GÖKSU (Universite de Fribourg/ İsviçre)

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

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

Prof. Dr. Ahmet YAYLA (Bahçeşehir 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. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ (Yaşar Üniversitesi)



Prof. Dr. Alpay HEKİMLER (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK (Bahçeşehir Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Berk KAPANCI (MEF Üniversitesi)

Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi)

Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Burcu SAVAŞ KUTSAL (Bahçeşehir 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. Ceren Zeynep PİRİM KIZILCA (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ (İstanbul Medipol Üniversitesi)

Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Çetin ARSLAN (Hacettepe Üniversitesi)

Prof. Dr. Deniz KIZILSÜMER ÖZER (Yaşar Üniversitesi)



Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Doruk GÖNEN (İstanbul 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. Emre GÖKYAYLA (Bahçeşehir 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 Medipol Üniversitesi)

Prof. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ (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. Güçlü AKYÜREK (MEF Üniversitesi)

Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara Üniversitesi)



Prof. Dr. Halide Gökçe TÜRKÖĞLU (İzmir Bakırçay 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. Işıl ÖZKAN (Yaşar Üniversitesi)

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

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

Prof. Dr. İlke GÖÇMEN (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Kadir ARICI (Ankara Bilim Üniversitesi)

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Levent AKIN (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Levent BÖRÜ (Hacettepe Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Meral ÖZKAN (Yaşar Üniversitesi)



Prof. Dr. Mesut AYGÜN (Anadolu 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 Ekonomi ve Teknoloji 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. Müjgan TUNÇ YÜKSEL (İstanbul Medipol 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. Öz SEÇER (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Özge AYAN (Celal Bayar Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Sanem Suphiye BAYKAL (Ankara TOBB ETÜ Üniversitesi)

Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (Ankara TOBB ETÜ Üniversitesi)

Prof. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Serap AMASYA (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Serdar KALE (İstanbul Medipol Üniversitesi)



Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ODAMAN (Yaşar 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. Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi)

Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya 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. Ali Murat SEVİ (Yaşar Üniversitesi)

Doç. Dr. Ali Tanju SARIGÜL (Hasan Kalyoncu Üniversitesi)

Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ (İzmir Bakırçay Üniversitesi)



Doç. Dr. Ayhan TEKİNSOY (Ankara 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. Behiye EKER KAZANCI (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA (Yaşar Üniversitesi)

Doç. Dr. Burçak YILDIZ (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Bülent ALGAN (Ankara 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. Ecehan YEŞİLOVA ARAS (İzmir Demokrasi 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. Erhan BİRBEN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Gizem PERÇİN (İstanbul Aydın Üniversitesi)

Doç. Dr. Hasan KAYIRGAN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Doç. Dr. Hayriye Bige AÇIMUZ (Koç Üniversitesi)



Doç. Dr. Hüseyin Melih ÇAKIR (Marmara Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Kudret ASLAN (Ankara TOBB ETÜ Üniversitesi)

Doç. Dr. Leyla AKYOL ASLAN (Kırıkkale Üniversitesi)

Doç. Dr. Muhammed Emre TULAY (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA (Bilgi Üniversitesi)

Doç. Dr. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Mustafa YASAN (İzmir Demokrasi Üniversitesi)

Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Nurten İNCE AKMAN (Marmara Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Pelin KARAASLAN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Doç. Dr. Rıfat Murat ÖNOK (Koç Üniversitesi)

Doç. Dr. Sami AKSOY (Yaşar 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. Sezgi ÖKTEM SONGU (Dokuz Eylül Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Şafak PARLAK BÖRÜ (Ankara 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. Yıldırım TAYLAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi)

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Zekiye Özen İNCİ (Yaşar Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Âdem YELMEN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ahmet Emrah GEÇER (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Akasya KANSU KARADAĞ (Ufuk Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ali TURAN (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Aslı TOPUKCU İDUĞ (Yaşar Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Aybike TUNÇ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Aybüke DEMİR YEŞİLBAĞ (Ufuk Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ayça İZMİRLİOĞLU (İzmir Demokrasi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ayşe Kübra ALTIPARMAK (Anadolu Üniversitesi)



Dr. Öğretim Üyesi Bahadır Bumin ÖZARSLAN (Hacettepe Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Bahar KONUK SOMMER (Yaşar Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Bengül KAVLAK (İzmir Demokrasi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Betül ERKANLI BAŞBÜYÜK (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Burcu İRGE ERDOĞAN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Burcu ERTEM (Çankaya Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Cansu ATICI KABALAK (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN (TOBB Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Deniz ERGENE (İzmir Demokrasi 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 Ebru AKDUMAN (İzmir Ekonomi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ecem KİRKİT (İzmir Demokrasi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ece Sıla HAFIZOĞLU (İzmir Demokrasi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ekin SÖKMEN GÜLER (Yaşar Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Elif AYDIN ÖZDEMİR (Yaşar Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Emine Sevcan ARTUN (Yaşar Üniversitesi)



Dr. Öğretim Üyesi Emre KÖROĞLU (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Fatma Elif ÇELİK (Ufuk Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Figen TABANLI (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Funda ÖZDİN (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Furkan KARARMAZ (Akdeniz Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Gizem DURSUN ÖZDEMİR (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Gözde AYGÜN (Anadolu Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Güven SÜSLÜ (Yaşar Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Hakan HASIRCI (İstanbul Yeditepe 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 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 Mehmet KODAKOĞLU (Selçuk Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Murat ŞAHİN (İzmir Demokrasi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Mustafa GÖKSU (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Muzaffer KARAASLAN (Yaşar 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 Onur KAPLAN (Yaşar Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Özge SIRMA GEZER (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Semih YUMAK (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Seyhan SELÇUK (Eskişehir Osmangazi 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 Yasemin SAYGILAR (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Yasin AYDOĞDU (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Yasin POYRAZ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Zafer Ertunç ŞİRİN (İstanbul Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Zeynep TUNCA ÖZCAN (Yaşar Üniversitesi)

İçindekiler

YEŞİL AKLAMA (GREENWASHING) UYGULAMALARININ TÜKETİCİ HUKUKU, HAKSIZ REKABET VE REKLAM HUKUKU KURALLARIYLA ENGELLENMESİ	17
VERGİ USUL KANUNU'NDA DEFTER, KAYIT VE BELGELERİ GİZLEME SUÇUNUN SUSMA HAKKI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	29
YAŞLILIK AYLIĞINA HAK KAZANDIRAN KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA MODELİ: KISMİ EMEKLİLİK SİSTEMİ VE ESASLARI.....	50
KESİNLEŞMEDEN İCRA EDİLEMEYECEK MAHKEME KARARLARIN KAPSAMI VE AMACI (HMK m. 350/2)	61
İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNE KARŞI MÜCADELEDE HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ YENİDEN DÜŞÜNMEK	82
TÜRK CEZA HUKUKU'NDA UZLAŞTIRMA KAPSAMINDAKİ SUÇLAR.....	99
ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN MADDE BAKIMINDAN YETKİSİNİN YENİDEN ELE ALINMASI	111
“SQUEEZE-OUT” KAVRAMININ TÜRK HUKUKUNDAKİ YANSIMASI: TTK M. 208 HÜKMÜ.....	129
DİŞ HEKİMLERİNİN REKLAM YASAĞI, BİLGİLENDİRME VE TANITIM FAALİYETLERİ	143
6183 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ ÖDEME EMRİNE KARŞI DÜZELTME-ŞİKÂYET YOLU.....	158
AHLAKİ KODLARIN KISKACINDA CİNSEL TACİZ SUÇU: SUÇUN MADDİ UNSURU BAĞLAMINDA YARGITAY UYGULAMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR	164
BİR ÖRTÜLÜ AF TARTIŞMASI: 5275 SAYILI CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA KANUN'UN GEÇİCİ 10. MADDESİ.....	200
ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN TOPLANMASININ VE İŞLENMESİNİN HUKUKİ ANALİZİ, AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE YAKIN TARİHLİ SORUŞTIRMALAR VE ÜLKEMİZDE ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASIYLA İLGİLİ GELİŞMELER.....	218
ADIN DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN TMK M.27 HÜKMÜNÜN YENİDEN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ İHTİYACI VE DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ.....	231
KISITLI KİŞİ TARAFINDAN AKDEDİLEN MİRAS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ DURUMU	261
ANONİM VE LİMİTED ŞİRKET PAYLARININ EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ UYARINCA TASFİYESİNDE GÜNCEL SORUNLAR	272
SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMANIN ULUSLARARASI HUKUKTA ÇEVRESEL BOYUTUYLA İNCELENMESİ	290
ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELERİNİN OYLARININ ÖLÇÜLEBİLİR HALE GETİRİLMESİ İÇİN BİR ÖNERİ.....	307

AYRILIK KURUMU.....	318
SAĞLIK VASITASI İLE BARIŞ UYGULAMASINA OSMANLI TARİHİMİZDEN BENZER BİR ÖRNEK: OSMANLI HİLAL-İ AHMER CEMİYETİ	333
ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜNDE DNA HASARI: <i>HUMPERT VE DİĞERLERİ</i> v. <i>ALMANYA KARARI</i>	343
İFLAS ETMİŞ KİŞİLERİN YÖNETİM KURULU ÜYESİ OLAMAMASININ ANAYASANIN ÇALIŞMA VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ HÜKÜMÜNÜN İHLALİ MESELESİNİN DERLENDİRİLMESİ.....	355
RUSYA FEDERASYONU ANAYASASI'NDA CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL İLKELER	370
İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA OLAĞAN KANUN YOLLARINA İLİŞKİN PARASAL SINIRLARIN ANAYASA MAHKEMESİNİN E.2023/36 K.2023/142 ve E.2023/81 K.2023/184 SAYILI KARARLARI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	386
YARGI KARARLARI IŞIĞINDA KASTEN YARALAMA SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	396
MÜŞTEREK FAİLLİKTE İŞTİRAK İRADESİ	410
İDARİ İŞLEMİN GEREKÇELİ OLMASI İLKESİ KAPSAMINDA ACELE KAMULAŞTIRMA USULÜNDE “ACELELİĞİNE CUMHURBAŞKANINCA KARAR ALINACAK HÂLLER”	426
KORUMA ALTINA ALINAN HAYVANLARIN VERDİĞİ ZARARLARDAN İDARENİN FEDAKARLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ KAPSAMINDAKİ SORUMLULUĞUNUN DANIŞTAY 10. DAİRESİNİN E. 2015/3965, K. 2020/4680 10.11.2020 TARİHLİ KARARI KAPSAMINDA İNCELENMESİ	454
7499 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİYLE BİRLİKTE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI BAKIMINDAN “REFORMATIO IN PEIUS” KURALININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	469
KİRALANANIN AİLE KONUTU NİTELİĞİNDE OLMASININ YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ.....	482
BANGLADEŞ ULUSLARARASI SUÇLAR MAHKEMESİNİN EKSİKLİKLERİNİN ULUSLARARASI CEZA ADALETİ İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	499



YEŞİL AKLAMA (GREENWASHING) UYGULAMALARININ TÜKETİCİ HUKUKU, HAKSIZ REKABET VE REKLAM HUKUKU KURALLARIYLA ENGELLENMESİ

PREVENTION OF GREENWASHING THROUGH RULES OF CONSUMER LAW, UNFAIR COMPETITION LAW AND ADVERTISEMENT LAW

Dr. Işık Aslı HAN*

ÖZET

İklim krizinin ve sosyal eşitsizliğin etkisiyle tüketiciler bilinçlenmeye ve tüketim alışkanlıklarını değiştirerek çevre dostu ve adil üretim süreçlerinden geçen mal ve hizmetleri tercih etmeye başlamıştır. Buna paralel olarak işletmeler de tüketicilerin bu eğilimini istismar ederek yanıltıcı ticari uygulamalara yönelmektedir. Bu kapsamda ‘doğa dostu’, ‘sürdürülebilir’, ‘iklim dostu’, ‘sıfır karbon ayak izi’, ‘etik üretim’, ‘adil ticaret’, ‘doğal içerik’, ‘organik’ gibi içeriği belirsiz ya da pazarda standardın çizilebilmesi için hukuki açıdan tanımlanması gereken ifadelerle pazarlama stratejileri yaygınlaşmıştır. Bu tür uygulamaları kapsayan bir terim olan yeşil aklama (*greenwashing*), işletmelerin mal ve hizmetlerini çevre dostu ve sorumluluk bilinci ile üretildiği yönünde, gerçek olmayan veya aşırıya kaçan beyanlar eşliğinde pazarlamaları olarak tanımlanmaktadır. Yeşil aklama stratejilerinin getirdiği belirsiz veya dayanaksız iddialarla mücadele etmek amacıyla Avrupa Birliği Komisyonu geçtiğimiz yıl Açık Çevresel İddiaların Kanıtlanması ve İletilmesine İlişkin Direktif (*Directive on Substantiation and Communication of Explicit Environmental Claims*) ya da kısaca Yeşil İddialar Direktifi (*Green Claims Directive*) Taslağını yayınlamıştır. Ülkemizde de yeşil aklamayla mücadele için 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğine dayanılarak hazırlanan ‘Çevreye İlişkin Beyanlar İçeren Reklamlar Hakkında Kılavuz’ 13.12.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu kapsamda Çalışmada yeşil aklamadan doğan hukuki sorumluluk; tüketici hukuku, haksız rekabet hukuku ve reklam hukuku bağlamında değerlendirilecektir. İlk olarak tüketici hukuku bağlamında girişimcilerin yeşil aklama teşkil eden beyanlarının, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bağlamında ayıp sorumluluğu bakımından etkisi incelenecektir. Bu kapsamda girişimcinin beyanlarının ayıplı mallara ilişkin m. 8/2 ve ayıplı hizmetler m. 13/2 kapsamında bildirilen beyanlar olarak kabul edilebilmesinin şartları, girişimcinin sorumluluğunun doğmasının koşulları ve bu sözleşmeye aykırılık olgusu bakımından tüketicinin kullanabileceği imkânlar ele alınacaktır. Daha sonra bu tür beyanların haksız ticari uygulama teşkil ettiği noktada Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin hangi şartlarda devreye gireceği özellikle TTK m. 55/1-a’nın ilk satırı açısından incelenecek ve m. 56 kapsamında bunun sonuçları kısaca açıklanacaktır. Son olarak Kılavuz kapsamında girişimcilerin beyan ve iddialarının, karma bir alan olan reklam hukuku açısından sonuçları özetle ortaya konarak tebliğ tamamlanacaktır.

Anahtar kelimeler: yeşil aklama, çevreye ilişkin beyanlar, ayıp sorumluluğu, haksız ticari uygulamalar.

* Araştırma Görevlisi Doktor, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ihan@pau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8381-0361.

ABSTRACT

With the impact of the climate crisis and social inequality, consumers have raise awareness and change their consumption habits, preferring goods and services that are environmentally friendly and undergo fair production processes. In parallel to this, businesses also tend to misleading commercial practices by exploiting this tendency of consumers. In this context, marketing strategies have become widespread with expressions such as ‘eco-friendly’, ‘sustainable’, ‘climate-friendly’, ‘zero carbon footprint’, ‘ethical production’, ‘fair trade’, ‘natural ingredients’, ‘organic’, etc. whose content is unclear or undefined by law in order to draw the standard in the market. Greenwashing, which is a term covering such practices, is defined as the marketing of goods and services by enterprises with untrue or excessive statements that they are produced in an environmentally friendly and responsible manner. In order to combat the vague or unsubstantiated claims brought by green laundering strategies, the European Commission published the Draft Directive on Substantiation and Communication of Explicit Environmental Claims or the Green Claims Directive last year. In order to combat green laundering in our country, the ‘Guideline on Advertisements Containing Environmental Declarations’, which was prepared based on the Law No. 6502 on Consumer Protection and the Regulation on Commercial Advertisements and Unfair Commercial Practices, entered into force on 13.12.2022.

In this context, the legal liability arising from green washing will be evaluated in the context of consumer law, unfair competition law and advertising law. Firstly, in the context of consumer law, the effect of the entrepreneurs' statements constituting green laundering will be analysed in terms of liability for defects in the context of the Law on the Protection of Consumers. In this regard, the conditions for the entrepreneur's declarations to be accepted as declarations within the scope of Art. 8/2 on defective goods and Art. 13/2 on defective services, the conditions for the liability of the entrepreneur and the possibilities that the consumer can use in terms of this breach of contract will be discussed. Then, where such statements constitute unfair commercial practice, the conditions under which the provisions of the Turkish Commercial Code regarding unfair competition will be activated will be analysed, especially in terms of the first line of Art. 55/1-a of the TCC, and the consequences of this will be briefly explained within the scope of Art. 56. Finally, the study will be completed by summarising the consequences of the statements and claims of the entrepreneurs within the scope of the Guideline in terms of advertising law, which is a mixed field.

Keywords: Greenwashing, environmental statements, liability for defect, unfair commercial practices.

GİRİŞ: TÜRK HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ÇEVRESEL İDDİALAR

İklim krizinin ve sosyal eşitsizliğin etkisiyle tüketiciler bilinçlenmeye ve tüketim alışkanlıklarını değiştirerek çevre dostu ve adil üretim süreçlerinden geçen mal ve hizmetleri tercih etmeye başlamıştır. Buna paralel olarak işletmeler de tüketicilerin bu eğilimini istismar ederek yanıltıcı ticari uygulamalara yönelmektedir. Bir girişimcinin ‘doğa dostu’, ‘sürdürülebilir’, ‘iklim dostu’, ‘sıfır karbon ayak izi’, ‘etik üretim’, ‘adil ticaret’, ‘doğal içerik’, ‘organik’ gibi içeriği belirsiz ya da pazarda standardın çizilebilmesi için hukuki açıdan tanımlanması gereken ifadeleri kullanarak ve tüketicilerin tüketim alışkanlıklarında çevre dostu tercih yapma isteğini manipüle ederek tüketicileri kendi işletmelerinin sunduğu mal ve hizmetlere yönelmeyi amaçlayan pazarlama stratejileri olarak tanımlanabilir. Ülkemizde de yeşil aklamayla mücadele için 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğine dayanılarak hazırlanan “Çevreye İlişkin Beyanlar İçeren Reklamlar Hakkında Kılavuz” 13.12.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yeşil aklama teşkil eden türde ticari uygulamaların temelinde, üretici veya girişimcinin tüketicinin satın alma kararını etkilemeyi amaçlayan bir çevresel iddiası bulunmaktadır. Çevreye İlişkin Beyanlar İçeren

Reklamlar Hakkında Kılavuz m. 4/1-a 'ya göre çevresel iddia, *“ticari reklam veya ticari uygulama kapsamında bir mal veya hizmetin bileşen, üretimi, piyasaya arz süreci, kullanımı veya bertaraf edilme süreci ile ilgili olarak çevresel fayda sağladığına veya çevreye olumsuz bir etkisinin bulunmadığına ilişkin ibare veya görseli”* ifade eder. Kılavuz'da yer alan bu tanım, Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumludur.

Yeşil aklama stratejilerinin getirdiği belirsiz veya dayanaksız iddialarla mücadele etmek amacıyla Avrupa Birliği Komisyonu geçtiğimiz yıl Açık Çevresel İddiaların Kanıtlanması ve İletilmesine İlişkin Direktif (*Directive on Substantiation and Communication of Explicit Environmental Claims*) ya da kısaca Çevresel İddialar Direktifi (*Green Claims Directive*) Taslağını yayınlamıştır. Bunu takiben, bu yılın başlarında ise Avrupa Birliği tüketici hukukunun mihenk taşlarından 2005/29/EU sayılı Direktif ve 2011/83/EU sayılı Direktifte değişiklikler öngören tüketicilerin yeşil dönüşüm için haksız uygulamalara karşı korunarak ve bilgilendirilerek güçlendirilmesine ilişkin 2024/825 sayılı Direktif (*Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2024 amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU as regards empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and through better information*) kabul edilmiştir. 2024/825 sayılı Direktif ile 2005/29/EC Direktif'e eklenen m. 2(o) da AB Hukukunda çevresel iddiayı tanımlamaktadır. Bu tanıma göre çevresel iddia (*environmental claim*), *“Birlik hukuku veya ulusal hukuka göre zorunlu olmayan; ticari ilişkilerde etiket, marka, şirket veya ürün adına ilişkin yazı, resim, grafik, sembolik ifade dâhil herhangi bir formda iletilen her tür mesaj ve beyan anlamına gelir ve bir ürün, ürün kategorisi, marka veya girişimcinin çevre üzerinde olumlu veya nötr bir etkisi olduğu ya da diğer ürün, ürün kategorileri, marka veya girişimcilere nazaran çevreye daha az zarar verdiği ya da (çevreye) etkisini zaman içinde iyileştirdiğini beyan ya da ima eder.”* AB mevzuatındaki detaylı tanım özü itibarıyla Türk hukukunda getirilen tanımla paraleldir.

I. TÜKETİCİ HUKUKUNDA AYIP SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Çevresel İddianın Girişimci Tarafından Bildirilen Nitelik Teşkil Etmesi

Çevresel iddiaların tüketici işlemleri bakımından anlamı; girişimcinin ambalaj, duyuru, reklamlar gibi herhangi bir yolla ilettiği çevresel iddiaların *“bildirilen nitelik”* olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

Girişimcinin sunduğu mallara ilişkin TKHK m. 8/2'ye göre *“ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan (...) maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar”*; Girişimcinin sunduğu hizmetlere ilişkin TKHK m. 13/2'ye göre ise *“hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan (...) maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler”* ayıplı sayılır. TKHK, TBK'nın satış sözleşmesinde ayıp sorumluluğu rejimine ile paralel olarak girişimci tarafından bildirilen niteliklere aykırılığın ayıp teşkil ettiğini düzenlemiştir. Böylece özel nitelik vaadi halinde kanun koyucu bir bilgi açıklamasına hukuki sonuç bağlanmıştır¹. Bildirilen vasıflar, satılanın objektif olarak belirlenebilir özelliklerine ilişkindir. Bu nedenle girişimcinin, ayıp sorumluluğuna yol açmayan² reklam ve pazarlamaya yönelik mal ve hizmetleri öven beyanlarından ayrılırlar.

¹ YAVUZ, Cevdet: *Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 1989, s. 29; KAPANCI, Kadir Berk: *Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri*, On İki Levha, İstanbul 2012, s. 14. Özel nitelik vaadinin hukuki niteliği konusunda üç görüş savunulmaktadır. Bunlar özel nitelik vaadinin sözleşme (*promissum*) olduğu görüşü, tek taraflı hukuki işlem olduğu görüşü ve nitelik vaadi olduğu görüşüdür. Bu görüşler hakkında bkz. YAVUZ, s. 27 vd.

² KAPANCI, s. 15.

Bir özel niteliğin bildirilen vasfı olarak nitelendirilebilmesi için örtülü olarak beyan edilmesi mümkündür³. Nitekim konumuz bakımından da çoğu zaman satıcı veya satıcının iş organizasyonu içindeki kişiler tarafından açıkça bildirim yerine satılanın pazarlaması için kullanılan ambalaj, etiket, reklam panosu, internet sitesindeki açıklama kısmı gibi alanlarda çevresel iddialar tüketiciye iletilir⁴.

B. Bildirilen Vasfın Tüketicinin Satın Alma Kararını Etkilemesi

Doktrindeki hâkim görüşe göre bildirilen vasıfların ayıp sorumluluğuna yol açabilmesi için alıcının satın alma kararını etkilemesi gerekir⁵. Konu bağlamında girişimcinin pazarlamada çevresel iddialara başvurma sebebi tüketicinin satın alma kararını etkilemektir. Nitekim çoğu zaman tüketiciler, daha pahalı olmasına rağmen bilinçli tüketim gayesiyle çevresel iddia ile pazarlanan mal ve hizmetlere yönelmektedir. Bu nedenle çevresel iddialarda yer alan niteliklerin bulunmaması halinde kâr olarak bunların tüketiciyi yanıltan nitelikte maddi ayıp teşkil ettikleri söylenebilir. Örneğin; enerji tüketiminin az olduğu iddiasıyla pazarlanan bir mal beyaz eşya veya otomobil bu niteliği taşımaması halinde ayıplı maldır.

C. Bildirilen Vasfın Gerçekte Bulunup Bulunmadığının Tespiti

Çevresel iddianın yanıltıcı nitelikte olup olmadığı noktasında kriter üretim sürecine ilişkin ulusal ve uluslararası standartlara ilişkin mevzuattır. İspat aracı bu bilimsel ve teknik standartlara tabi iken ispat yükünün kimde olduğu özel olarak incelenmelidir.

TKHK m. 10'da düzenlenen ispat yüküne ilişkin kural, teslim tarihinden itibaren 6 ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde bulunduğu karinesine ilişkindir. Çevresel iddianın gerçekte var olup olmadığının ispatı ile bildirilen vasfın bulunmadığının ispatlanmasıyla ilgilidir. Bu ise TKHK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Bilindiği gibi Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu, tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatın tamamlayıcısı niteliğindedir. TMK m. 6'e göre ispat yükünün dağılımına ilişkin özel bir kural öngörülmedikçe bir uyuşmazlığın taraflarından her biri, hakkını dayandırdığı olguları ispatla yükümlüdür. Bu kuralın doğrudan uygulanmasıyla ayıp sorumluluğuna başvurmak isteyen tüketicinin, bildirilen vasfın gerçekte bulunmadığını veya yanıltıcı nitelikte olduğunu ispat etmekle yükümlü olduğu sonucuna varılır. Ancak kanımızca bu noktada TKHK'nın ticari reklamlar ve haksız ticari uygulamalar bakımından ispat yüküne ilişkin getirdiği kural dikkate alınmalıdır. Ticari reklama ilişkin TKHK m. 61/6'ya göre ticari reklamlarda yer alan iddiaların doğruluğunu ispat yükü reklam verende, TKHK m. 62/2'ye göre bir ticari uygulamanın haksız ticari uygulama olmadığını ispat yükü ticari uygulamada bulunandadır. Bildirilen vasıfların TKHK'da tüketiciye iletilme şekli ticari reklamlar ve haksız ticari uygulamalarla paralellik gösterir. Bu nedenle ticari reklamlar ve haksız ticari uygulamalar bakımından TKHK'da düzenlendiği gibi, ayıp sorumluluğunu bakımından da bildirilen vasfa temel teşkil eden çevresel iddianın doğruluğunu ve gerçeğe uygunluğunu ispatlama yükü girişimcidedir. Bu da çoğu zaman ulusal yetkili kurum ve kuruluşlardan, üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınan bilgi ve belgelerle ispatlanır (Kılavuz m. 6/1'e paralel olarak).

³ YAVUZ, s. 77.

⁴ Atamer/Baş da aynı doğrultuda açıklama yapmaktadır, krş. ATAMER, Yeşim / BAŞ, Ece: "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıptan Doğan Sorumluluk", İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Cilt 88, Özel Sayı 1, 2014, s. 19-60, s. 23-24.

⁵ YAVUZ, s. 78-79.

D. Ayıp Sorumluluğu Kapsamında Tüketicinin Başvurabileceği İmkânlar

Ayıplı mal bakımından TKHK m. 11/1 ve m. 11/6'a, ayıplı hizmet bakımından TKHK m. 15/1'e göre tüketici şu seçimlik haklara sahiptir:

- i. Satılanın ayıpsız misliyle değiştirilmesini/hizmetin yeniden görülmesini
- ii. Ücretsiz onarım talep etme hakkı
- iii. Sözleşmeden dönme hakkı
- iv. Ayıp oranında bedel indirimi talep etme hakkı
- v. Diğer imkânlarla beraber genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı

Çevresel iddiaların yanıltıcı ve gerçeğe aykırı olması halinde bu imkânların bazıları makul bir çözüm sağlamaz veya girişimci açısından talebin yerine getirilmesi mümkün değildir. Söz gelimi, ücretsiz onarım ve ayıpsız misliyle değiştirme niteliği gereği konu bağlamında uygun çözümler sağlamaz. Bu durumda tüketicinin başvurabileceği hukuki imkân, sözleşmeden dönme ve ayıp nedeniyle doğan zarara uğramışsa genel hükümlere göre bu zararın tazminini talep etme veya ayıp oranında indirim talebi çok daha elverişli çözüm sunacaktır. Özellikle çevresel iddiaların dayanağı olan etik üretim metotlarının daha pahalı olmasının ürün fiyatına yansıdığı hallerde ayıp oranında indirim talebi makul bir çözüm olabilir. Ancak sözleşmeyi ayakta tutmak adına bilinçli tüketim tercihinde bulunmak isteyen tüketici, yanıltıcı çevresel iddiayı içeren mal veya hizmeti elinde tutmaya zorlanamaz.

E. TKHK M. 74'e Göre Satılanların Toplatılmasının Talep Edilmesi

Girişimcinin satışa sunduğu malların ait olduğu serinin tamamının ayıplı olması halinde TKHK m. 74 önleyici bir imkân sunmuştur. Bu düzenlemeye göre bir seri malın tamamı ayıplı ise Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, tüketiciler ve tüketici örgütleri malın ayıplı olduğunun tespitini, malın üretiminin veya satışının durdurulmasını, somut olayda mümkünse ayıbın ortadan kaldırılmasını, satış için girişimcilerin elinde bulunan malların toplatılmasını dava yoluyla talep edebilirler.

TKHK m. 74/2'ye göre malın ayıplı olduğunun mahkeme kararıyla tespiti halinde mahkeme, ayıbın niteliğini dikkate alarak satışın geçici olarak durdurulmasına veya ayıbın giderilmesine karar verebilir. Konumuz bakımından çevresel iddianın yanıltıcı veya gerçek dışı kullanıldığı hallerde maddi ayıp bulunduğu ve ayıp doğrudan içeriğe ve üretim sürecine ilişkin olduğu için ayıbın giderilmesi çoğu zaman mümkün olmaz. Bu durumda ayıplı kabul edilen seri malın üretici veya ithalatçı tarafından toplatılmasına karar verilmelidir (TKHK m. 74/2). Her halükarda TKHK m. 74'ün sunduğu imkânlara başvurulmasının, tüketicinin seçimlik haklarını ve tazminat talebini ileri sürmesini engellemeyeceği TKHK m. 74/2-c.son'da teyit edilmiştir.

II. HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI SATIŞ YÖNTEMİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Çevresel İddiaların Dürüstlük Kuralına Aykırı Satış Yöntemi Teşkil Etmesi

Dayanaksız çevresel iddiaların pazarlama stratejisi olarak kullanılması, TTK m. 54 ile engellenebileceği gibi TTK m. 55/1,a kapsamında da dürüstlük kuralına aykırı satış yöntemi niteliğindedir. Her halükarda önemli olan, çevresel iddialara dayanan pazarlama stratejilerinin tüketiciye, satın alma kararını etkilemek amacıyla⁶ doğrudan iletilmesidir⁷.

Türk Ticaret Kanunu m. 54/2'ye göre haksız rekabet teşkil eden haller, *“Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar”* olarak ifade edilmiştir. Bu düzenleme, MK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralını temel alması itibarıyla medeni hukuk kökenleri olan bir kurumdur. Haksız rekabet olduğu kabul edilen olgular sorumluluk hukuku bakımından haksız fiil niteliğindedir⁸. Ancak haksız rekabette, haksız fiilin hukuka aykırılık bağı açısından özellikli bir durum söz konusudur. Burada bir mutlak hak ihlali bulunmaksızın, özel koruma normu olarak TTK m. 54'ün varlığı ile bir menfaat ihlalinin varlığı yeterli görülmüştür⁹. Bu açıdan bu genel norm, doğrudan uygulanma özelliği bulunan nitelikte bir kural getirir¹⁰. Diğer yandan, haksız rekabetin varlığı için haksız rekabette bulunan kişinin kusurunun bulunması veya haksız rekabet teşkil eden davranış nedeniyle bir zararın doğmuş olması gerekli değildir¹¹. Hükümün uygulama alanı bulması için dürüstlük kuralına aykırı bir davranış veya ticari uygulamanın, ilgili pazardaki ekonomik ilişkileri etkileyecek düzeyde yanıltma veya aldatmaya sebep olması gerekir¹². Bu bakımından kriter olarak ortalama düzeyde bilgi sahibi tacir veya tüketicinin mevzu bahis ticari uygulama sebebiyle ekonomik karar alma yeteneğinin etkilenip etkilenmediği dikkate alınır¹³. Bu etkileme sayesinde haksız rekabette bulunan kişi, temelsiz bir avantaj elde etmelidir.

Diğer yandan, TTK m. 54 ile bağlantılı olarak haksız rekabet teşkil eden bazı haller TTK m. 55'te örnekleyici sayım yoluyla belirtilmiştir. TTK m 55/1-a'ya göre *“Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar”* haksız rekabet teşkil eder. Somutlaştırmak gerekirse, gerçek dışı veya yanıltıcı çevresel iddialar, TTK m 55/1-a-2'deki *“Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek”* kapsamına girer. Çevresel iddia teşkil eden açıklamaların yanlış ve yanıltıcı nitelikte olması, tüketiciye iletilen her tür yolla iletilen bilgi açıklamasıyla olabilir¹⁴. Bu gerçek dışı ya da yanıltıcı açıklama, haksız rekabette bulunan kişiyi rakiplerinin önüne geçirecek nitelikte olmalıdır¹⁵.

⁶ FERRARI HOFER, Lorenza: Art. 2, UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Dike Verlag, 2018, s. 185 n. 34.

⁷ FERRARI HOFER, s. 180-181 n. 23.

⁸ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 20. Bası, İstanbul 2023, s. 13 n. 35 ve dn. 1.

⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 69-70 n. 185.

¹⁰ FERRARI HOFER, s. 176 n. 12.

¹¹ NOMER ERTAN, Füsün: Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2016, s. 121-124.

¹² Haksız rekabetin şartları hakkında bkz. NOMER ERTAN, s. 99 vd.

¹³ HEİZMANN, Reto: Art. 2, Wettbewerbsrecht II Kommentar, VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM, THG, OFK - Orell Füssli Kommentar 2., überarbeitete und erweiterte Auflage Orell Füssli Verlag 2021, s. 607 n. 9.

¹⁴ BLATTMANN, Andreas: Art. 3 Abs. 1 lit. a, UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Dike Verlag, 2018, s. 234 n. 11-12.

¹⁵ NOMER ERTAN, s. 123-124.

B. Koruyucu Davalar ve Tazminat Davaları

Yeşil aklama teşkil eden pazarlama stratejileri nedeniyle “müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan” kişilere, TTK m. 56 kapsamında koruyucu davalar olan tespit davası, önleme ve sona erdirme davası ile eski hale iade davası; maddi ve manevi tazminat davası açma imkânı tanınmıştır. Ayrıca TTK m. 56/1-c.son ile maddi tazminat davası yerine menfaat devri talebinde bulunma imkânı da tanınmıştır¹⁶. Koruyucu davalar bakımından haksız rekabet teşkil eden olgunun varlığı yeterliyken, tazminat davaları bakımından tazminat sorumluluğunun kurucu unsurlarından kusur ve zararın varlığı gerekir¹⁷.

TTK m. 56 kapsamında çevresel iddiaların haksız kullanımı sebebiyle pazarda ticari gücü ve hedef kitlesi zarar gören rakipler dava yoluna başvurabilir. Diğer yandan, ekonomik menfaatleri zarar gören veya zarar tehlikesiyle karşılaşan müşteriler, konumuz bağlamında tüketiciler bu üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer davaları açabilir. Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar ise sadece koruyucu davaları açabilir. Haksız rekabet bakımından özel bir zamanaşımı süresi öngören TTK m. 60’a göre dava açma yetkisi tanınan kişinin dava hakkı, haksız rekabet teşkil eden fiili öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halde haksız rekabet teşkil eden fiilden itibaren üç yıl sonra zamanaşımına uğrar.

Ancak belirtmek gerekir ki, haksız rekabet sebebiyle açılacak tazminat davaları ile menfaat devri talebi TTK m. 5/A dava şartı arabuluculuğa tabidir. Bu nedenle dava açmadan önce arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözülmesi için adım atılmalı, anlaşamama yoluyla sürecin sona ermesi halinde dava açılmalıdır. Aksi takdirde dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilir.

III. YEŞİL AKLAMANIN ÇEVREYE İLİŞKİN BEYANLAR İÇEREN REKLAMLAR HAKKINDA KILAVUZ İŞİĞİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Çevresel İddiaların Aldatıcı Reklam ve Haksız Ticari Uygulama Teşkil Etmesi

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 61/3’e göre aldatıcı reklam yapılması, m. 62/1’e göre ise tüketiciyi aldatıcı nitelikteki haksız ticari uygulamalar yasaktır. TKHK m. 62/3’e göre haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla gerçekleşmesi halinde m. 61 uygulama alanı bulur.

Haksız rekabetin engellenmesine ilişkin kurallara paralel olarak girişimcinin mal ve hizmetlerini tüketiciyi aldatıcı şekilde pazarlaması aldatıcı reklam ve haksız ticari uygulama teşkil eder. Bir reklamın yanlış veya yanıltıcı olması ya da eksik bilgi içermesi, böylece tüketiciyi aldatma ihtimaline sebebiyet vermesi ve tüketicinin satın alma kararını etkilemesi halinde bir aldatıcı reklam söz konusudur¹⁸. Bir reklamın veya ticari uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesi halinde ispat yükü girişimcidedir, yani girişimci haksız olmadığını ispatlamakla yükümlüdür (m. 61/6 ve m. 62/2).

¹⁶ Burada tanınan menfaat devri yaptırımının, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayandığı ve hükmün lafzının aksine maddi zararın hesaplanması yöntemi olmadığına ilişkin bkz. TANDOĞAN, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk –İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1957, s. 354; BAŞ SÜZEL, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 316; NOMER ERTAN, s. 426. Ancak Yargıtay’a ve öğretideki diğer bir görüşe göre bu hükümde menfaat devri, zararın hesaplanması yöntemi niteliğindedir, bkz. NOMER ERTAN, s. 425 dn. 959’daki yazarlar.

¹⁷ Davaların şartları için bkz. NOMER ERTAN, s. 398 vd.

¹⁸ BAYSAL, Başak / İNAL, Emrehan: Reklam Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 17; Aldatıcı reklamların tespitine ilişkin bkz. GÜZEL, Yakup: Reklam Hukuku, Yetkin, Ankara 2022, s. 168 vd.

Çevresel iddiaların aldatıcı reklamlar yoluyla tüketiciye iletilmesi halinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 61 vd, hükümlerine dayanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmelik (buradan sonra kısaca 'Yönetmelik' olarak anılacaktır) ve Yönetmeliğe dayanılarak hazırlanan "Çevreye İlişkin Beyanlar İçeren Reklamlar Hakkında Kılavuz" (Çevresel İddialar Kılavuzu) (buradan sonra kısaca 'Kılavuz' olarak anılacaktır) ve uygulama alanı bulur. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin 17. maddesine göre, "(1) Reklamlar, tüketicilerin çevre konusundaki duyarlılığını ya da bu alandaki olası bilgi eksikliğini istismar edecek biçimde yapılamaz. (2) Reklamlarda; çevresel işaret, sembol ve onaylar tüketicileri aldatıcı şekilde kullanılamaz. (3) Reklamlarda, çevresel etki konusunda sadece akademik kuruluşlarca kabul görmüş bilimsel çalışmalara dayalı bilimsel bulgular ve teknik gösterimler kullanılabilir. (4) İlgili mevzuatı gereği enerji etiketlemesi zorunlu olan mallara ilişkin reklamlarda, enerji verimliliğine veya fiyata dair bilgilerin yer alması durumunda, ilgili malın enerji verimliliği sınıfının belirtilmesi zorunludur." Yönetmelik bu düzenlemeyle tüketicilerin bilinçli tüketime yönelik hassasiyetlerinin ve tüketici ile üretici arasındaki bilgi asimetrisinin suiistimal edilmesini engellemeyi amaçlayarak yanıltıcı çevresel iddiaların reklamlar aracılığıyla iletilmesini yasaklamıştır.

Diğer yandan, reklamların doğru ve dürüst olması kuralını getiren Yönetmelik m. 7/1'e göre malın çevreye etkisi konusunda tüketiciyi doğrudan ve dolaylı olarak yanıltacak ifade ve görüntüler içeren reklamlar yanıltıcıdır (m. 7/5-a). Yine Yönetmelik m. 29'a göre "Bir mal ya da hizmetin çevreye etkileri bakımından aldatan veya aldatma ihtimali olan eylemler de aldatıcı eylem kabul edilir" (m. 29/2-a).

Yönetmeliğin getirdiği kurallara dayanan ve aldatıcı reklamları çevresel iddialar özelinde ayrıntılı olarak düzenleyen Çevresel İddialar Kılavuzu ise Çevresel İddialar Direktifi Taslağı'ndaki temel kuralları benimsemektedir. Kılavuzda genel olarak çevresel iddialar aracılığıyla tüketicilerin doğrudan veya dolaylı olarak yanıltılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Burada yanıltıcılık, her somut olay bakımından özel olarak ve ilgili mevzuata ya da teknik kurallara göre belirlenir. Bu kapsamda özellikle şu hususlar, çevresel iddiaların reklam hukuku kurallarıyla engellenmesi bakımından özel önem gösterir:

- Reklamlarda "yeşil", "sürdürülebilir", "eko", "doğa dostu", "çevre dostu", "çevreci sloganlar", "sıfır atık", "geri dönüştürülebilir", "çevre açısından güvenli", "enerji açısından verimli", "geri dönüştürülebilir", "karbon nötr", "yenilenebilir", "yeşil enerji" gibi genel geçer ifadelerin anlamı belirsiz şekilde kullanılamaz.
- Çevresel iddiaların gerçekleşmesi için özel şartlar varsa ayrıca açıkça belirtilmeli ya da detaylı açıklama gerekiyorsa tüketici bu detayların bulunduğu mecraya yöneltilmelidir.
- Çevresel iddia bir üretim süreci ya da özel bir bileşenin kullanılmasıyla bağlantılıysa, ürün veya hizmetin üretimi ve içeriği ilgili mevzuata uygun olması başlı başına bir çevresel iddia olarak ileri sürülmemelidir.
- Çevresel iddianın ürünün tamamına mı bir kısmı veya parçasına mı ilişkin olduğu açıkça belirtilmelidir.
- Çevresel iddianın karşılaştırmalı olması halinde karşılaştırmanın içeriğinin ve bu kapsamda özellikle reklam verenin kendisine ait aynı marka ve içerikte önceki ürünüyle mi yoksa rakiplerinin ürünleriyle mi karşılaştırma yaptığı açıkça belirtilmelidir.
- Gelecekte hedeflenen bir çevresel iddia söz konusu ise bu, kamuya açık ve doğrulanabilir bir strateji belgesinde yer verilmesi halinde reklamda kullanılabilir.
- Reklamlarda bir mal, hizmet veya ambalaja ilişkin belirtilen sertifika ve onayların ulusal yetkili kurum ve kuruluşlardan, üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınan bilgi ve belgeler ile doğrulanmış olması gerekmektedir.

- Bir mal veya ambalajının biyolojik yollarla bozulabilirliğine veya geri dönüşüme elverişliliğine, geri dönüştürülmüş materyalden üretildiğine ve üretiminde/sunumunda yenilenebilir enerji kullanıldığına ilişkin tüketiciler doğrudan veya dolaylı olarak yanıltılmamalıdır.

B. Aldatıcı Reklam Yasağına Aykırılığın Yaptırımı

Reklam hukukuna ilişkin kurallara aykırılığın yaptırımı durdurma, düzeltme veya idari para cezasıdır. TKHK m. 63/1'e göre Reklam Kurulu, mevzuata aykırı reklamlar bakımından, yapacağı inceleme ve denetim sonucunda *“durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme”* konusunda yetkilidir. TKHK m. 61/7 ve Kılavuzun 12. maddesine göre çevresel iddiaların aldatıcı reklam teşkil etmesi bakımından reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları, Kılavuza uygun davranmakla yükümlüdür.

Diğer yandan, Kılavuz m. 12/2'ye göre, Yönetmeliğe ve Kılavuza uygun olmayan reklamın veya ticari uygulamanın daha sonra düzeltilmesi veya telafi edilmesi reklam verenin veya ticari uygulamada bulunanın tespit edilen aykırılığa ilişkin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı düzenlenmiştir. Sorumluluğun ortadan kalkmaması, özellikle maddi ve manevi tazminat talepleri ile menfaat devri talebi bakımından söz konusu olur.

C. Örnek Kararlar

Aşağıda çevresel iddialara ilişkin bazı örnek kararlar verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, ihlal kararının ortak sebebi çoğunlukla reklam verenin ispat yükünü yerine getirmemesi, yani Yönetmeliğe göre çevresel iddianın üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite bağımsız araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış bilgi ve belgelerle ispatlanamamasıdır (Kılavuz m. 6/1).

1. Loreal - “%100 yenilenebilir enerji” (2022/4783)

İnternet sitesinde yer alan tanıtım metni şu şekildedir: *“2005 yılından bu yana, Grup 2020 yılına kadar %60 azaltmayı hedeflediği tesis ve dağıtım merkezlerindeki CO2 emisyonlarını mutlak olarak %78 azaltmayı başardı, üstelik aynı dönemde üretim hacmini %37 arttırdı. 2019 sonu itibarıyla, L'Oréal'in 14'ü fabrika olmak üzere, 35 tesisi karbon nötr oldu. Bu %100 yenilenebilir enerji kullandıkları anlamına geliyor. 2019 yılı sonunda, yeni veya yenilenmiş ürünlerimizin %85'inin çevresel ve sosyal profili geliştirildi. L'Oréal CDP'nin iklim değişimi, su yönetimi ve ormanların korunması alanlarında yaptığı derecelendirmelerde 4 yıl üst üst 3A notu alan tek şirkettir.”*

Reklam Kurulunun değerlendirmesine göre *“Yapılan incelemeler sonucunda; internet sitesinde yer alan tanıtımlarda yer alan “çevreye ilişkin beyan” niteliğindeki iddia ve gösterimlerin akredite olmuş veya akademik kuruluşlarca kabul görmüş bilimsel çalışmalara dayalı olarak ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin “İspat külfeti” başlıklı 9 uncu maddesinde yer alan esaslar çerçevesinde ispatlandığı ve Reklam Mevzuatı hükümlerine aykırı bir unsura rastlanmadığı değerlendirilmiş olup”* sonuç itibarıyla inceleme konusu tanıtımların aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. Sleepy - “Doğada Çözünen”, “Havayı Koruyan”, “Sıfır Karbon Hedefi” (2023/107)

Şikâyet edilen reklamlarda şu hususlar yer almaktadır:

- “Sleepy Extra”, “Sleepy Natural”, “Sleepy Bionatural”, “Sleepy Ecologic” ve “Sleepy Black” Hijyenik Ped ve Günlük Ped isimli ürün ambalajlarında “Sıfır Karbon Hedefi” ibaresine ve firmanın internet sitesinde yer alan açıklamalarda “Saf ve doğal içerikleriyle fark yaratan Sleepy’den yepyeni ped serisi! %0... OrganotinGDO-...Nonilfenol (...) Hipotalerjenik. Gluten içermez. (...) Doğal ve rahat. Sleepy Natural Ped serisi, doğal içeriğiyle aradığınız maksimum rahatlığı sunuyor. (...) Havayı koruyan. Sleepy Bionatural Ped Serisi, yoğun günlerde konfor sunarken biopolimer içeriğiyle karbondioksit salınımını da azaltmaya yardımcı oluyor. (...) Yarını düşünen. Sleepy Ecologic Ped Serisi, sunduğu üst düzey rahatlık ve toprakta çözünen içeriğiyle bugün kadar yarını da düşünenlerin yeni tercihi oluyor.”, “Kendimize Yeni Bir Hedef Belirledik; Sıfır Karbon Hedefi! Sıfır Karbon Hedefi çerçevesinde, üretim alanlarımızda, tedarik zincirimizde ve ürünlerimizde yeni güncellemeler belirledik. (...) Bu doğrultuda, toplamda 380.000.000 €’luk entegre üretim sistemlerine ve 230.000.000 €’luk da nihai ürün bantlarına yatırımı yaptık. (...) Dünyada benzersiz ürünlerimizi Sıfır Karbon Hedefi ile yeniden dizayn ettik. Ürün ambalajlarında %100 geri dönüştürülebilir filmler tercih ettik ve minimalist tasarımında bitki bazlı boyalar kullandık. 18.000 ton hammaddenin lojistik giderlerini 1.000 km’ye kadar azaltmış olduk. 1.200 tırın toplamda 1.200.000 km ulaşımını sağlayan 360.000 litre dizel yakıtın kullanımını engelledik. Sonuç olarak ayda 9.176.870 kg karbondioksit salınımını, yılda 110.122.440 kg karbondioksit salınımını engelledik. Bu rakam 34.848 arabanın bir yılda çevreye saldığı karbondioksit miktarına eş değerdedir. Ayda; 24.000 tahta palet kullanımını ve böylece 8.409 adet ağaç kesimini 720.000 kg koli kullanımını ve böylece 6.480 adet ağaç kesimini 76.000 kg plastik ambalaj malzemesinin kullanımını, 75.000 kg kimyasal solvent kullanımını, 30.000.000 litre su tüketimini, 540.000 kg hammaddenin fireye dönüşmesini ENGELLEDİK!”;
- “Sleepy Ecologic” ve “Sleepy Bionatural” isimli ürün ambalajlarında; “Şeker kamışından elde edilen biyopolimerler doğaya salınan karbondioksit miktarını ağırlıklarının 4 katına kadar engeller.”;
- “Sleepy Ecologic” isimli ürün ambalajlarında “Hijyenik ped doğada çözünebilir özelliindedir” .

Reklam Kurulu’nun değerlendirmesine göre,

- “Toprakta çözünen” ve “Doğada çözünen” şeklinde “çevreye ilişkin beyan” niteliğindeki ifadeler yer verildiği, ancak anılan ürünlerin tamamının toprakta ve doğada çözüldüğü iddiasının kamu kurum ve kuruluşlarından, üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış kanıtlar ile desteklenmediği,
- “Havayı koruyan” ve “(...)biopolimer içeriğiyle karbondioksit salınımını da azaltmaya yardımcı oluyor” iddialarının akademik kuruluşlarca kabul görmüş bilimsel çalışmalara dayalı olarak üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite bağımsız araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış bilgi ve belgelerle ispatlanamadığı,
- Söz konusu ürünün sadece film yüzeyinde biyopolimer kullanılmasına rağmen ürünün bu özelliğinin “havayı koruma” veya “karbondioksit salınımını azaltma” şeklinde genel nitelikteki kavramlar ile aktarılmasının yanıltıcı olduğu ve söz konusu tanıtımların tüketicilerin çevre konusundaki duyarlılığını ya da bu alandaki olası bilgi eksikliğini istismar edici nitelikte olduğu,
- “Sıfır Karbon Hedefi” iddiasına yer verildiği, gelecekte hedeflenen çevresel etkilere ilişkin beyanların yalnızca kamuya açık ve doğrulanabilir bir strateji belgesinde yer verilmesi halinde reklamlarda kullanılabileceği, ancak söz konusu hedefe ilişkin olarak <https://sleepy.com.tr/sifir-karbon-hedefi/> adresli internet sitesinde paylaşılan iddiaların üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış kanıtlar ile ispatlanamadığı değerlendirilmiş olup,

Reklam veren Eruslu Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.”

3. Kotex Natural – “%100 Doğal” (2023/6779)

Şikâyet edilen reklamlarda şu hususlar yer almaktadır:

- Firmaya ait “Kotex Natural” isimli ürün ambalajı üzerinde ve @kotexturkiye isimli instagram hesabında yer alan tanıtımlar: “Firmaya ait @kotexturkiye isimli instagram hesabında; <https://www.instagram.com/reel/CtQ2BJbqJpO/> adresli internet sitesinin 29.08.2023 tarihli görünümünde; “%100 Doğal*...” “*Pedin cilde temas eden merkezi %100 pamuktan oluşmaktadır. Tamponun emici merkezindeki malzeme viskozdur. Viskozun üretimindeki ham madde ağaçtır.”
- Tüketici yorumu olarak: “<https://www.instagram.com/reel/CoJsCLXKfJs/> adresli internet sitesinin 29.08.2023 tarihli görünümünde; beş yıldız görseli ile birlikte “Gece Natural’ın %100 pamuk oluşu çok konforlu, kesin deneyin derim.”
- “Kotex Natural” isimli ürün ambalajlarında ise; “...Doğaya Duyarlı” ve “Vücuda en uyumlu koruma” ifadelerine yer verildiği tespit edilmiştir.

Reklam Kurulu’nun değerlendirmesine göre,

- “firmaya ait, <https://www.instagram.com/reel/CtQ2BJbqJpO/> adresli internet sitesinin 29.08.2023 tarihli görünümünde yer verilen “%100 Doğal*...” “*Pedin cilde temas eden merkezi %100 pamuktan oluşmaktadır. Tamponun emici merkezindeki malzeme viskozdur. Viskozun üretimindeki ham madde ağaçtır.” ifadelerinin ana vaad ile esaslı unsur arasında uyumsuzluk gerçekleştirdiği,
- <https://www.instagram.com/reel/CoJsCLXKfJs/> adresli internet sitesinin 29.08.2023 tarihli görünümünde; tüketici yorumu olduğu algısı yaratılacak şekilde beş yıldız görseli ile birlikte yer verilen “Gece Natural’ın %100 pamuk oluşu çok konforlu, kesin deneyin derim.” ifadesinin gerçek bir tüketici yorumu olduğunun bilgi ve belgelerle kanıtlanamadığı,
- inceleme konusu ürün ambalajlarında yer alan “...Doğaya Duyarlı” ifadesinin genel nitelikte bir kavram olduğu, firmanın “duyarlı” olduğunu ileri sürdüğü konular hakkında tüketicilerin ürüne ilişkin algısında bir netlik oluşturmadığı, ürünün doğaya nasıl, üretim ve/veya kullanım sürecinin hangi aşamasında ve hangi kısımlarının doğaya duyarlı olduğu hususuna ilişkin tüketiciye net ve anlaşılır bir mesaj verilmediği, genel nitelikte kullanılan bu kavramın açıklama yapılmadan ve söz konusu ürünün çevreye etkilerine ilişkin olarak tüketiciler nezdinde belirsizliğe yol açtığı,
- inceleme konusu ürün ambalajlarında yer alan “Vücuda en uyumlu koruma” ifadesine ilişkin sunulan tüketici araştırmasının öznel değerlendirmeler içerdiği, ayrıca “Ürünün bir önceki versiyonuna göre” ifadesine yer verilse de tanıtımlarda “en” ifadesine yer verilmesi ile; Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin “İspat külfeti” başlıklı 9 uncu maddesinde yer alan “3) Karşılaştırmalı reklamlarda yer alan ve karşılaştırmaya konu edilen iddialar, her halükarda üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite ya da bağımsız araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış bilgi ve belgeler ile kanıtlanmak zorundadır.” hükmüne aykırı tanıtımlara yer verildiği değerlendirilmiştir.”

Sonuç itibarıyla Reklam Kurulu, reklam veren Kimberly-Clark Tüketim Malları San. ve Tic. A. Ş. hakkında reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.



SONUÇ

Tüketicilerin bilinçli ve sorumlu tüketim tercihlerinde bulunma isteği ve tüketiciler ile üreticiler arasındaki bilgi asimetrisi, tüketicileri girişimcilerin yanıltıcı pazarlama stratejilerine açık hale getirmiştir. Bu tür ticari uygulamalar çevresel iddialara dayanan yeşil aklama stratejileri olarak adlandırılmaktadır.

Türk hukukunda yeşil aklama uygulamaları; tüketici hukukunda ayıp sorumluluğu, haksız rekabet hukukunda dürüstlük kuralına aykırı uygulamaların engellenmesi yoluyla ve aldatıcı reklamlara karşı tüketicinin korunmasına ilişkin mevcut kurullarla korunabilmektedir. Bu kapsamda özellikle Türk reklam hukukunda yakın zamanda yürürlüğe giren düzenlemelerin AB Mevzuatındaki Açık Çevresel İddiaların Kanıtlanması ve İletilmesine İlişkin Direktif Taslağı ve 2024/825 sayılı Direktif'i yakından takip ettiği görülmektedir. Tüketici işlemlerinde ayıp sorumluluğuna ve haksız rekabetin engellenmesine ilişkin genel kurullar ise çevresel iddiaların yanıltıcı olarak ileri sürülmesinin engellenmesi için yeterli hukuki zemin sunmaktadır.

KAYNAKÇA

ATAMER, Yeşim / BAŞ, Ece: “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, Cilt 88, Özel Sayı 1, 2014, s. 19-60.

BAŞ SÜZEL, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

BAYSAL, Başak / İNAL, Emrehan: Reklam Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.

BLATTMANN, Andreas: Art. 3 Abs. 1 lit. a, *UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Dike Verlag, 2018.

FERRARİ HOFER, Lorenza: Art. 2, *UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Dike Verlag, 2018.

GÜZEL, Yakup: Reklam Hukuku, Yetkin, Ankara 2022.

HEİZMANN, Reto: Art. 2, *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, VKU, SVKG, VertBek, PÜG, BöB, UWG, BGBM, THG, OFK - Orell Füssli Kommentar 2., überarbeitete und erweiterte Auflage Orell Füssli Verlag 2021.

KAPANCI, Kadir Berk: Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha, İstanbul 2012.

NOMER ERTAN, Füsün: Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2016.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 20. Bası, İstanbul 2023.

TANDOĞAN, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk –İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1957.

YAVUZ, Cevdet: Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta, İstanbul 1989.

**VERGİ USUL KANUNU'NDA DEFTER, KAYIT VE BELGELERİ GİZLEME SUÇUNUN SUSMA HAKKI
KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ***

**EVALUATION OF THE CRIME OF HIDING BOOKS, RECORDS AND DOCUMENTS IN THE TAX
PROCEDURE LAW WITHIN THE SCOPE OF THE RIGHT TO SILENCE**

Ufuk BOZOĞLU*

ÖZET

Varlıklarını sürdürmek isteyen devletlerin gelir kaynaklarının başında vergiler gelir. Çeşitli gerekçelerle bireyler vergi ödememek veya daha az vergi ödemek amacıyla vergi kaçırma veya vergiden kaçınma eylemlerinde bulunabilmektedir. Birey ve devletin vergi konusunda karşı karşıya gelmesi ve çıkarlarının çatışması kaçınılmazdır. Modern vergi sistemleri verginin tarh ve tahakkuku için beyan sistemini esas almaktadır. Bu sebeple vergilendirme sürecinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi ve varsa aksaklıkların doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için defter, kayıt ve belgelerin düzenlenmesi, muhafaza edilmesi, istenildiğinde ibraz edilmesi son derece önem arz etmektedir. Vergiler ile ilgili mükelleflere yüklenmiş çeşitli ödevlerin ihlal edilmesi durumunda çeşitli yaptırımlar gündeme gelmektedir. Bu yaptırımlardan bazıları idari yaptırımlar olabilirken bazıları ise hürriyeti bağlayıcı cezaları da içeren adli yaptırımlar olabilmektedir. Ülkemizde hürriyeti bağlayıcı yaptırımlar öngörülen vergi suçlarından en çok karşılaşılanı vergi kaçakçılığı suçudur. Vergi kaçakçılığı suçları arasında yer alan defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçu bu çalışmanın ana konusu olup Vergi Usul Kanunu 359/a-2'de düzenlenmiştir. Susma hakkı; tüm modern hukuk sistemlerinde yer alan, kişi özgürlüğünü ve hukuki güvenliğini sağlamaya hizmet eden ana ilkeler arasında kendine yer bulmaktadır. Susma hakkının defter, kayıt ve belgeleri gizleme fiilini de kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışmalı bir alandır. Bu çalışma ile doktrinde yer alan çeşitli görüşler ile ulusal ve uluslararası çeşitli mahkeme kararları ışığında söz konusu bu suçun susma hakkı kapsamında değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeple öncelikle gizleme suçu ayrıntılarıyla ele alınmış ve sonrasında susma hakkına kapsamlı bir şekilde yer verilerek susma hakkının tarihsel gelişimi ortaya konulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın sonunda gizleme suçu ile susma hakkı birlikte ele alınarak susma hakkının ihlal edilip edilmediği ve mevcut durumun Anayasa'ya aykırılık oluşturup oluşturmadığı konusu farklı görüşlere de yer verilerek tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vergi kaçakçılığı, Susma hakkı, Gizleme suçu, Vergi Usul Kanunu, Defter ve belge ibraz etmeme

ABSTRACT

Taxes are the primary source of income for states that want to maintain their existence. For various reasons, individuals may engage in tax evasion or tax avoidance in order not to pay taxes or to pay less tax. It is inevitable that the individual and the state will come into conflict regarding taxes and their

* Bu çalışma, yazarın aynı isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, ufukbozoglu04@hotmail.com.tr, ORCID ID: 0000-0003-1602-7139

interests will conflict. Modern tax systems are based on the declaration system for the assessment and accrual of taxes. For this reason, it is extremely important to organize, preserve and present books, records and documents when requested, in order for the taxation process to function properly and to detect any deficiencies, if any, accurately. In case of violation of various duties imposed on taxpayers regarding taxes, various sanctions come to the fore. Some of these sanctions may be administrative sanctions, while others may be judicial sanctions, including deprivation of liberty. In our country, the most common tax crime that imposes sanctions is tax evasion. The crime of hiding books, records and documents, which is among the tax evasion crimes, is the main subject of this study and is regulated in the Tax Procedure Law 359/a-2. The right to remain silent; it finds its place among the main principles that exist in all modern legal systems and serve to ensure personal freedom and legal security. Whether the right to remain silent also includes the act of hiding books, records and documents is a controversial area in the doctrine. This study aims to evaluate this crime within the scope of the right to silence in the light of various opinions in the doctrine and various national and international court decisions. For this reason, first of all, the crime of concealment was discussed in detail and then the historical development of the right to silence was tried to be revealed by giving a comprehensive place to the right to remain silent. At the end of the study, the crime of concealment and the right to remain silent were considered together and the issue of whether the right to remain silent was violated and whether the current situation constituted a violation of the Constitution was discussed, including different opinions.

Keywords: Tax evasion, Right to silence, Crime of concealment, Tax Procedure Law, Failure to submit books and documents

GİRİŞ

Kamu harcamalarını finanse etmek amacıyla ve maliye politikası aracı olarak kullanılan gerek merkezi yönetim gerekse yetki verilen mahalli idareler ve diğer kamu kuruluşları tarafından tahsil edilen cebri ve karşılıksız en önemli kamu geliri olan vergiler, kamunun normal gelirleri arasında yer almaktadır.¹ Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) vergi mükelleflerine çok sayıda şekli ve maddi ödev yüklenmiş durumdadır. Bu ödevlere aykırılık durumları için aykırılığın şiddetine göre birtakım idari ve adli yaptırımlar öngörülmüştür. Bu yaptırımlardan en tartışmalı olanlardan birisi vergi kaçakçılığı suçları arasında sayılan defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçu için hapis cezasının öngörülmüş olmasıdır. Defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçu için özgürlüğü kısıtlayıcı yaptırım öngörülmüş olmasının susma hakkını ihlal edip etmediği doktrinde tartışmalı bir konudur. Bu çalışma ile doktrinde yer alan çeşitli görüşler ile ulusal ve uluslararası çeşitli mahkeme kararları ışığında defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçunun susma hakkı kapsamında değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda ilk olarak defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçu ele alınacak sonrasında susma hakkına yer verilecektir.

¹ BATI, Murat: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 415.

I. DEFTER, KAYIT VE BELGELERİ GİZLEME SUÇU

Defter, kayıt ve belgelerin saklama mecburiyeti ve istenildiğinde ibraz edilmesi mükelleflere yüklenmiş önemli ödevler arasında yer almaktadır. Defter, kayıt ve belgelerin belirli bir zaman müddetince muhafaza edilmesi ve çeşitli amaçlarla ibrazının talep edildiği durumlarda yetkili makamlara sunulma mecburiyeti muhafaza ve ibraz ödevini ortaya koymaktadır. Vergi Usul Kanunu 253'üncü madde defter tutma zorunluluğu olanların, tutmuş oldukları defterler ile düzenleyip aldıkları veya verdikleri belgelere ilişkin asılları ve suretleri, içinde oldukları seneyi izleyen takvim yılından itibaren beş sene süre ile saklama zorunluluğunu hüküm altına almıştır. VUK 359/a-2'de uncu maddenin a fıkrası 2 numaralı bendinde "Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. 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." denmektedir.

A. Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçunun Mahiyeti ve Korunan Hukuki Değer

Gizlemek fiili Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "saklamak, görünmeyecek, belli olmayacak bir yere veya bir duruma koymak; bilerek ve isteyerek bir olguyu haber vermemek" anlamına gelmektedir.² Defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçunda; gerçekten bir vergi kaybının doğmasının gerekmemesi sebebiyle söz konusu suç, tehlike suçu niteliğindedir. Defter, kayıt ve belgeleri gizleme fiili ile korunan hukuki yarar, devletin gelirlerinin ve kamu yararının tesisi olduğu gibi aynı zamanda kamu güveni ile kamu düzeninin bozulmamasını temin etmektir.³ Bununla birlikte gizleme suçunda diğer korunan hukuki değerlerin kanuna aykırı hareketlerde bulunmayan, vergisini zamanında ve tam ödeyen, sistemin gerektirdiği yükümlülüklerle gereği gibi uyan dürüst mükelleflerin çıkarını korumak ve vergiyle ilgili konularda devletin vergi ile sağladığı geliri ve yararı korumak olduğu söylenebilir.⁴

B. Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçunda Hareket

Suçtan söz edebilmek için öncelikle dış dünyada etki bırakan bir fiil mevcut olmalıdır. Bir fiilin mevcut olmaması durumunda ele alınacak suç için diğer unsurların bulunup bulunmadığının önemi kalmayacaktır.⁵ Kanunilik ilkesi gereği gizleme suçunun vücut bulabilmesi için gereken fiillere aşağıda yer verilmiştir.

a. Tutma Zorunluluğu Bulunan Defter, Kayıt ve Belgelerin İbraz Edilmemesi

² Türk Dil Kurumu, (çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, (04.11.2023)

³ AĞAR, Serkan: Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 189.

⁴ ATAMAN, Ebru Naciye: Vergi Kaçakçılığı Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2023, s. 22.

⁵ ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 373.

Gizleme suçundan bahsedebilmek için ilk olarak ibraz edilmesi istenen defterlerin kanunen tutulma zorunluluğu getirilen defterler olması ve istenen belgelerin ise yasalarca düzenlenme zorunluluğu getirilen belgeler olması şartı vardır.⁶

b. Defter, Kayıt ve Belgelerin Varlıklarının Noter Tasdik Kayıtları veya Sair Suretlerle Sabit Olması

Tutulması zorunlu olmasına rağmen varlığı noter kayıtları veya sair suretle sabit olmayan defter, kayıt ve belgelerin ibrazının gerçekleştirilmemesi durumunda gizleme suçunun varlığından bahsedilemeyecektir.⁷ Gizleme fiilinin tanımında yer alan “sair suretlerle sabit olma” unsuru da somut olayın özelinde ortaya konulmalıdır. Somut olaya özgü olarak sair suretlerle sabit olma durumu; ticaret odası kayıtları, borsa komiserliği kayıtları, anlaşmalı matbaa basım formları, ticaret sicil memurluğu kayıtları, vergi dairesi kayıtları, mahkeme kararları ve kayıtları gibi deliller ile ortaya konulabilir.⁸

c. Defter, Kayıt ve Belgelerin Saklama Süresi İçinde ve Saklama Yükümlülüğü Devam Ederken İstenmesi

VUK m. 253’de defter düzenleme zorunluluğu getirilmiş mükelleflerin, tuttıkları defterlerini beş sene süre ile saklaması gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu süre defter ve belgelerin ilgili olduğu yılı takip eden takvim yılından başlar. Defter tutma ile yükümlü kılınmayanlar açısından beş yıllık süre, düzenlemek mecburiyetinde oldukları müstahsil makbuzu, gider pusulası, faturaların düzenleme tarihini takip eden yıldan başlar.⁹ Beş yıllık saklama süresinin bitmesinin ardından istenecek defter, kayıt ve belgeler açısından artık ibraz yükümlülüğünden bahsedilemeyecek ve dolayısıyla gizleme suçu oluşmayacaktır.¹⁰

d. Defter, Kayıt ve Belgelerin Vergi İncelemesi Esnasında Vergi İncelemesine Yetkili Kimselerden Gizlenmesi

VUK uyarınca vergi incelemesine yetkili olanlar; vergi müfettişi, vergi müfettiş yardımcısı, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri olarak sayılabilir. GİB taşra ve merkez teşkilatlarında müdür kadrosunda görev icra edenler her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisine haiz durumdadır. Her ne kadar VUK’ta defter, kayıt ve belgelerin yeminli mali müşavirler tarafından ibrazının istenebileceği düzenlenmişse de bu kişiler vergi incelemesine yetkili olmadığı için mükellef tarafından söz konusu belgelerin ibraz edilmemesi durumunda gizleme suçu oluşmayacaktır. Bununla beraber vergi incelemesi kapsamında yapılmayan aramalar ve yoklamalarda defter, kayıt ve belgelerin ibraz

⁶ UZUN, Taha Kürşat: Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019, s. 44.

⁷ UYANIK, Mustafa: Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Defter, Kayıt ve Belgelerin Gizlenmesi veya İbraz Edilmemesi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2014, s. 94.

⁸ ÜMİT, Ceyda: “Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçunda Cezai Sorumluluk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 0(4), 2021, s. 1275.

⁹ UZUN, s. 44.

¹⁰ AĞAR, s. 234.

edilmesinin istenmesi sonucu mükellef tarafından ibrazının sağlanmaması durumunda yine gizleme suçunun oluşmayacağı söylenebilir.¹¹

e. Defter, Kayıt ve Belgelerin İbraz Edilmesi İçin Süre Verilmiş Olması

VUK mük. 355/3 maddesinde belge ve defterleri verilen sürede ibraz etmeyen ve bu sebeple haklarında özel usulsüzlük cezası verilen vergi ödevlisine, belge ve defterlerin ibrazını istemek için ikinci kez süre verilmesi hüküm altına alınmıştır. Vergi ödevlisince defter ve belgelerin ibraz ödevinin ilk kez ihlali halinde sadece özel usulsüzlük cezası, ibraz ödevinin tekrar verilmiş olan sürede ikinci kez ihlal edilmesi halindeyse hem bir kat artırılmış özel usulsüzlük cezası hem de özgürlüğü bağlayıcı cezanın verilmesi öngörülmüştür. Bu noktadan hareketle birinci gizleme eylemi vergi kabahatine, ikinci gizleme eylemi ise hem vergi kabahatine hem de vergi kaçakçılığı suçuna sebebiyet verecektir.¹² Gizleme suçunun oluşması için vergi incelemesinin usulüne uygun yapılması önemlidir. VUK 139'uncu maddesine göre vergi incelemeleri esas itibarıyla dairede yapılır. İncelemenin dairede yapılması incelemeye tabi olanın iş yerinde tespit yapılmasına ve çalışmalarda bulunulmasına engel oluşturmamaktadır. Mükellef ve vergi sorumlusunun talep etmesi ve iş yerinin müsait olması halinde incelemenin işyerinde de yapılması mümkündür. İncelemeye tabi olanın defter ve belgeleri daireye getirmesi kendisinden yazılı olarak istenir. İstenilen defter ve belgeleri belli edilen zamanda mazeretsiz olarak getirmeyenler bunları ibraz etmemiş sayılır. İncelemeye tabi olanın geçerli bir mazeret göstermesi durumunda uygun bir mühlet verilir. Tebligat ile birlikte mükelleften belirtilen süre içerisinde belge ve defterlerin ibraz edilmesi istenir. Bu durumda mükellefe verilen sürenin 15 günden az olmaması gerekir. Mükelleflere yapılan tebligatların vergi işlemleriyle ilgili olması sebebiyle VUK'un tebligata ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹³

f. Defter, Belge ve Kayıtların İbraz Edilmemesinin Haklı Bir Nedene Dayanmaması

Gizleme suçundan bahsedebilmek için VUK 253'üncü maddesinde belirtilen beş yıllık saklama süresi ya da kullanım süresi içinde defter, kayıt ve belgelerin ibrazının istenmesi gerekir. Ancak mücbir sebeplerin söz konusu olması durumunda bu mücbir sebeplerin ortaya çıktığı tarihten, mücbir sebeplerin sona erdiği tarihe kadar sürelerin işlemeyeceği açıktır. Yargıtay'ın da benimsediği görüşe göre mücbir sebeple ibraz edememenin söz konusu olduğu durumlarda kastın ortadan kalktığı kabul edilir.¹⁴ VUK 13'üncü maddesinde mücbir sebepler; vergi ödevlerinin gereğinin yapılmasına imkân vermeyecek ölçüde ağır hastalık, ağır kaza ve tutukluluk; vergi ödevlerinin gereğinin yapılmasına imkân vermeyecek yer sarsıntısı, yangın ve su basması gibi afetler; kişinin iradesi haricinde meydana gelen mecburi gaybubetler; sahibinin iradesi haricindeki nedenler dolayısıyla defter ve vesikaların elinden çıkmış bulunması, gibi hallerdir. Mücbir sebepler yasa metninde yer alan "gibi haller" ibaresi sebebiyle sayılanlarla sınırlı değildir.

¹¹ ATAMAN, s. 34.

¹² AĞAR, s. 91.

¹³ BAYRAM, Mehmet: "Yargı Kararları Işığında Defter ve Belgelerin İbrazı Meselesi", *Vergi Raporu Dergisi*, S. 24, 2020, s. 112.

¹⁴ ATAMAN, s. 35.

C. Defter, Kayıt ve Belgelerin Sonradan Mahkemeye Sunulması

Mükelleflerin kanunda öngörülen belge ve defterlerini mücbir sebeplerle ya da mücbir sebepler olmadan vergi incelemesine yetkili olanlara ibraz etmeyip yargı aşamasında mahkemeye ibraz etmesi durumu doktrinde uzun süre tartışılan bir konu olmuştur. Gerek ilk derece mahkemelerinde gerekse Danıştay nezdindeki Dava Daireleri kararlarında ve Vergi Dava Daireleri Kurulu kararlarında içtihat farklılıkları oluşmuştur. Bu sebeple aynı fiil nedeniyle aynı durumdaki mükelleflerin farklı hukuki sonuçlar ile karşılaşması durumu yaşanmıştır. Bu farklılıkları ortadan kaldırmak için Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu tarafından E. 2013/3 ve K. 2019/1 verilen içtihadı birleştirme kararı 25.07.2019 tarihli 30842 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.¹⁵ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı sonrası mükelleflerin mücbir sebepten dolayı ilgili yasal defter ve belgelerini ibraz etmemesi durumu VUK m. 30/3 gereğince re’sen tarhiyat nedeni sayılacağı konusunda tereddütler giderilmiş ancak ispat külfeti mükelleflerden vergi inceleme elemanlarına geçmiştir. Yine benzer şekilde Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı ile belge ve defterlerin mücbir sebeplerle ibraz edilememesi halinde KDV indirimlerinin tümünden reddedilme ve vergi ziyası cezası kesilebilme durumu için vergi inceleme elemanları tarafından kanuni şartların mevcut olmadığının ortaya konulması gerekecektir. Yani başka bir deyişle ispat külfeti mükelleflerden vergi müfettişlerine geçmiş bulunmaktadır. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararıyla defter ve belgelerin kanunen ve hukuken kabul edilebilir mücbir sebeplerle inceleme için ibraz edilmemesi re’sen tarh nedeni olmakla beraber, ibraz ödevinin yerine getirilmediğinden bahisle yapılan tarhiyatın hukuka uygun düşmeyeceğine karar verilmiştir.¹⁶

II. SUSMA HAKKI

Günümüzde çok doğal bir hak görünümünde olan susma hakkının; fiili bir olanak olma haricinde gerçek bir hak olarak ortaya çıkması şüphesiz uzun bir gelişim süreci sonunda olmuştur. Sanık veya şüphelilerin ispat aracı olarak görüldüğü katı tahkik sisteminde gerekmesi durumunda sanık veya şüphelinin zor kullanarak konuşturulmasından çekinilmemiştir. Fakat ceza muhakemesinde amacın gerçeğe ne pahasına olursa olsun değil; sanık veya şüphelinin insanlık onurunu dikkate alacak şekilde ortaya çıkarılması gerektiği kabulünden sonra sanık veya şüpheliye susma ya da konuşma konusunda tercihte bulunma hakkı tanınmıştır.¹⁷ Susma hakkı, sanığın korunması ve gerçeğin öğrenilmesi için hukuka aykırı yöntemlere başvurulmayan bir yargılama sürecini garanti etmeye hizmet eder.¹⁸ Susma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında zımnen, Anayasada ise “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” denilerek açıkça ifade edilmiştir. Susma hakkıyla; suçla itham edilen kişilerin,

¹⁵ AKÇAY, Ersin: “Defter ve Belgelerin İbraz Edilmemesi: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun Nihai Kararı”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S.381, Haziran 2020, s. 88.

¹⁶ AKÇAY, s. 89.

¹⁷ ESER, Albin: “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3, Temmuz 1990, s. 328.

¹⁸ YALTI, Billur: “Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK, 359) (a) (2)’nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 285, Mayıs 2005, s. 26.

kendilerine isnat edilen suçla alakalı sessiz kalmak istemesi halinde bu isteğine yargılamada görev alan makamlarca saygı gösterilmesine imkân tanınmaktadır.¹⁹

“Nemo tenetur se ipsum accusare” başka bir deyişle kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesinden doğan susma hakkı, hiç kimsenin kendisine karşı soruşturmanın veya kovuşturmanın yürütülmesine kendisinin katkıda bulunmaya zorlanamamasını güvence altına alır. Sanık veya şüphelinin ifade hürriyetini kullanma biçimlerinden birisi de susma hakkıdır. Susma hakkını kullanan sanık veya şüphelinin suskun kalması sebebiyle bu suskunluğundan kendisi aleyhine sonuçlara ulaşılamayacağı Yargıtay içtihatlarıyla yeknesak bir hale bürünmüştür.²⁰ Suç isnadı altında olan kişinin kendisini söz konusu suç isnadından kurtarma yükümlülüğü yoktur. Yöneltilen suç isnadının doğruluğu şüphe kalmayacak şekilde ispat edilmediği müddetçe var olan şüpheler sanık veya şüpheli lehine değerlendirilecektir.²¹ AİHM kararlarında kamu düzeni ve güvenliğe ilişkin de olsa susma hakkının özüne dokunulamayacağı vurgulanmaktadır. Ayrıca susma hakkı kapsamında yalnızca aktif ifade vermenin reddedilmesi değil, belgeler ve ticari kayıtların da verilmesinin reddedilmesi olduğu ifade edilmektedir.²²

A. Susma Çeşitleri

Susmanın tam, kısmi ve geçici susma şeklinde 3 farklı türde ortaya çıktığı söylenebilir. Şüpheli veya sanığın suçlamaların tamamı açısından susması, tüm soruları cevapsız bırakması ya da hakkındaki suçlamaları bütünüyle inkâr etmesi durumunda tam susma durumu söz konusuysen bazı soruları yanıtlayıp bazı soruları cevapsız bırakması ya da birtakım bilgileri vermekten kaçınması kısmi susma şeklinde tanımlanabilir. Geçici susma durumu ise ceza muhakemesinde belli bir aşamada bireyin susmasını, diğer bir aşamada ise konuşmayı tercihte bulunması durumunda ortaya çıkmaktadır.²³

B. Susma Hakkının Kapsamı

Susma hakkı ile sanık veya şüphelinin kendi aleyhlerine yürütülen ceza davalarına aktif olarak katkıda bulunmasına karşı koruma sağlamaktadır. Susma hakkı adil yargılanma hakkının özünde yer almaktadır. Susma hakkı suçsuzluk karinesinin bir tür sonucu olarak görülmesi mümkündür. Susma hakkı ispat yükünün sanık veya şüpheliye yüklenmesini önleyerek kişi ile devlet arasında adilane bir dengenin sağlanmasına hizmet etmektedir.²⁴ AİHM içtihatlarında susma hakkı; sanık veya şüphelinin hem kendi aleyhine olan beyanlarda bulunmama, hem de aleyhine olarak değerlendirilebilecek herhangi bir belgeyi yargılama makamlarına vermeme hakkını içerecek şekilde ifade edilmektedir. AİHM idari

¹⁹ KOCAOĞLU, Serhat Sinan: “Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, 2011, s. 38.

²⁰ ÖZDEMİR, Didar: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2017, s. 162.

²¹ KAYA, Zehra: Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasası, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 10.

²² DOĞAN, İlhan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı “6. Madde”, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2008, s. 97.

²³ KOCAOĞLU, s. 38.

²⁴ HAYDAR, Nuran: Susma Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 83.

makamlara, yasal zorlamalar ile verilen ifadelerin, ifadeden sonraki süreçte kişi aleyhine açılmış bir ceza davasında kullanılmasının da susma hakkını ihlal edeceği görüşündedir.²⁵

C. Susma Hakkının Sınırları

Sınırlamaya ilişkin ilgili maddesinde herhangi bir sebep öngörülmeleyen bir hakkın, bu hakkın sahibi olacak kişiler veya bu kişilerin konumları bakımından sınırlandırılması imkânı olmayacaktır. Susma hakkını kullanabilecek kişilerin şüpheli veya sanık statüsü ile sınırlı olmayacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Şüpheli veya sanığın susma hakkını kullanmasında susmanın sınırlarının ne olması gerektiği konusunda çeşitli görüşler vardır. Susma hakkına hiçbir sınır çizilemeyeceği, sanık veya şüphelinin kendine yöneltilen soruların hepsini cevapsız bırakabileceğini savunan görüşler olmakla birlikte susma hakkının birtakım sınırları olması gerektiğini savunan farklı görüşler de mevcuttur.²⁶ Susma hakkına ilişkin sınırların ne olması gerektiği sorusu, çatışma halinde olan çıkarlardan hangi çıkara öncelik verilmesi gerektiğiyle yakından ilişkilidir. Maddi gerçeğe ulaşmanın sanık veya şüphelinin bir muhakeme nesnesi olması pahasına istenmesi durumunda susma hakkı kolaylıkla sınırlandırılabilir. Sanık veya şüphelinin bir muhakeme objesi olarak değil bir muhakeme süjesi olarak görülmesi ve maddi gerçeğe insan onuruna yaraşır şekilde ulaşmanın önemsendiği hukuk sistemleri için ise susma hakkının sınırlarının çok daha geniş olacağı söylenebilir.²⁷

D. Susma Hakkına Aykırılığın Sonuçları

Susma hakkının yakalamanın gerçekleşmesinden itibaren hem sorgu ve ifade esnasında hem de duruşmanın gerçekleşmesi esnasında kendisine suç isnat edilen kişiye anlatılması, hatırlatılması ve öğretilmesi gerekir.²⁸ Susma hakkına aykırılığın sonuçları değerlendirilirken mutlak kabul, mutlak ret ya da nispi yaklaşım gündeme gelmektedir.²⁹

a. Mutlak Kabul Yaklaşımı

Mutlak kabul yaklaşımını savunanlar hukuka aykırı elde edilen kanıtların hükme esas alınmamasının, suçluların işine yarayacağı görüşündedirler. Toplanan delillerin hukuka aykırı olması dolayısıyla serbest kalan şüpheliye ve hukuk düzenine karşı mağdurun kendisi ya da toplumun fertlerinden bazıları nefret besleyebilir ve kendi adaletini sağlama düşüncesi ile farklı boyutlarda sıkıntılar yaşanması söz konusu olabilir.³⁰ Mutlak kabul yaklaşımını savunanların dayandığı ana nokta kamu menfaatidir. Mutlak kabul yaklaşımında, nasıl elde edildiğinin önemi olmaksızın maddi olayı ispat bakımından tüm delillerin

²⁵ KAN AYDIN, Çağrı: “Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.91, 2010, s. 159.

²⁶ KARANLIK, Meltem: Susma Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 35.

²⁷ ESER, s. 342.

²⁸ COŞKUN, Yuzarsif Selçuk: “Ceza Muhakemesinde Susma Hakkı ve Bağlantılı Haklar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.157, 2021, s. 246.

²⁹ KOCAOĞLU, s. 51.

³⁰ İNANKUL, Hakan: Yasak Sorgu Yöntemleri ve Bunların Sonucunda Elde Edilen Delillerin Hukukumuzda ve Batı Hukukunda Geçerliliği, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2005, s. 138.

değerlendirilmesi bununla birlikte delillerin hukuka aykırı yollardan elde edilmesinin bir suç teşkil etmesi durumunda söz konusu hukuka aykırılığa sebep olan kişinin ayrıca cezalandırılması gerektiği savunulur. Bu yaklaşımda delil hukukuna ilişkin usulsüzlükler yüzünden failin cezasız kalmaması gerektiği anlayışı hâkimdir. Ancak günümüz ceza muhakemesinde bu anlayış geçerli değildir.³¹

b. Mutlak Ret Yaklaşımı

Mutlak ret yaklaşımında hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin başka herhangi bir ölçüt aranmadan ve hükme etkisine bakılmadan değerlendirme dışında tutulması söz konusudur. Türk hukuku bakımından mutlak ret yaklaşımının geçerli olduğu söylenebilir.³² Nitekim Anayasa'nın 38/6 maddesinde "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" denilerek mutlak ret yaklaşımı vurgulanmıştır. Hukuka aykırı delillerin muhakemede değerlendirilmesi halinde; hukuk dışı davranışların legalleşmesi, vatandaşların hukuka olan güvenlerinin azalması, kolluk güçlerinin kendilerine en kolay gelen yoldan bilimsel yöntemleri kullanmadan yasaklanmış sorgu yöntemlerini seçmeleri gibi sakıncalar gündeme gelecektir. Yasak sorgu yöntemleri sonucunda ortaya çıkan kanıtların değerlendirme dışında bırakılacağını bilen kolluk görevlilerinin yasak yöntemlere başvurması beklenmeyecektir. Böylelikle kişi hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi tehlikesi azalmış olacaktır.³³ Mutlak ret yaklaşımı düşüncesinin dayanak yaptığı esasların birisi kanun hükmünün de bir hukuk kuralı olması sebebiyle kanuna aykırılık durumunun her durumda hukuka aykırılık anlamı taşıyacağıdır. Hukuka aykırılık söz konusu olduğunda ise az ya da çok hukuka aykırılıktan söz etmek anlamsız olacaktır. Mahkemece verilen hükmün hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delili dayanak yapması, başka herhangi bir değerlendirme yapılmasına gerek kalmaksızın mutlak bir bozma nedeni oluşturacaktır.³⁴

c. Nispi Yaklaşım

Nispi yaklaşım görüşüne göre; sanık veya şüpheli haklarının ihlal edilme derecesiyle kamu menfaati arasında dengeyi kurmak amaçlanmakta ve hak ihlali ile hüküm arasında illiyet bağının gücünün ortaya konması vurgulanmaktadır. Bu yaklaşımda somut olayın özelliğine göre bireyin ihlale uğrayan haklarının, kamunun suçların cezalandırılması bakımından mevcut menfaatinden üstün olması durumunda hukuka aykırı deliller değerlendirmenin dışında tutulacaktır.³⁵ Nispi yaklaşımın faydalarına rağmen eleştirilen tarafları da mevcuttur. Nispi yaklaşıma en önemli eleştirilerin başında benzer olaylar ile ilgili farklı hâkimlerce farklı hükümler verilebileceği ve yasaklanmış kanıtların muhakeme sürecinde değerlendirilirken sınırların belirsiz olacağı gelmektedir.³⁶

E. Susma Hakkının Varlığı Konusunda Tartışmalı Alanlar

³¹ BIÇAK, Vahit: Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 78.

³²ŞENOL, Cem: Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 42.

³³ İNANKUL, s. 139.

³⁴ AKYÜREK, Güçlü: "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.101, 2012, s. 66.

³⁵ AKYÜREK, s. 68.

³⁶ İNANKUL, s. 141.

Susma hakkı suç isnadı altında ifade vermeme ve kendi aleyhine delil vermek zorunda olmama olarak iki esasta incelenebilir. Susma hakkı denilince genelde ilk olarak beyanda bulunmama noktası akla gelse de aleyhine olan delilleri vermeme gibi beyan dışı somut deliller de önem arz etmektedir. Kişinin kendi rızasıyla herhangi bir baskı ve zorlama olmaksızın yaptığı açıklamaların susma hakkını ihlal etmeyeceği konusunda şüphe yoktur. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 147/1’de şüpheli veya sanığın ifade ve sorgu evresinde kimliğinin tespit edileceği ve kimliğine yönelik soruları doğru cevaplamak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca CMK m. 147/2 de ifadesi alınan veya sorgulanan kişinin açık kimliğinin ifade veya sorgu tutanağında yer alması gerektiği belirtilmiştir. Kimlik bilgilerini vermenin susma hakkı kapsamında olduğu ya da eğer kimliğini bildirmek kişinin kendisini suçlama anlamına gelmesine yol açacaksa susma hakkının tanınması gerektiğine dair görüşler bulunmasına karşın Türk hukukunda kimlik bilgileri yönünden susma hakkının kabul görmediği söylenebilir. Benzer şekilde AİHM kimlik bilgilerinin verilmesinde bir zorlama olması durumunda dahi çeşitli kararlarında, kimlik bildirim yapmayan ya da doğru olmayan bildirim yapan bireylerin cezalandırılması durumunu susma hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir.³⁷ Parmak izinin gönüllü olarak verilmesi durumunda susma hakkına aykırı bir durumdan bahsedilemeyecektir. Kişinin konuşturulması için zorlanması aktif davranış ile kişinin kendisi aleyhine delil vermesi anlamına geleceğinden susma hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Ancak kişinin parmak izinin alınmasının bireyin vücudunun teknik delil olarak değerlendirmesiyle ilgili bir veri olması ve pasif katılım gerektirmesi sebebiyle zorla alınmış dahi olsa susma hakkının zedelenmeyeceği görüşü hâkimdir. Bu görüşe göre kişinin aktif bir davranış göstermemesi sadece pasif katlanma davranışında bulunması gerekliliği sebebiyle susma hakkının ihlal edilmiş olmayacağı savunulmaktadır.³⁸

Susma hakkı konusunda tartışmalı alanlardan birisi de teşhistir. Teşhis işleminde şüpheli pasif, teşhis eden ise aktif olduğundan ve şüphelinin aktif bir davranışta bulunması gerekmediğinden şüphelinin teşhis işlemine katlanma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple teşhis edilme işlemi zorla yaptırılsa dahi susma hakkına aykırılık oluşturmayacağı söylenebilir.³⁹ Sanık veya şüphelinin vücuttan örnek alınmasına ve beden muayenesine katlanma yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir. Ancak söz konusu bu işlemlere aktif katılmaya zorlanamayacağı görüşü hâkimdir. Kolunu uzatma, dilini çıkarma, tahlil için idrar verme gibi basit katılımların aktif değil pasif davranışlar olduğu yönünde görüşler vardır. Bununla birlikte söz konusu eylemlerin aktif katılım gerektirmesi sebebiyle kişinin kendisi aleyhine delil vermeye zorlanması anlamına geleceğinden bahisle susma hakkının ihlal edilmiş olacağını savunan görüşler de vardır. AİHM çeşitli kararlarında vurguladığı üzere; sanık veya şüphelinin iradesi dışında idrar, nefes, kan, DNA örnekleri ve vücut dokularının elde edilmesi durumlarını susma hakkının ihlali olarak görmemektedir.⁴⁰

³⁷ HAYDAR, s. 89.

³⁸ İNCİ, Zekiye Özen: “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu yükümlülüğün Sınırları Hakkındaki Görüşler”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/2, 2017, s. 121.

³⁹ İNCİ, s. 125.

⁴⁰ KAN AYDIN, s. 172.

III. DEFTER, KAYIT VE BELGELERİ GİZLEME SUÇUNUN SUSMA HAKKI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Vergiler devletlerin en önemli gelir kaynağıdır. Mali, sosyal, siyasal ve iktisadi amaçları olması sebebiyle vergiler; doğrudan yaşam alanına müdahale anlamı taşımakta, bu sebeple vergi ve benzeri gelirlerin hem ihdasında hem de uygulanmasında terazinin dengesinin çok hassas gözetilmesi gerekliliği bulunmaktadır.⁴¹

A. Anayasa Mahkemesi Kararları

Gizleme suçunun VUK'ta "Kaçakçılık Suçları ve Cezaları" alt başlığı kapsamında ele alınıp hapis cezası öngörülmüş olmasının Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu iddiası farklı zamanlarda Anayasa Mahkemesi önüne itiraz yolu ile iki defa gelmiştir.

İlk başvuruda VUK 359'uncu maddesinin (a) bendinin 2 sayılı alt bendinin "... altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur" bölümünün, "Defter, kayıt ve belgeleri gizleyenler..." yönünden Anayasa'nın 2'nci ve 38'inci maddelerine aykırılığı saviyla iptali istenmiştir. AYM verdiği ilk kararda söz konusu kanunda öngörülen özgürlüğü bağlayıcı nitelikteki yaptırımın, vergi mükellefleri ile devlet arasındaki sözleşme kaynaklı bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi neticesinde öngörülmediği vurgulamıştır. AYM kararında söz konusu özgürlüğü bağlayıcı yaptırımın yasa da belirtilmiş koşulların gerçekleştirilmemesinden kaynaklı olduğunu belirtmiştir. Öte yandan iptal edilmesi talep edilen kural ile getirilmiş özgürlüğü bağlayıcı cezaya idari bir uygulama sonucunda varılmadığı, kanunda düzenlenmiş koşulların gerçekleştirilmemiş olması sebebiyle bağımsız mahkeme kararıyla hüküm verilmesinin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında kamu hizmetlerinin aksatılmadan sürdürülmesinin mümkün kılmak için vergi ödemeye ilişkin yükümlülüklerin eksiksiz ve zamanında yerine getirilmesini sağlamak üzere Anayasa'nın 38'inci maddesi ve ceza hukukunun genel ilkelerinin göz önünde bulundurularak idari cezalarının yanında özgürlüğü bağlayıcı yaptırımlar konulmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı gerekçesiyle ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı oy birliği ile karara bağlamıştır.⁴²

İkinci başvuruda VUK 359'uncu maddesinin (a) bendinin 2 sayılı alt bendinin "...gizleyenler ... hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur" bölümü ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi kararında vergiyle alakalı defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğunun yasalarla mükelleflere verilmiş bir vazife olduğunu VUK'da belirtilen defterlerin tutulması ve bu defterlerin istenildiğinde ibraz edilmesinin mecbur kılınmasının, mükelleflerin Anayasa'nın 38/5'de öngörülen kendini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemeyeceğini, ilgili maddede yer verilen susma hakkının kovuşturma ve soruşturma aşamaları için geçerli olduğunu vurgulayarak hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı oy çokluğuyla karara bağlanmıştır. Söz konusu kararda defter, kayıt ve belgelerin tutulması, saklanması ve incelemeye yetkili olanlarca istenilmesi halinde ibraz edilmemesi eyleminin

⁴¹ BATI, Murat: *Vergi Reformları ve Öneriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara Eylül 2023, s. 109.

⁴² ŞENYÜZ, Doğan: "Susma Hakkı Karşısında Vergi Kanunlarındaki Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15/1, 2013, s. 38.

suç kabul edilmesiyle suçla itham edilme durumunun farklılık arz eden haller olduğuna vurgu yapılmıştır. Söz konusu kararda karşı oy gerekçesi olarak Anayasa'nın açık hükmünde susma hakkına ilişkin sanık ya da şüpheli benzeri bir sınırlama getirilmemesi hatta sanık veya şüpheli yakınlarına da bu hakkın tanınmasına rağmen içtihat ve yorum ile sınırlamaların getirilemeyeceği belirtilmiştir.⁴³

Yukarıda incelenen iki başvuru da aynı yasa hükmüne yönelik başlatılmış olmasına karşın, farklı gerekçeler ve referanslar ile Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiğini görülmektedir. AYM kararlarını gerekçelendirirken vergiye ilişkin ödevlerin eksiksiz ve zamanında yapılmasının kamu yararını sağlama konusundaki önemini vurgulamıştır. İkinci başvuruya ilişkin kararla AYM'nin AİHM içtihatlarının aksine susma hakkını yalnızca kovuşturma ve soruşturma aşamalarıyla sınırlandırarak daraltıcı bir yorum getirdiği görülmektedir.⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin ikinci kararında ilk kararın aksine susma hakkına değinildiği ancak susma hakkının son derece sınırlı olarak ele alındığı görülmektedir. Bu kararda suçla itham edilme ile gizleme eyleminin suç olarak kabul edilmesinin farklı olduğu vurgulanmış ancak susma hakkının ihlal edilmesi açısından kritik bir öneme sahip olan "zorlama" unsuru hesaba katılmamıştır. Bu sebeple söz konusu iki kararın da isabetli olmadığı tarafımızca değerlendirilmektedir.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHM susma hakkını ilk defa Başvuru No: 10828/84 ve 25.02.1993 tarihli Funke/Fransa kararında ele almıştır. Gümrük yetkililerince yurt dışındaki varlıklarının ayrıntılarına dair bilgi edinmek için Funke'nin evine gidildiğinde, Funke kendisinden talep edilen banka hesap özetlerini vermek istememiş ve bu sebeple aleyhinde dava açılmıştır. Mahkeme Funke'yi iş birliğinde bulunmaya davet etmiştir. Funke iş birliğine yanaşmamış bu sebeple mahkemenin kararına uymadığı her gün için idari para cezasıyla cezalandırılmıştır. AİHM Funke kararında gümrük idaresi yetkililerinin başvurucudan istenen belgelerin farklı şekillerde elde edilmesi noktasında isteksiz ve yetersiz davrandığını belirtmiştir. Başvurucunun kendini suçlayacak nitelikte delilleri vermesine yönelik olarak zorlamada bulunulmasının susma hakkına aykırılık oluşturduğu ve başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir. AİHM söz konusu kararında susma hakkına dayanarak sessiz kalan sanık veya şüphelinin susması sebebiyle susmaya olumsuz sonuçlar bağlanıp bağlanamayacağına dair bir değerlendirmede bulunmamıştır.⁴⁵

Irish Republican Army (IRA) örgütüne üye olmakla suçlanan Murray'ın susmasının konu edinildiği Başvuru No: 18731/9 ve 08.02.1996 tarihli Murray/Birleşik Krallık davasında Murray kendisine yöneltilen suçlamalara sessiz kalmasına olumsuz sonuçlar bağlandığını iddia etmiştir. Bu nedenle ispat külfetinin yer değiştirip savcılık makamından kendine geçtiğini ve söz konusu durum sebebiyle kendi aleyhine beyan vermeye zorlandığını iddia etmiştir. AİHM ise kararında mahkemeler tarafından verilecek mahkûmiyet kararlarının sadece sanığın sessizliğine ve sorulan suallere cevap vermemesine dayandırılmayacağı ancak belirgin olarak açıklama yapılması gereken durumlar karşısında sanığın

⁴³EKİCİ, İskender: Türk Vergi Hukukunda Mükelleflerin Defter ve Belge Muhafaza ve İbraz Mecburiyetleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 179.

⁴⁴ EKİCİ, ss. 180-181.

⁴⁵ HAYDAR, s. 31.

susmasının sanık aleyhine olumsuz bazı çıkarımlar yapılmasına neden olabileceği, susma hakkının mutlak olmadığı ve AİHS 6'ncı madde açısından ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁴⁶

Başvuru No: 36408/97 ve 06.06.2000 tarihi Averill/Birleşik Krallık davasında AİHM Murray davasına benzer bir karar vermiştir. Maskeli birinin otomobil çalarak cinayet işlediği suçlaması sebebiyle Murray tutuklanmıştır. Sorgulanması sırasında; eldiven ve maskenin kendine ait araçta olması, yüz bölgesinde maskeye dair izlerin gözlenmesi ve olay yerinde bulunmasının suçu işlediğine dair işaretler olarak kendisine bildirilmesi ve susmasından olumsuz sonuçlara varılabileceği konusunda uyarılmasına karşın Murray sessiz kalmaya devam etmiştir. AİHM tarafından aleyhinde güçlü kanıtlar bulunduğu durumlarda kişilerin konuşmalarının beklenebileceği belirlenmiş ve söz konusu olayda başvuruçunun mahkûmiyetinin sadece susmaya dayandırılmaması sebebiyle hak ihlali olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁷

AİHM Başvuru No: 33501/96 ve 20.03.2001 tarihli Telfner/Avusturya kararıyla Avusturya gibi delil serbestisinin olduğu ve vicdani kanaat sisteminin uygulandığı ülkeler için sanığın susmasından makul sonuçlar çıkarılabileceğinin kabul edilebilir olduğunu belirlemiştir. Buna karşın sanığın susması sebebiyle yapılacak çıkarımların şüpheden sanık yararlanır ilkesini bertaraf edecek ve ispat yükünü sanığa yükletecek derecede olmaması gerektiği aksi bir durumda ise adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş sayılacağına hükmetmiştir.⁴⁸

AİHM'in susma hakkını geniş anlamda yorumladığı Başvuru No: 19187/91 ve 17.12.1996 tarihli Saunders/Birleşik Krallık kararı son derece önemlidir. Şirket sahtekârlığını konu alan bir soruşturma sırasında şirket müdürünün, müfettişlerin yönelttiği soruları yanıtlamak mecburiyetinde bırakılması ve sonrasında verdiği bu cevaplar sebebiyle ceza alması sebebiyle Saunders hak ihlaline uğradığını iddia etmiştir. Saunders; henüz bir suç şüphesi söz konusu değil iken müfettişler tarafından alınan beyanlarının daha sonra başlayan ceza muhakemesi sürecinde kendi aleyhine delil olarak kullanılması sebebiyle susma hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. AİHM bu kararında susma hakkının sadece beyanları kapsamadığı ve daha geniş yorumlanması gerektiği ifade etmiştir. Susma hakkının yalnızca kişinin kendi aleyhine vereceği ifadeler ile sınırlandırılmayacağı, başlangıçta aleyhte görünmeyen ifadeleri de kapsayacağı, suç isnadı altında olmadan verilmiş beyanların susma hakkının koruma alanından çıkmayacağı ve bu sebeple başvurudaki gibi adli olmayan soruşturmalarda zorla alınan cevapların sonradan sanıkları suçlamak için kullanılmasının da susma hakkını ihlal edebileceği AİHM tarafından vurgusulanmıştır.⁴⁹

Başvuru No: 31827/96 ve 03.01.2001 tarihli J.B./İsviçre davasında başvuruçunun belge teslim etmeye zorlanmasının susma hakkı kapsamında ele alınması söz konusudur. Başvuruçunun yaptığı bazı yatırımları beyan etmediğinin vergi idaresi tarafından tespit edilmesi üzerine başvuruçuya vergi kaçakçılığı şüphesiyle inceleme başlatılmıştır. Başvuruçudan beyanda bulunmadığı yatırımlarına dair

⁴⁶ KARANLIK, s. 104.

⁴⁷ HAYDAR, s. 33.

⁴⁸ HAYDAR, s. 33.

⁴⁹ KARANLIK, ss. 104-106.

belgelerini vermesi talep edilmiştir. J.B.'nin belge teslim etmek istememesi sebebiyle gelirine ait kaynakların gösterilmesi istenmiş ancak J.B. bu isteğe de yanıt vermemiştir. Bunun üzerine J.B. için para cezası verilmesi kararına varılmıştır. AİHM bu başvuruda vergi idaresi tarafından başvuruçunun kendi aleyhine vergi kaçakçılığı suçlamasını destekleyecek belgeleri teslim etmeye zorlanması durumunu adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.⁵⁰

Susma hakkı konusunda AİHM kararları incelendiğinde susma hakkının AİHS 6'ncı madde kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Kararlarda susma hakkına ilişkin ihlallerin adil yargılanma hakkının da ihlali anlamına geleceğinin altı çizilmektedir. AİHM kararlarında susma hakkının mutlak olmadığı belli durumlarda susma hakkının kullanılmasına olumsuz sonuçlar bağlanabileceği ve bu durumun adil yargılanmanın ihlali anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır. Susma hakkı kapsamında sadece beyanlar değil, belge ve bilgi verilmesinin de susma hakkı kapsamında koruma altında olduğunun vurgulanmaktadır. Ayrıca susma hakkının ihlalinin söz konusu olmasında idarenin zorlamaya başvurmamasının başat bir rol oynadığı öne çıkmaktadır. Sadece hürriyeti bağlayıcı cezaların değil para cezalarının da zorlama anlamına geleceği ve bu sebeple adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olacağı kararlarda yer almaktadır.

C. Doktrindeki Çeşitli Görüşler

Belge ve defterlerin ibraz edilme mecburiyeti ile ibrazdan kaçınmayı da içeren susma hakkı, normların çatışma alanını oluşturmaktadır. Susma hakkı ile devletin kamu düzenini sağlama hakkının birbiri ile çatıştığı söylenebilir.⁵¹ Çatışma halinde olan iki değerden hangi değere öncelik verileceği karışık bir meseledir. Meselenin karışık olmasına sebebiyet veren; çatışan değerlerden birisinin kişinin hayatı; diğerinin ise, devletin özellikle vergi alanındaki işleyişi bakımından taşıdığı önemle ilgilidir.⁵² Defter, kayıt ve belgeleri gizleme fiili neticesinde uygulanması öngörülen yaptırımların susma hakkı karşısındaki durumuna ilişkin doktrinde üç farklı görüş olduğu söylenebilir. Birinci görüş defter, kayıt ve belgeleri gizleme fiilinin sonucunda zorlama olarak nitelendirilebilecek yaptırımlar uygulanmasının susma hakkını ihlal edeceğini savunur. İkinci görüş; defter, kayıt ve belgeleri gizleme fiiline karşılık yaptırım uygulanmasının susma hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmeyeceğini dile getirir. Üçüncü görüş ise; defter, kayıt ve belgeleri gizleme fiilinin ancak belli şartları taşıması halinde susma hakkının ihlali olarak değerlendirilebileceğini savunmaktadır. Sırasıyla bu görüşlere yer verilecektir.

a. Gizleme Suçunun Susma Hakkını İhlal Ettiğine İlişkin Görüşler

Susma hakkı çağrıştırdığı sözcük anlamı itibarıyla bakıldığında söz ile yapılan ifadeler ve açıklamalar yapmaya zorlanamama olarak anlaşılabilir. Sözler haricindeki delil ve belgeleri de kapsamaktadır. Vergi incelemesi sırasında inceleme yapmaya yetkili olanlar tarafından istenen belge ve defterlerin ibraz edilmemesi sonucu oluşan gizleme suçunda gizleme eylemini gerçekleştirenlere karşı zorlama içeren yöntemlerin kullanılmaması gerekliliği, klâsik anlamdaki susma hakkını ifade etmektedir.⁵³ Kişilerin

⁵⁰ KARANLIK, ss. 108-109.

⁵¹ DONAY, Süheyl: Ceza Mahkemelerinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 134.

⁵² ŞENYÜZ, s. 37.

⁵³ ŞENYÜZ, s. 38.

kendi aleyhinde deliller vermesine sebep olacak şekilde zorlama içeren yöntemlerin kullanılması, susma hakkının ihlaline sebep olacaktır. Zorlama olarak nitelendirilebilecek her çeşit baskı susma hakkını ihlal etme potansiyeli barındıracaktır. Vergi idaresi tarafından bilgi toplanması ve denetimlerin gerçekleştirilmesiyle değil, bilgi toplanması ve denetimlerde zor kullanma söz konusu olduğu zaman susma hakkının ihlali gündeme gelecektir. Vergi hukuku bakımından mükelleflerin susma hakları, gerek ifade verme gerekse de belge ve defterleri ibraz etmeyi reddetmelerine dair bir koruma alanı yaratacaktır. Susmayı tercih eden, kendisi aleyhinde delil vermekten imtina eden mükelleflere hapis veya para cezaları uygulanması açıkça zor kullanma anlamına geleceğinden susma hakkının ihlal edilmesi gündeme gelecektir.⁵⁴

Kişilerin kendi aleyhlerine deliller vermesine sebep olacak şekilde zorlama içeren yöntemlerin uygulanması susma hakkını ihlal edecektir. Susma hakkı yalnızca beyan veya ifade verilmesiyle sınırlı değildir. Susma hakkının koruma alanına belgelerin de girdiği konusunda şüphe yoktur. Vergi incelemesi amacıyla yetkili kişilerce ibraz edilmesi istenmiş defterler, belgeler veya bilgilerin kişilerin kendi aleyhlerine deliller verme niteliğinde olması durumunda susma hakkının ihlali gündeme gelecektir. Bu bakımdan mükellefin susma hakkının ifade vermemeye birlikte belge ve defterleri teslim etmeyi reddetmek açısından bir koruma alanı oluşturacağı söylenebilir. Susma hakkı kullanarak kendisi aleyhine deliller vermekten imtina eden mükellefin idari para cezası ya da hürriyeti kısıtlayıcı cezaya çarptırılması durumunda kişinin susma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu sebeple VUK'ta yer alan belge ve defterlerin ibrazının sağlanması mecburiyetine ilişkin gerek adli gerek idari cezaların tekrar gözden geçirilmesi ihtiyacı vardır.⁵⁵

Gizleme suçu VUK'ta düzenlemiş bir suçtur. Gizleme suçunun özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılması sebebiyle idari bir yaptırımdan değil cezai bir yaptırımdan bahsedilebilmesi gerekir. VUK 359/a-2'deki hukuk normu şüphesiz Anayasa m. 38/5'e aykırıdır. Öte yandan istenen belge ve defterlerin ibraz edilmemesi eylemi için hiçbir yaptırımın uygulanmaması durumunda kayıt ve belge düzenine dayanan vergi sistemi zafiyete uğrayacaktır. İbraz mecburiyetinin ihlal edilmesi sebebiyle hapis cezası gerektiren fiil suç olmaktan çıkarılarak kabahatler kapsamında ele alınmasıyla Anayasa'ya aykırılık ortadan kaldırılabilecektir.⁵⁶

Mükellefin susma hakkının, belge ve defter vermek zorunda kalmamasına dair de koruma sağlayacağı söylenebilir. Susma hakkının ihlalinin varlığı zorlama kavramı ile ilişkilidir. Dolayısıyla VUK'ta yer alan hürriyeti kısıtlayıcı yaptırımların ilgili kişilerin zorlanması anlamına geleceğinden susma hakkının ihlal edileceği aşikârdır.⁵⁷ Türk vergi kanunlarına göre muhafaza ve ibrazda bulunma zorunluluğu getirilen belge ve defterlerin yapılan bir inceleme esnasında inceleme yapmaya yetkisi bulunanlara ibrazını sağlamayanlar hem idari para cezaları hem de özgürlüğü kısıtlayıcı ceza ile karşılaşabilmektedir. İbraz

⁵⁴ YALTI, s. 26.

⁵⁵ YALTI, s. 30.

⁵⁶ ŞENYÜZ, s. 39.

⁵⁷ YALTI, s. 29.

edilmesi talep edilen belge ve defterlerin mükellef aleyhine delil niteliğinde olması halinde yaptırımlar uygulanması susma hakkını ihlal edecektir.⁵⁸

b. Gizleme Suçunun Susma Hakkını İhlal Etmediğine İlişkin Görüşler

İnceleme amacıyla belge ve defterlerin ibrazının talep edilmesi sırasında suçla itham etme durumu mevcut olmadığı için ibraz etmeme eyleminin susma hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.⁵⁹ Kamu düzeninin korunması ve susma hakkı arasındaki dengenin kurulması ve salt belgeleri gizleme eyleminin bir hak kullanmak şeklinde değil de işlenen bir suçtan kaçınmak olarak yorumlanması halinde gizleme eylemine yaptırım uygulanması Anayasa'ya aykırı olmayacaktır.⁶⁰

Susma hakkının aktif hale gelmesinin koşullarını taşıma görüntüsü verse de noterce tasdik edilen defterlerin elde edilmesine dönük mevzuatta yer alan zorlamalar, vergi yükümlüsünün başlangıçta defterlerini notere tasdik ettirmesi göz önüne alındığında susma hakkının ihlaline sebep olan yolların önceden kapatılması anlamına gelmektedir. Vergisel ilişkiler ele alındığında devletin vergi alacaklı olduğu ve devletin mükellefe göre hiyerarşik olarak üstte olduğu göze çarpmaktadır. Mükellefin noterce tasdik edilen defterlerinin elde edilmesine yönelik mevzuat zorlamaları yapılması susma hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir. Susma hakkı bakımından vergi alanının istisna tutulması ve hukuk mevzuatında bu durumun açıkça yer alması halinde susma hakkına yönelik soru işaretleri giderilmiş olacaktır.⁶¹

Susma hakkı, ceza yargılamasında suçla itham edilme durumunun ortaya çıkmasından itibaren kullanılabilir. Susma hakkının vergi alanında kullanımında ise belge ve defterlerin ibrazını isteyen idarenin suç isnadında bulunup bulunmayacağı belirsiz olması sebebiyle ceza yargılamasından farklılık arz edecektir. Kendinden istenilen belge ve defterleri susma hakkına sığınarak ibraz etmekten kaçınan mükellefe bu zorunluluğa uymasını sağlamaya yönelik herhangi bir yaptırımın uygulanmaması belge ve defterlerin düzenlenmesi, muhafaza edilmesi ve ibraz edilmesi ödevlerini yerine getirmeyi mükelleflerin insafına terk etmek manasına gelecektir. Susma hakkı sebebiyle denetimlerin gereği gibi yapılamaması halinde resen tarhiyat, kayıt dışılık, vergi kaçakçılığı ve aramaların artması söz konusu olabilecektir.⁶² Susma bir hak olmakla birlikte belge ve defterlerin inceleme yapmaya yetkili olanlara ibrazı bir yükümlülük olarak değerlendirilebilir. Yükümlülükler ile hakların karşı karşıya gelmesi durumunda yükümlülüklerin üstün gelerek hakları devre dışı bırakacağı söylenebilir.⁶³

c. Gizleme Suçunun Susma Hakkını Belli Şartlar Altında İhlal Edeceğine İlişkin Görüşler

Mükelleflerin vergi suçu işlediği veya vergi kaçırdığı şüphesinden hareket ederek belge ve defterlerin ibrazının istenmiş olması ile belge ve defterlerin rutin vergi denetimi amacıyla ibrazının istenmesinin aynı durumu ortaya koymadığı çok açıktır. Vergi idaresinin denetleme yetkisiyle kişilerin susma hakları arasında denge kurulmalıdır. Bu dengenin sağlanmasında susma hakkının işlerlik kazanmasının, belge ve defterlerin ibraz edilmesinin istenmesinden daha önce vergi kaçırıldığı şüphesi bulunması ve bu

⁵⁸ EKİCİ, s.105.

⁵⁹ ERDEM, Tahir: "Gizleme Suçu mu, Susma Hakkı mı?", *Mali Pusula*, S.3 6, Aralık 2007, s. 39.

⁶⁰ DONAY, s. 142.

⁶¹ GÜNEŞ, Gülsen: "Susma Hakkının Vergisel Alandaki Görünümü ve Karşılıklı Sınırlar", Vergi Hukuku Platformu 4. Ulusal Kongresi, Temel Haklara ve Özgürlüklere Vergilendirme Yoluyla Müdahalede Sınır, 2017, s.3.

⁶² BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: "İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları", *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 29, 2006, s. 132.

⁶³ ÖZEN, Mustafa: Vergi Suçları ve Kabahatleri, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2018, s. 46.

sebeple incelemeye başlanmış olması hali ile sınırlı tutulması isabetli olacaktır. Mükelleflerin vergi kaçırmaması veya başka bir suçu işlediğine dair şüphe sebebiyle belge ve defterlerin istenmesi durumunda susma hakkının bu durumla sınırlandırılması bir denge sağlayabilecektir.⁶⁴

Belge ve defterlerin ibraz edilmemesine herhangi bir yaptırım uygulanmaması durumunda yükümlülüklerin yerine getirilmesi noktasında mükellefler arasında ayırım ortadan kalkmış olacaktır. Belge ve defter ibraz edilmemesi keyfiyetiyle karşılaşmamak, devletin ekonomik anlamdaki menfaatini gerçekleştirmek, mali kaynakların zarar görmemesini sağlamak adına bir kamu otoritesi müdahalesi kaçınılmazdır. Devletlerin belge ve defter ibraz edilmesi zorunluluğuna uyulmamasına tamamen kayıtsız kalmaları mümkün değildir. Bu sebeple demokratik bir toplumun gerektirdiği zorunlu ölçüler dâhilinde ve yasayla öngörülmesi kaydıyla belli düzenlemeler yapılması mümkündür. Bu doğrultuda, gizleme eyleminin suç kapsamından çıkarılması ve söz konusu eylemin özel usulsüzlük kabahatine ilişkin idari para cezası haricinde çeşitli idarî tedbirlerle desteklenecek şekilde farklılaştırma yoluna gidilmesi susma hakkının ihlalini engelleyebilecektir. Türk vergi sistemi mükelleflerin beyan sistemine dayanmaktadır. Bu beyanların itibar edilebilir olması için gerekli kontrollerin yapılması ve birtakım yaptırımlar öngörülmesi olasıdır. Ancak çare cezadan ziyade idari düzenlemelerde aranmalıdır.⁶⁵

Belge gizlemenin tamamen susma hakkı kapsamında görülmesi durumunda belge ve defter düzeni olmadan vergi sisteminin sağlıklı işleyemeyeceği, özellikle bazı suçların açığa çıkmasında belgelerin başat rolü düşünüldüğünde vergi suçlarının hukuken korunur hale gelmesi ve kamu düzeni bakımından sakıncalar oluşturması kaçınılmazdır. Anayasa'nın açık hükmü nazara alındığında mevcut haliyle defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçunda kişinin kendisini suçlamaya zorlandığının kabul edilmesi halinde çözüm olarak ibraz mecburiyetine uymamanın suç değil kabahat olarak ele alınması önerilebilir.⁶⁶

SONUÇ

Devletler tarihin her döneminde vergi toplama tekeliyle ellerinde bulundurmışlardır. Devletlerden güvenlik, eğitim, ulaşım, sağlık gibi birçok hizmeti sunması beklenmektedir. Devletlerin kendilerinden beklenen hizmetleri sunmak, toplumsal kalkınma ve ekonomik refahı sağlayabilmek için gelir elde etme ihtiyaçları vardır. Devletlerin gelir kaynaklarının başında vergiler gelmektedir. Vergilerin etkin olarak toplanması, vergi gelirlerinin artırılması, vergi suçlarının önlenmesi, vergi suçlarının tespit edilmesi ve gerçekleşmiş vergi suçları için gerekli cezai müeyyidelerin uygulanması için etkin bir denetim sistemi kurulması önemli bir gerekliliktir. Ülkemiz gibi beyan sistemini benimseyen ülkelerde etkin bir vergi denetimi için defter, kayıt ve belgeler son derece önemlidir.

VUK defter, kayıt ve belgelerin tutulması, saklanması, istenildiğinde ibraz edilmesi konusunda mükelleflere çeşitli ödevler yüklemiştir. Bu ödevlere aykırı hareket edildiği zaman birtakım adli ve idari

⁶⁴ CANDAN, Turgut: "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 5.

⁶⁵ ÜSTÜN, Ümit Süleyman: "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3, 2011, s. 371.

⁶⁶ ŞENYÜZ, s. 37.

yaptırımlar söz konusu olmaktadır. Çalışmamızın konusu VUK'ta yer verilmiş kaçakçılık suçlarından birisi olan defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçuna öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezanın susma hakkı kapsamında ele alınmasıdır.

Susma hakkının kabul edilmesi ve tanınması son derece uzun ve meşakkatli süreçlerden sonra mümkün olabilmiştir. Önceleri muhakeme objesi olarak görülen sanık veya şüpheliden ikrar elde edebilmek için işkence de dâhil olmak üzere yasak sorgu yöntemleri uygulamaktan çekinilmemiştir. Ancak insan onuru ve ifade hürriyetinin ön plana çıkmasıyla birlikte ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşılmasını amaçlayan ceza muhakemesinden; sanık veya şüpheliyi muhakeme süjesi olarak gören ve evrensel hukuk normları ekseninde insan onurunu korumayı amaçlayan ceza muhakemesine doğru bir evrilme yaşanmıştır. Susma hakkı kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesi ile yakın ilişkili olup kişinin sadece beyanda bulunmamasını değil kendini suçlamasına sebep olacak bilgi ve belgeleri de yargılama makamlarına sunmak zorunda kalmamasını güvence altına alan bir haktır. Kişi kendini aktif olarak beyanlarıyla savunmayı tercih edebileceği gibi özgür iradesini kullanarak pasif savunma yaparak susmayı da tercih edebilir. Kişinin susmayı tercih etmesi halinde bu tercihinin de saygı gösterilmesi gerekir. Susma hakkı susması sebebiyle şüpheli veya sanığın susmasına olumsuz sonuçlar bağlanmamasına da koruma alanı oluşturur. Ancak bu durum mutlak değildir. AİHM kararlarında yer aldığı gibi kendisinden muhakkak şekilde bir açıklama yapılmasının beklenildiği somut durumlar için kişinin susmasına olumsuz bazı sonuçlar yüklenebilecektir. Vergi idaresinin denetim amacıyla defter, kayıt ve belgeleri incelemesi susma hakkına aykırılık oluşturmaz. Ancak bu defter, kayıt ve belgelere ulaşmak için zorlama unsuru devreye sokulursa bu durumda susma hakkının ihlal edilmesi söz konusu olacaktır.

Çalışmanın sonucunda defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçu için beş yıla varan ağırlıkta hapis cezasının söz konusu olmasının susma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Susma hakkı adil yargılanma hakkı içerisinde değerlendirilen bir haktır. Anayasamızda da açıkça yer verilen susma hakkı konusunda yeknesaklık sağlanması konusunda düzenlemelerin yapılması ihtiyacı bulunmaktadır. Vergi hukuku alanının susma hakkının koruma alanı dışına çıkarılmasını savunan görüşler bulunmasına karşın Anayasamızda yer aldığı maddede sınırlama hükmü bulunmayan susma hakkı için vergi hukukunun ayrık tutulması görüşü tarafımızca benimsenmemektedir.

Gizleme suçu için susma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığından sonra susma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmayacak çözüm önerilerinin sunulması gerekir. Kamu menfaati ve etkili vergi denetiminin sağlanması açısından defter, belge ve kayıt düzeni vazgeçilmezdir. Konuya ilişkin üç çözüm önerimiz vardır.

İlk çözüm önerimiz kişinin kendi rızasıyla verdiği beyan, bilgi ve belgelerin susma hakkının koruma alanında olmayacağı kabulüyle; mükelleflerin defter, kayıt ve belgelerini zorlamaya başvurmaksızın kendi rızaları ile ibraz etmelerini teşvik edecek mekanizmalar kurulmasının sağlanmasıdır.

İkinci çözüm önerimiz devletin sınırsız imkânları ve bireyler karşısında eşitsiz ve üstün konumda olması göz önüne alındığında defter, kayıt ve belgelerin mükelleften ibrazının istenmesi ve ibrazı sağlamaya yönelik zorlamaya başvurusu yerine söz konusu defter, kayıt ve belgelere ulaşmayı ikame edebilecek

karşıt inceleme veya elektronik sisteme geçilmesi gibi çözümlerin gündeme alınmasıdır. Değişmeyen tek şeyin değişim olduğu günümüz dünyasında defter, kayıt ve belgeler kâğıt ortamlarından giderek elektronik ortamlara taşınmaktadır. Bu evrilme hızı göz önüne alındığında gerekli altyapı çalışmalarının tamamlanması, konu ile ilgili eğitimler verilmesi ve farkındalık oluşturma çalışmalarıyla tamamen elektronik ortama geçişin sağlanması gereklidir. Çok sayıda mükellef, çok sayıda defter ve belge olması elektronik ortama geçiş konusunda zorluk olarak görülebilir. Ancak farklı resmi kurumların kullandıkları başarılı bilişim altyapıları göz önüne alındığında; bu zorluğun aşılabılır bir zorluk olduğu söylenebilir. Örnek vermek gerekirse; Milli Eğitim Bakanlığı e-okul sistemini milyonlarca öğrenci, bir milyonu aşkın öğretmen ve sayısı on binlerle ifade edilen eğitim kurumu tarafından eş zamanlı olarak sorunsuz kullanabilmektedir. İster rutin bir vergi incelemesi amacıyla olsun isterse vergi suçu şüphesi altında olsun yapılacak vergi incelemesi için zaten elektronik olarak mevcut olan defter, kayıt ve belgelere vergi idaresi istediği her an ulaşma, inceleme yapma hakkı ile yetkisine sahip olacağı için mükellefin kendisini suçlamaya zorlanması ve susma hakkının ihlali ortaya çıkmamış olacaktır.

Üçüncü ve son çözüm önerimiz VUK 359/a-2 maddesinin kaldırılması ya da susma hakkına aykırılığa sebep olmayacak şekilde yeniden revize edilmesidir. Açık bir şekilde Anayasa'ya aykırılık arz eden maddenin kişinin kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi ve susma hakkına hilaf olması sebebiyle tamamen kaldırılması ya da uygun bir şekilde yeniden kaleme alınması tarafımızca önerilmektedir.

KAYNAKÇA

AĞAR, Serkan: Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, ss.470-547.

AKÇAY, Ersin: “Defter ve Belgelerin İbraz Edilmemesi: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun Nihai Kararı”, *Vergi Sorunları Dergisi*, s.381, Haziran 2020, ss.87-91.

AKYÜREK, Güçlü: Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.101, 2012, ss.61-82.

ARTUK, Mehmet Emin-GÖKÇEN Ahmet-YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

ATAMAN, Ebru Naciye: Vergi Kaçakçılığı Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2023.

BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 29, 2006, ss.116-147.

BATI, Murat: Vergi Reformları ve Öneriler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2023,

BATI, Murat: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2022.

BAYRAM, Mehmet: “Yargı Kararları Işığında Defter ve Belgelerin İbrazı Meselesi”, *Vergi Raporu Dergisi*, S. 24, 2020, ss.111-121.

BIÇAK, Vahit: Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

CANDAN, Turgut: “Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler”, *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

COŞKUN, Yuzarsif Selçuk: Ceza Muhakemesinde Susma Hakkı ve Bağlantılı Haklar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.157, 2021, ss.209-253.

DOĞAN, İlhan: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı “6. Madde”*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2008.

DONAY, Süheyl: Ceza Mahkemelerinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayınları, İstanbul 2018.

EKİCİ, İskender: Türk Vergi Hukukunda Mükelleflerin Defter ve Belge Muhafaza ve İbraz Mecburiyetleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.

ERDEM, Tahir: “Gizleme Suçu mu, Susma Hakkı mı?”, *Mali Pusula*, S.3 6, Aralık 2007.

ESER, Albin: “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3, Temmuz 1990, ss.313-338.

GÜNEŞ, Gülsen: “Susma Hakkının Vergisel Alandaki Görünümü ve Karşılıklı Sınırlar”, Vergi Hukuku Platformu 4. Ulusal Kongresi, Temel Haklara ve Özgürlüklere Vergilendirme Yoluyla Müdahalede Sınır, 2017.

HAYDAR, Nuran: Susma Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

İNANKUL, Hakan: Yasak Sorgu Yöntemleri ve Bunların Sonucunda Elde Edilen Delillerin Hukukumuzda ve Batı Hukukunda Geçerliliği, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2005.

İNCİ, Zekiye Özen: “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu yükümlülüğün Sınırları Hakkındaki Görüşler”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/2, 2017, ss.119-168.

KAN AYDIN, Çağrı: “Adil Yargılanmanın Bir unsuru Olarak Susma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.91, 2010, ss.146-180.

KARANLIK, Meltem: Susma Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

KAYA, Zehra: *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

KOCAOĞLU, Serhat Sinan: “Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, 2011, ss.29-58.

ÖZDEMİR, Didar: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2017, ss.149-185.

ÖZEN, Mustafa: *Vergi Suçları ve Kabahatleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2018.

ŞENOL, Cem: *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.

ŞENYÜZ, Doğan: “Susma Hakkı Karşısında Vergi Kanunlarındaki Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15/1, 2013, ss.29-40.

UYANIK, Mustafa: *Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Defter, Kayıt ve Belgelerin Gizlenmesi veya İbraz Edilmemesi*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2014.

UZUN, Taha Kürşat: *Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019.

ÜMİT, Ceyda: “Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçunda Cezai Sorumluluk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 0(4), 2021, ss.1261-1296.

ÜSTÜN, Ümit Süleyman: “Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3, 2011, ss.363-390.

YALTI, Billur: “Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK, 359) (a) (2)’nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 285, Mayıs 2005, ss.24-33.



YAŞLILIK AYLIĞINA HAK KAZANDIRAN KISMI SÜRELİ ÇALIŞMA MODELİ: KISMI EMEKLİLİK SİSTEMİ VE ESASLARI

PART TIME WORKING MODEL ENTITLING OLD AGE PENSION: PARTIAL RETIREMENT SYSTEM AND ITS PRINCIPLES

Doç. Dr. Sevil DOĞAN*

ÖZET

Türk sisteminde olduğu gibi Kıta Avrupası sosyal güvenlik sistemlerinde hem insan ömrünün uzaması hem de sistemin yükünün azaltılması düşüncesiyle yaşlılık aylığına hak kazanma yaşının yükseltilerek sigortalıların daha uzun yıllar çalışmasına ilişkin düzenlemeler yapılmaktadır. Öte yandan sigortalıların uzun çalışma hayatı torun, ebeveyn bakımı gibi ailesel yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile çatışmakta; bu yöndeki yükümlülükler, çalışanların yaşlılık aylığına hak kazanmadan çalışma hayatından ayrılmasına yol açmaktadır. Kısmi emeklilik sistemi, yaşlılık aylığına hak kazanma için aranan yaş şartını daha düşürerek çalışanların kısmi zamanlı çalışması ile kısmi olarak yaşlılık aylığına hak kazanmasını sağlamaktadır. Kısmi emeklilik sistemlerinin kabul edilmesinin altında yatan neden, çalışanların tamamen emekli olmadan önce azaltılmış çalışma süreleri ile iş görmesi olup çalışanların iş stresinden kurtulmak için daha fazla zamana sahip olması ve daha iyi bir iş ve aile dengesi elde edebilme potansiyeline sahip olmalarıdır. Kısmi emeklilik sistemi, yasal emeklilik yaşına yaklaşan çalışanların yaşlılık aylıklarının bir kısmını almaları ve aynı işverenle tam zamanlı çalışmaya göre çalışma sürelerinin azaltılarak iş görmeye devam etmelerine izin veren düzenlemeleri ifade eder.

Kıta Avrupası ülkelerinde kısmi emeklilik sistemi, hukuki düzenlemeler ile veya sendikaların da etkisi ile toplu sözleşmeler/şirket sözleşmeleri ile öngörülebilmektedir. Almanya'da konuya ilişkin özel bir Kanun bulunmaktadır. Genel olarak kısmi emeklilik sistemi ile birleşen kısmi süreli çalışmada, önceki haftalık çalışma süresinin yarısına kadar çalışma sürelerinin azalması söz konusu olmakta; işçi ile işverenin anlaşmasına bağlı olarak sürekli ya da blok halinde işçi iş görme borcunu ifa edebilmektedir. Sigortalını klasik kısmi süreli çalışma ile iş görme borcunu ifa etmesi, haftanın belirli günlerinde olabileceği gibi, her gün de olabilmektedir. Ülkemizde de 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için yaş şartı yükseltilmekle birlikte dönemsel olarak yaş şartının düşürülmesi ile erken emeklilik imkanları sigortalılara sunulmaktadır. Bununla birlikte tüm sigortalılara bu imkânın sağlanamaması eşitliğe aykırı bir düzen getirmekte; erken emeklilik ölçütlerinin değişkenlik göstermesi ise sistemin sürekliliğini tehlikeye düşürmektedir. Tüm bu nedenlerle çalışmamızda kısmi emeklilik sistemi detaylı bir biçimde incelenecek ve Türk hukuku bakımından kademeli bir yaşlılık aylığı formülünün uygulanabilir olup olmadığı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kısmi Emeklilik, Kısmi Süreli Çalışma, Yaşlılık Aylığı, Sosyal Güvenlik Hukuku

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, sevil.dogan@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3734-6190.

ABSTRACT

In continental European social security systems, as in the Turkish system, arrangements are made for the insured to work for longer years by raising the age of entitlement to old-age pension with the aim of both extending human life and reducing the burden of the system. On the other hand, the long working life of insured persons conflicts with the fulfilment of family obligations such as caring for grandchildren and parents, and these obligations cause employees to leave working life before they are entitled to old-age pension. Partial pension systems lower the age requirement for entitlement to an old-age pension, enabling employees to partially qualify for an old-age pension through part-time work. The underlying reason for the adoption of partial pension systems is that employees work reduced working hours before fully retiring, giving them more time to recover from work stress and potentially achieving a better work and family balance. A partial retirement system refers to an arrangement whereby employees approaching the statutory retirement age receive part of their old-age pension and are allowed to continue working for the same employer with reduced working hours compared to full-time employment.

In continental European countries, partial pension systems can be provided for by legal regulations or by collective agreements/company contracts with the influence of trade unions. In part-time work, which is generally combined with the partial retirement system, there is a reduction of working hours up to half of the previous weekly working hours; depending on the agreement of the employee and the employer, the employee can perform his/her employment obligation continuously or in blocks. The insured's fulfilment of the obligation to perform work with classical part-time work can be on certain days of the week or every day. In our country, with the Social Insurance and General Health Insurance Law No. 5510, the age requirement to qualify for old age pension is increased, but early retirement opportunities are offered to the insured by periodically lowering the age requirement. However, the inability to provide this opportunity to all insured persons creates an unequal system and the variability of the early retirement criteria jeopardises the continuity of the system. For all these reasons, the partial retirement system will be analysed in detail in this study and it will be evaluated whether a gradual old-age pension formula is applicable under Turkish law.

Keywords: Partial Retirement, Part Time Work, Old Pension, Social Security Law.

GİRİŞ

Demografik değişimler, ülkeler düzeyinde yaşlılık sigortası sistemlerini epey zorlamaktadır. Dünya nüfusunun yaşlanması, prim ödeyen çalışanlara nazaran yaşlılık aylığı alan grupların sayısını arttırmaktadır. Bu nedenle çoğu OECD ülkesi, 1990'lı yıllardan bu yana emeklilik politikalarını tersine çevirerek daha uzun çalışma yaşamını teşvik etmek için reformlar gerçekleştirmekte ve yaşlılık aylığı almaya hak kazanma yaşını 65 ve hatta 65in de ötesine taşımaktadır¹. Pek çok ülke çalışma ömrünü

¹ HAAN, Peter / TOLAN, Songül: "Labor supply and fiscal effects of partial retirement – The role of entry age and the timing of pension benefits", *The Journal of the Economics of Ageing*, Vol. 14 2019, s.2; OECD: *Flexible Retirements in OECD Countries*, Pensions at a Glance, Chapter 2, 2017, s. 42.

uzatmaya yönelik politika önlemleri alırken bu konuda alınan en temel önlem, yasal emeklilik yaşının arttırılmasıdır. Daha yüksek yasal emeklilik yaşının belirlenmesi ile birlikte yaşlı kişiler arasında daha yüksek işgücü katılımı, daha uzun süre vergi ve sosyal güvenlik primi ödemesi ve daha kısa süre yaşlılık aylığı ödemesi yapılması söz konusu olmaktadır².

Çalışma yaşamının insan hayatında uzun bir zaman dilimi olduğu düşünüldüğünde işçiler sağlık sorunları olan veya engelli olan eş veya akrabalarına bakmayı veya torunlarıyla daha fazla zaman geçirmeyi isteyebilir ve daha az çalışmayı tercih edebilmektedirler. Kısmi emeklilik planları, bu tür çalışma süresi indirimlerini kolaylaştırarak yaşlılık aylığına hak kazanamasa bile kişilerin kısmi süreli çalışmaya geçişini sağlamakta, bir anlamda yaşlı çalışanların çalışma hayatından emekliliğe yumuşak bir geçiş yapmaları amaçlanmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda kısmi süreli çalışma modelinin yaşlılık aylığı ile uyumlu hale getirilen kısmi emeklilik sistemi uygulamalarının kapsamı ve hukuki esasları değerlendirilecektir.

I. KISMİ EMEKLİLİK SİSTEMİ ve UYGULANMASI

A. Kavram

Esnek emeklilik olarak da ifade edilen kısmi emeklilik sistemi, işçilerin ücretli işte çalışmaya devam ederken genellikle çalışma sürelerinin azaltılmasıyla yaşlılık aylığının belirli bir kısmına hak kazanmayı sağlamaktadır³. Belirtilen sorumluluklar sebebiyle kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin ücretinin azalacağı düşünüldüğünde kısmi emeklilik uygulamaları ile işçilerin ücret kaybı kısmen telafi edilmekte ve büyük bir gelir kaybı yaşamadan çalışma saatlerini azaltabilmeleri mümkün olabilmektedir. Kısmi emeklilik uygulamaları, kısmi süreli çalışmanın daha yaygın olduğu ülkelerde ve sektörlerde kolaylıkla uygulanabilmektedir. Kısmi emeklilik düzenlemeleri, iş ve aile sorumlulukları arasında daha iyi bir denge sağlayabilme potansiyeline sahip olduğundan ve bireylerin işgücüne bağlılığını uzatabileceği için çalışmamız bağlamında özellikle önemlidir⁴.

Kısmi emeklilik sisteminde çalışılmayan dönemdeki gelir kaybını telafi eden kısmi yaşlılık aylığı, çalışmaya devam eden ancak çalışma saatlerini azaltan veya mesleki faaliyetlerinden elde ettikleri gelir belirli bir tavanın altında kalan yaşlı çalışanlara tam emeklilik aylığının bir kısmının periyodik olarak ödenmesini ifade etmekte olup hak sahibi tamamen emekli olduğunda veya belirlenen seviyenin üzerinde mesleki gelir elde etmeyi bıraktığında tam emeklilik aylığına dönüştürülerek yaşlılık aylığı kalemi altında kaydedilmektedir⁵.

Kısmi emeklilik, yasal emeklilik yaşına yaklaşan çalışanların emekli maaşlarının bir kısmını almaları ve aynı işverenle tam zamanlı çalışmaya göre çalışma sürelerinin azaltılarak iş görmeye devam

² KANTARCI, Tunga / BEEN, Jim / SOENST, Arthur van / VUUREN, Daniel van: "Partial Retirement Opportunities and the Labor Supply of Older Individuals", s. 1-2, <https://ssrn.com/abstract=4763666>.

³ OECD, s. 42.

⁴ ANGRISANI, Marco / CASANOVA, Maria / MEIJER, Eric: "Work-Life Balance and Labor Force Attachment at Older Ages", Working Paper 2017/366, Institute for Social Research Center, University of Michigan, 2017, s. 21-22.

⁵ EUROSTAT: European System of Integrated Social Protection Statistics, Manual and User Guidelines 2019 Edition, European Union 2019, s. 62.

etmelerine izin veren düzenlemeleri ifade eder. Özellikle yaşlılık aylığı almak için aranan yaş şartının genel olarak yüksek olduğu düşünüldüğünde, bu model tam zamanlı çalışmadan emekliliğe kademeli bir geçiş sağlamaktadır⁶. Aşağıda ele alınacağı üzere kısmi emeklilik sisteminin uygulandığı ülkelere bakıldığında kısmi süreli iş sözleşmesi ile yaşlılık aylığı almaya hak kazanamayan çalışanların çalışmasına imkân tanıyarak genellikle iş görme borcunu ifa etmedikleri dönemde yaşlılık aylığının bu kısma denk gelen miktarını almalarına imkân tanıyan mekanizmalar geliştirilmiştir.

Kısmi emeklilik uygulamalarında çalışma sürelerinin azaltılmasını sağlayan ilişki genel olarak iş hukukunda öngörülen kısmi süreli çalışma ile aynı özelliklere sahip bir iş ilişkisidir. Doktrinde, bu ilişkinin sona erme zamanı önceden belirlenebildiği için belirli süreli iş sözleşmesi olduğu, yine kısmi süreli sözleşmenin özel türleri olan iş paylaşımı ya da çağrı üzerine çalışma şeklinde yapılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁷.

B. Kısmi Emeklilik Sisteminin Avantajları

Sosyal güvenlik sistemlerinin yükünü hafifletmek amacıyla pek çok ülkede genel eğilim, yaşlılık aylığına hak kazanmak için aranan yaş şartının yükseltilmesidir. Yaşlılık aylığına hak kazanma yaşının yükseltilmesiyle bu sınıra ulaşamayan pek çok çalışan, sosyal güvenlik yardımlarından faydalanamamakta ve sosyal korumanın dışında kalmaktadır. Eurostat verileri, Avrupa ülkelerinde 50 ila 69 yaşları arasındaki aktif olmayan yaşlılık aylığı alan kişilerin dörtte birinin, sağlık sorunları, engellilik veya bakım sorumlulukları nedeniyle istihdamdan çekildiğini ortaya koymaktadır⁸.

Kısmi emeklilik düzenlemelerinin arkasındaki fikir, çalışanların tamamen emekli olmadan önce azaltılmış çalışma süreleri ile iş görmesi olup çalışanların iş stresinden kurtulmak için daha fazla zamana sahip olması ve daha iyi bir iş ve aile dengesi elde edebilme potansiyeline sahip olmalarıdır⁹. Bu şekilde işçiler daha uzun süre istihdamda kalarak iş görme borcunu ifa edebilir ve kısmi süreli çalışmanın yarattığı gelir kaybı kısmi emeklilik aylıkları ile telafi edilebilir.

Kısmi emeklilik sistemlerinin potansiyel avantajları bulunmaktadır. Belirtilen sistemde çalışma saatlerinin azaltılması ile daha az çalışılmakta iken kısmi emeklilik ile birleştiğinde kısmi süreli çalışmadaki gelir kaybını da ortadan kaldırmaktadır. Öte yandan kalifiye çalışanların erken yaşta istihdamdan çekilmesi yerine istihdamda kalma dönemini uzatabilmektedir¹⁰.

⁶ KIEL, Heinrich / LUNK, Stefan / OETKER, Harmurt: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd.2: Individualarbeitsrecht II, 5. Auflage, Deutschland 2021, §51 Rn. 1, s. 1152; PREIS, Ulrich / TEMMING, Felipe: *Arbeitsrecht*, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 6. Auflage, 2020, Rn. 1954, s. 421.

⁷ MÜLLER-GLÖGE, Rud I /PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid, (Hrsg.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, München 2020, ATG, § 8 Rn. 5, s. 623; SCHAUB, Günter (Hrsg.): *Arbeitsrecht-Handbuch*, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 19. neu bearbeitete Auflage 2021, § 84, Rn. 2, s. 927.

⁸ DUBOIS, Hans: "Working time arrangements for older workers: Partial retirement", *Foundation Focus*, Issue 19, December 2016, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, s. 17.

⁹ VAN SOLINGE, Hanna / VANAAN, Anushia / HENKENS, Kène: "Does Phased Retirement Increase Vitality in Older Workers? Findings from a 3-Year Follow-Up Panel Study", *Journal of Aging&Social Policy*, 2022, s. 2.

¹⁰ KANTARCI / BEEN / SOENST / VUUREN, s. 2-3.

Almanya'da *Kısmi Emeklilik Kanunu (Altersteilzeitgesetz-ATG¹¹)* bulunmaktadır. Belirtilen kanun ile kısmi emeklilik sisteminin özendirilmesi amacıyla belirli avantajlar düzenlenmektedir. Kısmi emeklilik sistemi kapsamında kısmi süreli çalışan işçi, tüm dönem için önceki ücretinin yarısı kadar ücret artışı halihazırda azaltılmış ücretin %20'si kadar ilave tutar ve § 3 uyarınca yaşlılık aylığı sübvansiyonu alır¹².

C. Kısmi Emeklilik Sistemi Uygulamasının Kaynakları

Avrupa ülkelerinde uygulama alanı bulan kısmi emeklilik sistemi, ülkeler bazında farklılıklar göstermektedir. Kimi ülkelerde kısmi emeklilik planı ulusal mevzuatla belirlenebilmektedir. Bu konuda en temel örnek, Alman sosyal güvenlik sistemi olup Almanya'da *Kısmi Emeklilik Kanunu* bulunmaktadır. Belirli bir yaşın üstündeki kişiler için kısmi zamanlı çalışma imkânı ile çalışmadığı süreler için emekli olabilme imkânı sağlayarak çalışma yaşamından yaşlılık aylığı almaya hak kazanmaya sorunsuz bir biçimde geçmeyi amaçlayan Alman Kısmi Emeklilik Kanunu, belirli bir yaşın üzerindeki çalışanların çalışma yaşamından ayrılmasını kademeli bir biçimde sağlamakta; onların iş ve aile yaşamı arasındaki dengeyi de gözetmesi yönünde imkân sunmaktadır¹³. Sisteme dahil olan çalışan kısmi süreli çalışmanın özel bir türü ile işçi iş görme borcunu ifa etmektedir¹⁴. Ayrıca belirtilen Kanuna dayanan 27 Şubat 2010 tarihinden itibaren yaşlı çalışanlar için esnek çalışma süresi düzenlemelerine ilişkin toplu sözleşme (*TV FlexAZ*) bulunmakta olup bu sözleşme, diğer hususların yanı sıra, kamu hizmeti toplu sözleşmesi (*TVöD*) kapsamına giren tüm çalışanların kısmi emeklilik sisteminden faydalanmasını sağlamaktadır¹⁵.

Kısmi emeklilik planları, herhangi bir ulusal mevzuata dayanmayan, belirli sektörleri kapsayan toplu sözleşmelerle de oluşturulabilir. Bazen şirketler, bu anlaşmaların daha sonraki bir tarihte uygulamaya konabilecek geniş yönergeleri dahilinde kendi kısmi emeklilik planlarını belirleme esnekliğine sahip olabilmıştır. Örneğin, Almanya'daki kauçuk üretimi ile ilgilenen şirket *Rubber Group* 2008 kimya endüstrisi sözleşmesi çerçevesinde 2013 yılında kısmi emeklilik planını oluşturmuştur¹⁶. Aynı zamanda Birleşik Krallık ve Hollanda'da sektör düzeyinde programlar yer almaktadır. Avrupa ülkelerinde büyük ölçekli şirketlerin esnek bir biçimde koşullarını belirlediği sistemler de mevcuttur (örneğin, Hollanda'da DSM, Shell ve Unilever)¹⁷.

¹¹ Altersteilzeitgesetz vom 23. Juli 1996 (BGBl. I S. 1078), https://www.gesetze-im-internet.de/alttzg_1996/AltTZG_1996.pdf (03.07.2022).

¹² STÖHR, s. 251.

¹³ DÜTZ, Wilhelm / THÜSING, Gregor: *Arbeitsrecht*, 26. neu bearbeitete Auflage, 2021, Rn. 512, s. 295; ERFK/ROLFS, ATG, §1 Rn. 1, s. 622; HENSSLER, Martin / WILLEMSSEN, Heinz Josef / KALB, Heinz- Jürgen: *Arbeitsrecht Kommentar*, 9. Auflage 2020, ATZB, § 2, ATZB Vorb. Rn. 18, s. 452.

¹⁴ MÜNCHHB-ARB / SCHÜREN, §51 Rn. 4, s. 1153.

¹⁵ İlgili toplu sözleşme tarafları 2023 toplu sözleşme turunda *TV FlexAZ*'ın uzatılması konusunda anlaşamaması nedeniyle 1 Ocak 2023'te kamu hizmetlerinde kaldırmıştır. Bu kapsamda Almanya'da yalnızca Kanun aracılığıyla kısmi emeklilik sisteminden yararlanmak söz konusudur. STÖHR, Lillemör Penelope: "Die Altersteilzeit nach dem TVFlexAZ", *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (öAT)*, 2023, s. 251.

¹⁶ Almanya'da toplu sözleşmeler yoluyla da kısmi emeklilik sözleşmeleri yapılmaktadır. HENSSLER / WILLEMSSEN / KALB / STINDT / NIMSCHOLZ, ATZB, § 2, Rn. 21, s. 459.

¹⁷ EUROFOUND: *Extending Working Lives through Flexible Retirement Schemes: Partial retirement*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016, s. 11 vd.

Kısmi emeklilik uygulamalarının yaygın olarak görüldüğü ülkelerden bir diğeri, iş ve aile yaşamı uygulamalarının görüldüğü İskandinav ülkeleridir. Finlandiya hariç İskandinav ülkeleri, Fransa ve Almanya gibi hem ulusal hem de sektör düzeyinde kısmi emeklilik planlarına sahiptir. Yine Avusturya, Belçika, Finlandiya ve Lüksemburg'da yalnızca ulusal programlar tanımlanmış; Çekya, Polonya, İtalya, İspanya ve Slovenya'nın ise hükümetlerce desteklenen ulusal programları bulunmaktadır.

II. KISMİ EMEKLİLİK SİSTEMİNİN ESASLARI

A. İşçi ve İşveren Arasında Anlaşma

Ülkeler uygulamasına bakıldığında genellikle çalışanlara kısmi emeklilik sistemine geçiş konusunda bir hak tesis edilmesi yerine işverenin onayına bağlanmıştır. Ancak toplu iş sözleşmesi veya işletme sözleşmeleri ile çalışanlara kısmi emeklilik sistemine dahil edilme hususunda bir hak tesis edilebilir. Bir çalışanın kısmi emekliliğe geçmesi için genellikle işverenin onayı gerekir. Uygulamada işverenlerin kısmi emekliliğe ayrılacak işgücü oranını işletme gerekleri sebebiyle sınırlandırdığı görülmektedir. Almanya'da örneğin, kimya endüstrisinde, o işletmede çalışanların en fazla %5'inin aynı anda kısmi emekliliğe ayrılabilmesi mümkündür. Diğer örneklerde ise işveren, ret için iyi bir neden sunulmadığı sürece (örneğin, Hollanda) işçinin kısmi emeklilik sistemine geçmesini kabul etmekle yükümlüdür¹⁸.

İstisnai de olsa bazı ülkeler kısmi emeklilik sistemine geçebilme konusunda çalışanlara hak tanımış olup işverenlerinin onayına yönelik yasal bir gereklilik yoktur. Danimarka'da ulaştırma sektöründe, Belçika'da 10'dan fazla çalışanı olan şirketlerde ve Fransa'da ulusal programda ve bazı şirket programlarında kısmi emeklilik buna örnek olarak verilebilir¹⁹.

Alman hukukunda kısmi emeklilik sistemine dahil olan çalışanlar için Kısmi Emeklilik Kanununda koruyucu düzenlemeler de yer almaktadır. Kanun § 8 göre, kısmi emeklilik sözleşmesi ile iş gören işçiler, feshe karşı korunmakta, işçinin bu şekilde iş görme borcu ifa etmesi bir fesih nedeni olmamakla birlikte, işverenin fesih yaparken kullandığı sosyal seçim aracında bir seçim unsuru teşkil etmeyecektir. § 8, III'e göre ise, işçi ile işveren yapacakları sözleşme ile işçinin emekliliğe hak kazandığı anda iş sözleşmesinin bildirimde bulunmaksızın sona ermesini kararlaştırabilirler.

B. Sisteme İlişkin Asgari Yaş Sınırı/Asgari Çalışma Süresinin Öngörülmesi

Avrupa ülkelerinde çalışanların kısmi emeklilik sistemine dahil olabilmesi için genellikle ya asgari yaş şartı ya da asgari sigortalılık süresi arandığı görülmektedir. Birçok Avrupa ülkesinde sisteme dahil olabilmek için asgari yaş şartı aranmaktadır. Örneğin, çalışanların Fransız kimya endüstrisinin kısmi emeklilik planından yararlanabilmeleri için en az 55, Danimarka'nın bahçecilik ve ormancılık planından yararlanabilmeleri için ise 58 yaşında olmaları gerekmektedir. Bununla birlikte çalışma yılı veya emeklilik planına yapılan katkı açısından da belirli şartlar aranmaktadır. Örneğin, İtalya'da erkeklerin 42 yıl 6 ay, kadınların ise 41 yıl 6 ay sosyal güvenlik sistemine katkıda bulunmuş olması gerekmektedir; Fransa'da 37,5 yıl sosyal güvenlik primi ödemiş olmak kaydıyla kısmi emeklilik sisteminden

¹⁸ EUROFOUND, s. 15-16.

¹⁹ EUROFOUND, s. 16.

faidalanilabilmektedir. Bazı ülkelerde ise hem asgari yaş ve çalışma yılı ya da yapılan katkıların bir kombinasyonu aranmaktadır. Örneğin, Polonya'da kadınlar en az 35 yıl çalıştıktan sonra 62 yaşından itibaren, erkekler ise en az 40 yıl çalıştıktan sonra 65 yaşından itibaren kısmi emeklilik aylığı alabilmektedir. İspanya'daki kısmi emeklilik programı için 61 yaş 4 aylık olmak ve sosyal güvenlik sistemine en az 34 yıl katkıda bulunmuş olmak ya da 61 yaş 8 aylık olmak ve sosyal güvenlik sistemine 33 yıl katkıda bulunmuş olmak gerekmektedir²⁰.

Alman hukukunda ise Alman Kısmi Emeklilik Kanunu, kısmi emeklilik sistemine girebilmek için 55 yaş sınırı getirmekte ve fakat normal emeklilik yaşının başlangıcına kadar çalışanın kısmi emeklilik sistemine dahil olarak kısmi süreli çalışma yapabilmesi kararlaştırılabilmektedir²¹. Ayrıca Kanunda çalışanın zorunlu sigortaya tabi olarak çalışıyorsa ve kısmi emekliliğin başlamasından önceki son beş yıl içinde en az 1080 gün zorunlu sigortaya tabi olarak çalışmışsa, işveren ücreti yarı zamanlı brüt ücretin en az %20'sine veya önceki (sabit oranlı) net ücretin %70'ine tamamlamakta ve en az önceki ücretin %90'ı (prim değerlendirme tavanını aşmamak kaydıyla) ile kısmi ücret arasındaki fark tutarında ek emeklilik sigortası primi ödemektedir²².

C. Çalışma Sürelerinin Azaltılması

Kısmi emeklilik uygulamasında çalışan normal çalışma sürelerinin azaltılması yoluyla kısmi süreli olarak iş görme borcunu ifa etmektedir. Kısmi emeklilik sisteminin uygulandığı ülkelerde çalışma sürelerinin ne şekilde azaltılabileceği konusunda azami ve asgari uygulamalar görülmektedir. Bu tip sınırlamalar özellikle kamu sektöründe çalışanlar için uygulanmaktadır. Örneğin, İspanyol kamu programında kısmi emekli olacak çalışan çalışma sürelerini %25 ila %50 oranında, Fransız kamu programında %40'tan %80'e ve Finlandiya kamu programında %35 ila %70 aralığında azaltabilir. Danimarka sisteminde azaltılmış çalışma süresi haftada 12 ile 30 saat arasında olmalıdır.

Bazı ülkelerin uyguladıkları sistemlerde ise programlar minimum çalışma saatlerini belirlemekte ve kesintiler çalışma saatlerini bu minimumun altına çekememektedir. İtalyan sisteminde kısmi emeklilerin haftada en az 18 saat çalışması gerekmekte iken İsveç kamu sektöründe tam zamanlı çalışma saatlerinin en az %50'sinde çalışmaları öngörülmektedir. Kısmi emekliliğin tam zamanlı saatlerin en fazla %50'sinde çalışılması şartına bağlandığı Slovenya planı gibi diğer programlar sadece maksimum çalışma saatlerini belirlemektedir²³.

Alman uygulamasında ise kısmi emeklilik sisteminde çalışan, § 2'de 55 yaşını doldurmuş olmak kaydıyla, işvereni ile anlaşarak önceki haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışabilecektir. Burada kısmi emeklilik başlangıcından hemen önce kararlaştırılan çalışma süresi dikkate alınmakta ve önem taşıyan husus, işçinin emekliliğe geçişten önceki çalışma süresinin yarısına kadar çalışma konusunda

²⁰ EUROFOUND 2016, s. 17 vd.; VAN SOLINGE / VANAJAN / HENKENS, s. 7-8.

²¹ SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Harmut / LIMPERG, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht- Besonderer Teil II, §§ 53-630, 8. Auflage 2020, Rn. 1214.

²² ERFK / ROLFS, ATG, § 8 Rn.10, s. 624.

²³ MÜNCHK / SPINNER, BGB § 611a, Rn. 1211.

işvereni ile anlaşmış olmasıdır²⁴. Bu sistemde işçi ile işveren genellikle belirsiz süreli olarak daha önceden yaptıkları bir sözleşmeyi kısmi süreli olacak biçimde değiştirmektedirler. Alman Kısmi Emeklilik Kanunu uyarınca kısmi emeklilik sistemi ile birleşen kısmi süreli çalışmada, önceki haftalık çalışma süresinin yarısına kadar çalışma sürelerinin azalması söz konusu olur. Burada kısmi süreli çalışmanın ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin kanuni bir sınırlama getirilmemiştir²⁵.

İşçi ile işverenin anlaşmasına bağlı olarak sürekli ya da blok halinde işçi iş görme borcunu ifa edebilir. İşçinin klasik kısmi süreli çalışma ile iş görme borcunu ifa etmesi, haftanın belirli günlerinde olabileceği gibi, her gün de olabilir. Bu sistemde ise daha yaygın olan blok halinde çalışma modeli karşımıza çıkar. İşçi başlangıçta belirli bir süre, örneğin, iki yıl, tam zamanlı çalışır, aslında kısmi süreli çalışması gereken tüm süreleri öncesinde çalışmış olur ve daha sonra aynı süre boyunca hiç iş görme borcu ifa etmez; bununla birlikte iş sözleşmesi askıda değildir²⁶. İşçi, öncesinde çalıştığı zamanın ücretini, çalışmadığı haftaya tekabül eden ve aslında çalışması gereken sürede alır. Bu model, çalışanın tam zamanlı olarak istihdam edildiği bir çalışma aşamasını ve ardından çalışanın artık herhangi bir iş yapmadığı bir serbest bırakma aşamasını içermektedir. Serbest bırakma aşamasının sonunda, burada söz konusu olan durumlarda iş ilişkisinin sona erdiği kabul edilir. Kısmi emeklilik sözleşmesinin tüm süresi boyunca, önceki maaşla orantılı olarak düzenli bir maaş kararlaştırılır, yani çalışan hem tam iş performansı ile çalışma aşamasında hem de iş performansı olmadan serbest bırakma aşamasında önceki maaşını orantılı olarak alır. İdeal olarak bu tür durumlarda çalışan, işten ayrılma aşamasından sonra emeklilik maaşı kesintisi olsun ya da olmasın yasal yaşlılık aylığını talep etmeyi planlamaktadır²⁷. Kısmi emekliliğin blok modeli kullanılarak gerçekleştirilmesi halinde, bloke edilen çalışma evresinde gerçekleştirilen iş için serbest bırakma evresinde ücret ödenmelidir. Kısmi emeklilik istihdam ilişkisi sırasında çalışan, fiili iş performansına karşılık gelen yarı zamanlı ücrete ve ayrıca kararlaştırılan ek ödemelere hak kazanır²⁸.

Çalışma saatleri, iş sözleşmesinin taraflarının uygun gördüğü şekilde dağıtılabilir; özellikle blok modelde, çalışan başlangıçta tam zamanlı olarak çalışmaya devam edebilir (aktif veya çalışma aşaması olarak bilinir) ve daha sonra tamamen çalışmayı bırakabilir (pasif veya serbest bırakma aşaması olarak bilinir). Bu durumda, çalışma aşaması sırasında çalışan, bir sonraki serbest bırakma aşaması ile ilgili olarak tüm iş yükünü önceden yerine getirir. Önceden gösterdiği performans ölçüsünde, bir yandan müteakip ücret ödemesine hak kazanırken, diğer yandan da çalışma yükümlülüğünden kurtulma ve dolayısıyla bir zaman kredisine hak kazanır²⁹.

Alman hukukunda özellikle blok çalışma halinde kısmi süreli çalışma yapılıyorsa çalışılmayan dönemde yıllık izin hakkını kullanmanın mümkün olup olmadığı yönünde tartışmalar yaşanmıştır.

²⁴ SCHAUB / VOGELANG, § 83 Rn. 3, s. 921; MÜNCHHB-ARB / SCHÜREN, §51 Rn. 11, s. 1154; PREIS / TEMMING, Rn. 1954, s. 421.

²⁵ HENSSLER / WILLEMSSEN / KALB / STINDT / NIMSCHOLZ, ATZB Vorb. Rn. 18, s. 453.

²⁶ SCHAUB / VOGELANG, § 83 Rn.11, s. 923; § 84 Rn.4, s. 928.

²⁷ MÜLLER, Rüdiger: "Zur Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe im Zusammenhang mit Altersteilzeitvereinbarungen", *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2017, s. 172.

²⁸ MÜNCHK / SPINNER, Rn. 1213.

²⁹ SCHAUB / KOCH, Alterteilzeitarbeit, Rn. 1.

Alman Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda, blok modelde çalışanın çalışma aşamasında tam tatil hakkı varken, çalışma yükümlülüğünün olmaması nedeniyle serbest bırakma aşamasında tatil hakkı olmadığı ifade edilmektedir³⁰. Avrupa Adalet Divanı ise, benzer bir uyuşmazlıkta izin, hastalık nedeniyle çalışma aşamasında yıllık izin hakkı tam olarak kullanılmadıysa, Avrupa hukuku gereklilikleri nedeniyle serbest bırakma aşamasında bu izin hakkı kaybedilemez ve kısmi emeklilik iş ilişkisinin sona ermesi üzerine işveren tarafından tazmin edilmelidir³¹. Kararda, bir işçinin sağlık nedenleriyle işe gelmemesi kuşkusuz işveren tarafından öngörülebilir olmasa da bu tür bir devamsızlığın, duruma göre, kademeli emeklilik planı bağlamında kısmi zamanlı bir iş ilişkisi söz konusu olduğunda, işçinin yıllık izin haklarını kullanmasını engelleyebileceğinin öngörülebilir olması gerektiği ifade edilmektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihadından da anlaşılacağı üzere, yıllık izin hakkı, Avrupa Birliği sosyal hukukunun temel bir ilkesi olan ücretli yıllık izin hakkının sadece iki yönünden birini oluşturmaktadır; diğer yönü ise, iş ilişkisinin sona ermesi nedeniyle iznini kullanamayan işçiye ödenmesi gereken ücrettir. Uyuşmazlığa konu olduğu hallerde, hastalık gibi öngörülemeyen koşullar nedeniyle iş ilişkisi sona ermeden önce ücretli yıllık izin hakkını kullanması engellenen bir işçinin yıllık izin ücreti ödenmelidir.

D. Çalışılmayan Dönemin Fonlanması

Kısmi emeklilik sisteminde çalışma saatlerinin azaltılması nedeniyle oluşan ücret kaybının telafisi, kamu fonları, işveren katkıları veya bizzat çalışanlar tarafından tasarruf planları veya gelecekteki emeklilik haklarındaki kesintiler yoluyla finanse edilmiştir. Çeşitli programlar bu kaynakların birleşimiyle finanse edilmektedir (örneğin, Fransa ve Almanya). Bazen finansman, gelecekteki vergilerle veya gelecek nesiller için emeklilik kesintileriyle finanse edilmek üzere tasarlanmıştır³².

- *Kamu fonları*; Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya programları dahil olmak üzere ulusal programlardan bazıları ağırlıklı olarak kamu sübvansiyonları tarafından finanse edilmiştir. Ulusal düzeyde yasalaştırılmayan sektör düzeyindeki planlar bile bazen kamu finansmanı almaktadır (Norveç'teki AFP gibi). Kamu finansmanı işveren, emeklilik fonları aracılığıyla kanalize edilebilir veya doğrudan çalışana gidebilmektedir.

- *İşveren fonları*; Bazı sektör düzeyindeki programlar, toplu sözleşmelerin bir parçası olarak işverenler tarafından finanse edilmektedir (İsveç kamu sektörü planı, Almanya'da Bayer şirketi³³).

- *Çalışan fonları*; Programların birçoğu, emeklilik yaşından önce alınan emekli maaşı miktarına iskonto edilen gelecekteki emeklilik haklarındaki indirimler yoluyla çalışanların kendileri tarafından finanse edilmektedir. Bunlar arasında Hollanda'daki mesleki ve şirket programları, Danimarka'daki ulaştırma sektörü, bahçecilik ve ormancılık sektörü planları ve Çek, Norveç ve İsveç ulusal programları yer almaktadır. Bazı programlar çalışan tasarruf programları tarafından finanse edilmektedir³⁴.

³⁰ BAG 23.9.2019 - 9 AZR 481/18.

³¹ European Court of Justice, 27.04.2023- C-192/22.

³² EUROFOUND 2016, s. 17 vd.

³³ DUBOIS, s. 19; EUROFOUND 2016, s. 24.

³⁴ OECD, s. 44.

Avrupa ülkelerindeki uygulamalara bakıldığında genel olarak kısmi emeklilik sisteminin finansmanında kamusal katkıların azaldığı gözlemlenebilmektedir. Kamu finansmanının yerini kısmi emeklilik sistemi finansmanı artık çoğunlukla şirket veya çalışan fonları ile yerine koymaya çalışılmaktadır³⁵.

SONUÇ

İnsan ömrünün uzaması ile birlikte sosyal güvenlik sistemlerindeki genel eğilim, sistemin yükünü azaltmak amacıyla bireylerin yaşlılık aylığına hak kazanma yaşını yükseltmektir. Bu nedenle yaşlılık aylığı almaya hak kazanma yaşının tüm OECD ülkelerinde yukarı ivmelendiği dönemde, yaşlılık aylığına hak kazanma yaşına gelmeden ve fakat yakın yaşlarda kısmi süreli çalışma ile çalışma sürelerinin gelir kaybı olmaksızın azaltılması sosyal güvenlik sistemlerinin sürekliliği için alternatif bir model olabilecek potansiyele sahiptir.

Kısmi emeklilik sistemi, Avrupa Birliği ülkelerinde iş ve aile yaşamı uyumunun sağlanmasını hedefleyen uygulamaların yaygınlaşması ile birlikte bakım yükümlülükleri olan çalışanların ailevi yükümlülüklerini yerine getirmesi, yaşlılık aylığına hak kazanamayan ve fakat tam zamanlı çalışmayan amacıyla istihdamdan kopmasını engelleyen ve çalışma yaşamında kalmasını sağlayabilecektir. Kısmi emeklilik sistemi yasal temellerinin sağlam bir zemine oturtulduğu hallerde kalifiye işçilerin çalışma yaşamı içinde daha uzun süre istihdam edilmelerine de hizmet edebilecektir. Almanya hariç diğer pek çok Avrupa ülkelerinde kanuni bir düzenleme olmamasına rağmen kısmi emeklilik sistemi ulusal programlar veya işletmelerin emeklilik programları kapsamında oldukça yaygındır.

Kısmi emeklilik sisteminin problem yaratabilecek noktası, kısmi süreli çalışılan dönem dışındaki dönem ücretinin telafi usulüdür. Çalışmamızda ele aldığımız üzere kısmi emeklilik sisteminde çalışılmayan dönemin fonlanması genellikle kamu desteği ile yürürken günümüzdeki eğilim, bu konuda kamunun fon oluşturması yerine, çalışan ve işveren fonları ile sistemin işlerliğinin sağlanmasıdır. Kanaatimizce çalışan kısmi emeklilik kapsamında kısmi süreli çalışma gerçekleştiriyorsa çalışmadığı dönem için yaşlılık aylığının belirli bir kısmının ödenmesi, çalışanın gelir kaybı yaşamaksızın istihdamda kalmasını da sağlayabilecektir. Ülkemiz sosyal güvenlik sisteminde de tartışılan erken emeklilik ile geç yaşta emeklilik uygulaması arasında tercih edilebilecek bir model olması sebebiyle yasal düzenlemeler ile işlerlik kazandırılabilir.

KAYNAKÇA

ANGRISANI, Marco / CASANOVA, Maria / MEIJER, Eric: "Work-Life Balance and Labor Force Attachment at Older Ages", Working Paper 2017/366, Institute for Social Research Center, University of Michigan, 2017.

³⁵ EUROFOUND 2016, s. 24.

DUBOIS Hans: “Working time arrangements for older workers: Partial retirement”, *Foundation Focus*, Issue 19, December 2016, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.

DÜTZ, Wilhelm / THÜSING, Gregor: *Arbeitsrecht*, 26. neu bearbeitete Auflage, 2021.

EUROFOUND: *Extending Working Lives through Flexible Retirement Schemes: Partial Retirement*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016.

EUROSTAT: *European System of Integrated Social Protection Statistics*, Manual and User Guidelines 2019 Edition, European Union 2019.

HAAN, Peter / TOLAN, Songül: “Labor supply and fiscal effects of partial retirement – The role of entry age and the timing of pension benefits”, *The Journal of the Economics of Ageing*, Vol. 14 2019, s.1-15.

HENSSLER, Martin / WILLEMSEN, Heinz Josef / KALB, Heinz- Jürgen: *Arbeitsrecht Kommentar*, 9. Auflage 2020. (HENSSLER / WILLEMSEN / KALB / BÖLÜM YAZARI)

KANTARCI Tunga / BEEN, Jim / SOENST, Arthur van/VUUREN Daniel van: *Partial Retirement Opportunities and the Labor Supply of Older Individuals*, s. 1-2, <https://ssrn.com/abstract=4763666>.

KIEL, Heinrich / LUNK, Stefan / OETKER, Harmurt: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd.2: Individualarbeitsrecht II, 5. Auflage, Deutschland 2021. (MünchHB-ARB/BÖLÜM YAZARI).

MÜLLER, Rüdiger: “Zur Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe im Zusammenhang mit Altersteilzeitvereinbarungen”, *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2017, s.172-174.

MÜLLER-GLÖGE, Rudi / PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid, (Hrsg.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, München 2020. (ERFK / BÖLÜM YAZARI).

OECD: *Flexible Retirements in OECD Countries*, Pensions at a Glance, Chapter 2, OECD and G20 Indicators 2017.

PREIS, Ulrich / TEMMING, Felipe: *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, 6. Auflage C.H.Beck 2020.

SCHAUB, Günter (Hrsg.): *Arbeitsrecht-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 19. neu bearbeitete Auflage 2021. (SCHAUB/BÖLÜM YAZARI)

STÖHR, Lillemör Penelope: “Die Altersteilzeit nach dem TVFlexAZ”, *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (öAT)*, 2023, s. 250-253.

VAN SOLINGE, Hanna / VANAJAN, Anushia / HENKENS, Kène: “Does Phased Retirement Increase Vitality in Older Workers? Findings from a 3-Year Follow-Up Panel Study”, *Journal of Aging & Social Policy*, 2022, s. 2.

**KESİNLEŞMEDEN İCRA EDİLEMeyecek MAHKEME KARARLARIN KAPSAMI VE AMACI
(HMK m. 350/2)**

**SCOPE AND PURPOSE OF COURT DECISIONS THAT CANNOT BE ENFORCED BEFORE FINALISATION
(HMK Art. 350/2)**

Doç. Dr. Uğur BULUT*

ÖZET

Medenî usûl hukukunda bir karara karşı kanun yoluna başvurulmuş olması, kendiliğinden kararın icra edilmesini durdurmaz (HMK m. 350, 367). Bu nedenle, kural olarak, ilâm niteliğindeki bir kararın icra işlemlerine konu edilebilmesi için kesinleşmesi şart değildir. Ancak, çeşitli kanun hükümleriyle veya uygulamada ortaya çıkan içtihatlarla bu kurala birçok istisna getirilmiştir. Örneğin, kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar (HMK m. 350/2, 367/2), Sayıştay ilâmları (SayK m. 53/1), ceza mahkemelerinin mahkûmiyete ilişkin kararları (CGTİK m. 4), gemilere ve gemilerle ilgili aynı haklara ilişkin kararlar (İİK m. 31/a), yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hakkındaki kararlar (MÖHUK m. 57/2), borçlu tarafından açılan menfî tespit davası neticesinde hükmedilen tazminat ve yargılama giderleri (İİK m. 72/4-5) kesinleşmedikçe icra edilemez. Ayrıca, Yargıtay kararlarında çeşitli davalarda verilen kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceği yönünde uygulamalar da kabul edilmiştir.

Çalışmamız kapsamında özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 350. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kesinleşmeden icra edilebilme kuralı ve ikinci fıkrasında düzenlenen istisnaların kapsam ve amacı incelenecektir. Bu çerçevede, kişiler hukuku, aile hukuku veya taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin herhangi bir değişiklik sonucu doğurmayacak olsa dahi bu tür tartışma ve değerlendirmelerin yapıldığı kararların kesinleşmeden icra edilemeyecek nitelikte kabul edilmesi yönündeki uygulama da değerlendirilecektir.

Kanaatimizce, kesinleşmeden icra edilememeye yönelik kararların kapsamı, kararların icra edilmesi noktasındaki kural ve istisnaları amaçsal olarak yorumlanarak belirlenmelidir. Özellikle istisnaların dar yorumlanmasına ilişkin genel hukuk kuralı da burada dikkate alınmalıdır. Böylece, istisnâ düzenlemenin amacı, kararın sonradan kanun yolunda kaldırılması veya bozulması hâlinde ilgili kararların konusunu oluşturan hususlarda yapılmış icraî işlemlerden kaynaklanacak olumsuzlukları engellemek ise, böyle bir olumsuzluğun mevcut olmadığı durumlarda genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir sebep de yoktur. Aksi bir kabul, kuralın anlam ve amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, örneğin, her aynı hak tartışmasının yapıldığı veya aynı hakka dayanan yargılama neticesinde verilen kararların değil, sadece aynı hak değişikliği oluşturmaya elverişli kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Benzer sonuçlar, kesinleşmeden icra edilebilmek bakımından getirilen diğer düzenlemeler için de geçerlidir.

Anahtar Kelimeler: icra, kesinleşme, aile hukuku, şahsın hukuku, aynı hak

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ugur.bulut@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4347-1799.

ABSTRACT

In civil procedure law, application for legal remedy against a court decision does not automatically suspend the enforcement of the judgement. Therefore, as a rule, it is not necessary for a judgment to be finalised in order to be subject to enforcement proceedings. However, many exceptions to this rule have been introduced by various legal provisions or case law arising in practice. For example, decisions on the law of persons, family law and real rights related to immovable property, judgements of the Court of Accounts, decisions of criminal courts regarding convictions, decisions on ships and real rights related to ships, decisions on the enforcement of foreign court judgements, compensation and judicial expenses awarded as a result of the negative declaration lawsuit filed by the debtor cannot be enforced until they are finalised. Furthermore, the Court of Cassation also accepts that some other judgements rendered in various cases cannot be enforced until they are finalised.

Within the scope of our study, the scope and purpose of the rule of enforceability before finalisation regulated in the first paragraph of article 350 of the Code of Civil Procedure and the exceptions regulated in the second paragraph will be examined. Within this framework, the practice of accepting the decisions in which discussions and evaluations related to law of persons, family law or real rights are made as unenforceable before finalisation, even if they do not result in any changes regarding realted rights, will be evaluated.

In our opinion, the scope of the decisions that cannot be enforced before finalisation should be determined by interpreting the rules and exceptions for the enforcement of the decisions in a purposive manner. In particular, the general rule of law regarding the narrow interpretation of exceptions should also be taken into consideration here. Thus, if the purpose of the exceptional regulation is to prevent the negative effects that may arise from the execution of the judgements in the event that the judgements are subsequently reversed or annulled on the legal remedy, there is no reason to depart from the general rule in cases where such a negative effect does not exist. Otherwise, it would be incompatible with the meaning and purpose of the rule. For this reason, for example, it should be accepted that not all judgements in which a real right is disputed or the judgements rendered as a result of the proceedings based on real rights, but only the judgements that are capable of constituting a change in real rights, cannot be enforced before finalisation. Similar conclusions also apply to other regulations accepted in terms of enforceability before finalisation.

Keywords: execution, finalisation, family law, personal law, real right

GİRİŞ

Belirli bir eda hükmünü içeren mahkeme kararları ilâmlı icra yoluyla yerine getirilir. İlgili mahkeme kararının bu şekilde icra edilebilmesi için, kural olarak, kesinleşmiş olması şart değildir. Bu nedenle, karara karşı kanun yoluna başvurulmuş ve kanun yolu incelemesi sürüyorken aynı zamanda kararın icra edilmesi işlemleri de kesintisiz bir şekilde devam edebilir. Kanun yolu aşamasında kararın ortadan kaldırılması veya bozulması hâlinde ise icra işlemleri olduğu yer durur (İİK m. 40). Diğer yandan, kanun yoluna başvuran taraf, teminat göstermek şartıyla icra işlemlerinin kanun yolu incelemesi neticeleninceye kadar geri bırakılmasını da sağlayabilir (İİK m. 36).

Kesinleşmeden icra edilmesi mümkün olan kararlar için öngörülen bu düzenlemeler haricinde, istisnâ olarak bazı konulardaki kararların icra edilebilmesi için kararın hatalı olma ihtimâlinin bertaraf edilebilmesi için kesinleşmiş olma şartı aranmıştır. Kanun koyucu, çeşitli özel düzenlemelerle kabul edilen istisnalar haricinde, genel olarak aile ve şahsın hukuku ile taşınmazın aynına ilişkin kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Ancak, kanunda sayılan bu üç alana ilişkin olmakla beraber tam olarak hangi kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceği noktasında uygulamada tereddüt yaşandığı ve farklı kararlarla karşılaştığı da görülmektedir.

Çalışmamızda, mahkeme kararlarının kesinleşmesi ve icra edilmesinden anlaşılması gerekenin ne olduğu ortaya konularak kesinleşme ve icra edilme ilişkisi açıklanmış; daha sonra ise, kesinleşme ve icra edilme ilişkisindeki kural ve istisnalar ortaya konulmuştur. Bu noktada, yargı kararları ve doktrindeki görüşler ile karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere yer verilerek ilgili kural ve istisnaların amacından hareketle bir sonuca varılmaya çalışılmıştır.

I. MAHKEME KARARLARININ KESİNLEŞMESİ VE İCRA EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Maddî hukukta düzenlenen hakların ihlâl edilmesi veya ihlâl tehlikesinin ortaya çıkması neticesinde ortaya çıkan uyuşmazlık mahkemeler aracılığıyla çözülecektir. Tarafların mahkemeye başvurusu kural olarak zorunlu olmayıp çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle de uyuşmazlığın giderilmesi mümkündür. Ancak, devlet, hakkı ihlâl edilen kişinin kendi hakkını kendisinin aramasını kural olarak yasaklamıştır. Bu nedenle, alternatif yöntemlerle sonuca gidilemeyen durumlarda mahkemeye yapılacak başvuru ile maddî hukukta düzenlenen hakkın yerine getirilmesi sürecinin ilk aşaması başlatılmış olur.

Yargılama neticesinde mahkemece verilen karara rağmen, hakkın karşı tarafça yerine getirilmemesi durumunda da hakkı ihlâl edilen kişinin mahkemece hükmedilen sonucu kendisinin elde etmeye çalışması mümkün değildir. Bu durumda ilgilinin, yargılama aşamasının bir uzantısı olarak devletin yetkili icra organlarına başvurarak bu organlar aracılığıyla mahkeme kararının icra edilmesini talep etmesi mümkündür. Bu nedenle, esasen mahkeme yargılaması ve bu aşamada verilen karar ile bu kararın icra edilmesi birbirini tamamlayıcı ve bütünlük arz eden süreçlerdir. Nitekim, ancak her iki aşamasının da başarılı olarak sonuçlandırılması hâlinde hakkı ihlâl edilen kişinin talep ettiği sonuca ulaşması sağlanabilir.

Mahkemece bir karar verilmiş olmasına rağmen bu kararın hatalı olması ihtimâli ve buna bağlı olarak üst yargı organları tarafından yapılan denetim neticesinde değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması da mümkündür. O hâlde, hakkını mahkeme kararıyla tespit ettirerek lehine belirli bir sonuca hükmedilen taraf ile bu sonucun hatalı olduğunu tespit için gerekli yollara başvuran taraf arasındaki menfaat dengesinin sağlanması gerekir. Bu noktada, kanun koyucu çeşitli tercihler yaparak ve bazı durumlarda tarafların menfaatleri yanında üçüncü kişilerin menfaatlerini de dikkate alarak düzenlemeler yapmıştır. İlgili düzenlemelerin yorumlanmasında bu düzenlemelere kaynaklık eden menfaatlerin gözardı edilmemesi gerekir.

B. Kesinleşme ve İcra Kavramları

Hukukî olarak kesinleşme, şeklî ve maddî anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şeklî anlamda kesinleşme, kanun yolu niteliğindeki hukukî çare başvurularını ayırt etmek için kullanılmakta

ve ilgili karara karşı başvurulacak bir kanun yolunun mevcut olmaması veya kanun yoluna başvuru süresinin dolmuş olması olarak ifade edilmektedir. Maddî anlamda kesinleşme ise, şeklî olarak kesinleşmiş bir mahkeme kararının mahkeme tarafından değiştirilememesi; bu karara karşı olağan kanun yollarına başvurulamaması; tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davanın sonradan tekrar açılmaması anlamına gelmektedir¹. Bu kapsamda, kesinleşmeden icra edilemeyecek mahkeme kararlarının tespiti bakımından önemli olan şeklî anlamda kesinleşme ve bu kesinleşmenin gerçekleştiği andır².

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kanun yoluna başvuru süresinin dolması neticesinde şeklî anlamda kesinleşen bir hükme karşı eski hâle getirme talebiyle kanun yoluna başvurulmuş olması, tek başına ilâmın icra edilmesini engelleyici etki doğurmaz (HMK m. 99). Bu durumda, kanun yolu mahkemesi tarafından eski hâle getirme talebinin kabul edilmesine kadar şeklî anlamda kesinlik etkisinin devam ettiğini kabul etmek gerekir³. Kuşkusuz, ilgili kanun yolu incelemesini yapan mahkeme ilâmın icra edilmesini durdurma yetkisini haizdir. Benzer şekilde yargılamanın yenilenmesinin talep edilmesi hâlinde de mahkemece dava kabul edilerek yeni bir karar verilmesinden önce şeklî anlamda kesinlik etkisinin sürdüğünü ve bu ana veya mahkemece icranın durdurulmasına karar verilinceye (HMK m. 381) kadar icranın durmayacağını kabul etmek gerekir.

İcra, hukukî olarak, maddî hukuktan kaynaklanan taleplerin devletin yetkili organları ve kamu gücü tarafından gerçekleştirilmesine hizmet eden faaliyet olarak tanımlanabilir. İcra faaliyeti, cüz'î ve küllî icra olarak temel iki türe ve cüz'î icra da kendi içerisinde ilâmlı ve ilâmsız icra olmak üzere iki alt türe ayrılmaktadır⁴. İlâmlı icra, eda hükmü niteliğindeki mahkeme kararları⁵ haricinde özel

¹ Bkz. POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020 (Usûl), s. 749 vd; TANRIVER, Süha: İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcra İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996 (İlâmlı İcra), s. 145 vd; TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. II, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022 (Cilt 2), s. 115 vd; ATALI, Murat: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 2055 vd.

² KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. III, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul 1993 (Cilt 3), s. 2207; KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (El Kitabı), s. 922; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 159, 161; TANRIVER, Cilt 2, s. 118. Kararın kendisi kesinleşmeden icra edilemeyecek nitelikte ise tavzih kararının da icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1061; ÖZBEK, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcra Etkinliği, C. II, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (İlâmlı İcra), s. 810; ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlâmların Kesinleşmeden Önce İcra Konulması", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, (Kesinleşmeden İcra), s. 61.

³ TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 149; TANRIVER, Cilt 2, s. 119; TERCAN, Erdal: Eski Hale Getirme, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 298-299; ERDÖNMEZ, Güray: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 483; "Hükmün şekli anlamda kesinliği olağan kanun yolu süresinin geçirilmesi üzerine eski hâle getirme talebinde bulunması ve bu talebin yerinde görülmesi ile sona erer." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.03.2023 tarih E: 2021/900 K: 2023/235 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.11.2022 tarih ve E: 2020/636 K: 2022/1540 sayılı kararı (Lexpera).

⁴ KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 3. Baskı, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1988 (Cilt 1), s. 28-33; KURU, El Kitabı, s. 56-58; ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 2004, s. 10-11; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 46-49; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2023, s. 7-8.

⁵ KURU, Cilt 3, s. 2139; KURU, El Kitabı, s. 894; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 480; YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (İcra Şerh), s. 124; PEKCANİTEZ /

düzenlemelerle ilâm niteliğinde kabul edilen diğer bazı belgelere (İİK m. 38; AvK m. 35/A; HUAK m. 18/2, 4) de dayanılarak başvurulabilecek bir yoldur. Bu kapsamda, kesinleşmeden icra edilemeyecek mahkeme kararların tespiti bakımından inceleme konusu yapılacak husus, eda hükmü içeren mahkeme ilâmları ve bu ilâmların ilâmlı icraya konu edilmesidir⁶.

Eda hükmü içermeyen mahkeme kararlarının ilâmsız icra takiplerinde itirazın kaldırılması aşamasında kullanılması da mümkün olup bu hususa ilişkin açıklamalarda da kesinleşmeden icra edilebilmeye bağlantılı açıklamalar yapılabilmektedir⁷. Ancak, eda içermeyen tespit hükümlerinin ilâmlı icra takibi yoluyla yerine getirilmesi zaten mümkün değildir. Bu nedenle, tespit hükmü içeren bir hükmün kesinleşmeden icra edilemeyeceği yönündeki açıklamayla anlatılmak istenen, böyle bir hükmün ilâmsız icra takibine yapılan itiraz neticesinde itirazın kaldırılması yargılamasında kullanılabilecek bir belge niteliğinde olabilmesi için kesinleşmesi gerektiğidir.

Kesinleşme ve icra edilebilmeye ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı gibi, esasen bir kararın kesinleşmesi ile icra edilmesi birbirinden çok farklı hususlardır. Kesinleşmesine rağmen icra edilemeyecek kararlar olabileceği gibi, icra edilebilmesine rağmen kesinleşmemiş kararlar da olabilir. Örneğin, bir tespit hükmü kesinleşmesine rağmen icra edilemeyecekken bir para alacağına ilişkin eda hükmünün kesinleşmeden icra edilmesi mümkün olabilir⁸.

II. KESİNLEŞME VE İCRA EDİLME İLİŞKİSİ

ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 308; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 63; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 433. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 41 vd.

⁶ Mahkeme kararlarının ilâmsız icraya konu edilemeyeceği yönünde bkz. "Ödeme emrine itirazın pratik sakıncaları borçlunun icranın geri bırakılması (tehir-i icra) imkanından yararlanamaması ve açılacak itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davaları sonucunda hükme bağlanacak icra inkar tazminatının haksızlığı noktalarında toplanmaktadır. Her şeyden önce borçlunun zaten bir mahkeme kararı ile borçluluğunun sabit olduğu ve aleyhindeki takibe itiraz etmemesi gerektiği fikri ileri sürülebilir. Bu durumda borçlu borcu ödemek zorunda kalacak ve haciz gibi icrai işlemlere muhatap olacak, bunun dışında ilave icra giderleri ile yükümlü hale gelecektir. Diğer taraftan mahkeme kararının hatalı olduğu, aslında borçlu görünen kimsenin hiç ya da gösterilen tutarda borçlu olmadığı istinaf veya temyiz incelemesi üzerine anlaşılırsa bu kez hem borçlu için ödediği meblağı geri alma çabası gündeme gelecek hem de icra organı bu kez haksız çıkan alacaklıdan para tahsili ile meşgul olacaktır. İkinci sorun sırf alacağın dayandığı kararın şekli anlamda kesinleşmesi sürecinde haciz baskısından korunmak ve olası ödemenin geri alınmasındaki güçlükten kurtulmak isteyen borçlunun itirazı nedeniyle (itirazın iptali veya kaldırılması yargılaması sonunda) yüzde yirmi oranında icra inkar tazminatı ile sorumlu tutulmasının (İİK.m. 67-68) yarattığı haksızlık duygusudur. Alacaklının bu yöntemi seçmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK.m.2) kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29 uncu maddesi hukuk yargılaması usulünde de dürüstlük kuralının uygulanacağını hüküm altına almıştır; bu ilkenin icra ve iflas hukukunda da cari olduğu her türlü tereddütten uzaktır. Açıklanan tüm bu olgular karşısında ilâmların genel haciz yolu ile ilamsız takibe konu edilmesinin icra hukukuna ve yargılama tekniğine uygun düşmediği, bu yola başvurmakta alacaklının hukuki yararının bulunmadığı gibi borçlunun hukuki durumunun ağırlaştırıldığı ve taraflar arasındaki menfaatler dengesinin bozulduğu sonucuna varılmış ve içtihatların "ilama dayalı bir alacağın ilamsız takip konusu yapılamayacağı" yönünde birleştirilmesine karar verilmiştir." Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 26.05.2017 tarih ve E: 2017/2 K: 2017/3 sayılı kararı (RG, 21.07.2017, S. 30130).

⁷ Kira tespiti hakkında verilen kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceği hakkında bkz. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 12.11.1979 tarih ve E: 1979/1 K: 1979/3 sayılı kararı (RG, 13.01.1980, S. 16868). Bu karara yönelik haklı eleştiriler için bkz. KURU, Cilt 3, s. 2213; KURU, El Kitabı, s. 923.

⁸ ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Auflage, C.H. Beck, München 2018, § 150, Rdnr. 4.

A. Genel Olarak

Daha önce de değinildiği üzere, mahkeme kararlarının icra edilmesi bakımından kabul edilen kesinleşme şekli anlamda kesinleşmedir⁹. Henüz bu kapsamda kesinleşmeden önce icra edilmesi mümkün olan kararlar bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nun 36. maddesinde icranın geri bırakılması düzenlenmiştir. Böylece kesinleşmeden icra edilmesi mümkün olan bir kararın kanun yoluna konu edilmesi hâlinde, istisnaî olarak icra işlemlerinin de kanun yolu incelemesinin sonuna kadar durdurulması mümkün kılınmıştır. Buna göre, ilâma karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu, hükmolunan para veya eşyanın resmî bir mercie depo edildiğini ispat eder yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehni veya esham veya tahvilât veya taşınmaz rehni veya muteber banka kefaleti gösterirse veya borçlunun hükmolunan para ve eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise icranın geri bırakılması için takibin yapıldığı yer icra mahkemesinden¹⁰ karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilir. Bu süre ancak zorunluluk hâlinde uzatılabilir. Bölge adliye mahkemesinin başvurunun esastan reddine ilişkin kararına karşı temyiz yolunun açık olması hâlinde, temyiz yoluna başvurma süresinin dolmasına kadar icranın geri bırakılması kararının etkisi devam eder¹¹.

⁹ KURU, Cilt 3, s. 2190, 2206; KURU, El Kitabı, s. 921; THOMAS, Heinz / PUTZO, Hans / SEILER, Christian; Zivilprozessordnung, 41. Auflage, C.H. Beck, München 2020 (THOMAS / PUTZO), § 704, Rdnr. 2.

¹⁰ Daha önce kanun yolu mahkemesine ait olan icranın geri bırakılmasına karar verme yetkisi 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucu icra mahkemesine verilmiştir. Bu değişikliğe ilişkin yerinde eleştiriler için bkz. ÖZEKES, Muhammet: "İcranın Geri Bırakılması Hakkında (İİK m. 36) 7343 S.K. ile Yapılan Değişiklikler ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar", *YBHFD*, 2022/2, (İcranın Geri Bırakılması), s. 64 vd.

¹¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KURU, Cilt 3, s. 2191 vd; KURU, El Kitabı, s. 916 vd.

Kesinleşmeden icra edilemeyecek nitelikte bir karar henüz kesinleşmeden ilâmlı icraya konu edilmiş ise, icra memuru takip talebini reddetmelidir¹². Buna rağmen, icra emri gönderilmiş ise, bu icra emrinin süresiz şikâyet¹³ yoluyla iptali mümkündür¹⁴.

¹² ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 486; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 162; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 68. Aksi yönde “Ayrıca İİK’nun 32. maddesinde “para borcuna veya teminat verilmesine dair olan ilam İcra Dairesine verince İcra Müdürü borçluya bir icra emri tebliğ eder” düzenlemesine yer verilmiş bu madde ve devamında İcra Müdürüne ilamın kesinleşip kesinleşmediğini araştırma görevi verilmemiştir. Bu husus icra emri tebliğinden sonra borçlunun şikâyeti üzerine İcra Mahkemesince incelenip karara bağlanır. O Halde Mahkemece şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 17.01.2013 tarih ve E: 2012/13098 K: 2013/381 sayılı kararı (Lexpera).

¹³ “Sadece taşınmazın aynı ile ilgili ilamlar ile şahsın hukukuna ve aile hukukuna ilişkin ilâmlara dayalı ilâmlı takiplere yönelik ilâmın kesinleşmeden icra edilemeyeceği şikâyetinin süresiz olduğu, bunun dışındaki ilâmlar ile ilgili kesinleşmeden icra edilemeyeceğine ilişkin şikâyetin yedi günlük süreye tâbi olduğu yönünde bir ayırım yapılması hâlinde, hâkimin önüne gelen şikâyetin esasını çözecek şekilde inceleme yaptıktan sonra şikâyetin süresiz mi yoksa yedi günlük süreye mi tâbi olduğunu belirlemesi, kesinleşmeden icraya konulabilecek ilâm ise şikâyetin esasını da inceledikten sonra şikâyetin süreden reddine karar vermesi gerektiği sonucu doğmaktadır. Kesinleşme ilâmlı takibin esaslı unsuru olduğundan bu konudaki şikâyetin herhangi bir ayırım yapmadan süresiz şikâyete tâbi olduğunun kabulü gerekir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 18.05.2022 tarih ve E: 2019/239 K: 2022/675 sayılı kararı (Lexpera).

Hatta bu hususun açıkça ileri sürülmemiş olsa bile icra mahkemesi tarafından re’sen incelenebileceği hakkında bkz. “Yukarıda da açıklandığı üzere HMK’nun 350. maddesinin 2. fıkrasına göre kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez. Bu durumda çocuk teslimi hakkındaki ilâmın icraya konulabilmesi için de kesinleşmesi şarttır. Kamu düzenine ilişkin olan bu konunun mahkemece re’sen dikkate alınması ve kesinleşmeden icraya konulan ilam nedeniyle takibin iptaline karar vermesi usul ve yasaya uygundur.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.04.2015 tarih ve E: 2013/2200 K: 2015/1223 sayılı kararı (Lexpera).

¹⁴ KURU, Cilt 3, s. 2214; KURU, El Kitabı, s. 926; PEKCANİTEZ, Hakan / SİMİL, Cemil: İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 198; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 162; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 69-70.

B. Kural

Kural olarak, Türk hukukunda¹⁵ bir mahkeme kararının icra edilebilmesi için kesinleşmesi şart değildir¹⁶. Bu nedenle, karara karşı üst mahkemede kanun yolu incelemesi devam ediyorken icra işlemleri de aynen devam edebilir. Ancak, bu kural mahkeme kararının kanun yolu aşamasında ortadan kaldırılması veya bozulmasından önce geçerli olup üst mahkeme tarafından karar ortadan kaldırıldıktan veya bozulduktan sonra artık kararının icraya konu edilmesi mümkün değildir¹⁷.

C. İstisnalar

Kesinleşmeden icra edilebilme kuralına çeşitli düzenlemelerle birçok istisna getirilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen şahsın ve aile hukuku ile taşınmaz mallarda aynî haklara ilişkin kararlar haricinde (HMK m. 350/2, 367/2), Sayıştay ilâmlarının (SayK m. 53/1), ceza mahkemelerinin mahkûmiyete ilişkin kararlarının (CGTİK m. 4), gemilere ve gemilerle ilgili aynî haklara ilişkin kararların (İİK m. 31/a), yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hakkındaki kararların (MÖHUK m. 57/2), borçlu

¹⁵ İsviçre hukukunda, kişilik hakları ihlâl edilenlerin cevap hakkı ile geçici hukukî koruma kararları haricinde istinaf kanun yolu başvurusunda bulunmuş olması kararın icra edilmesini engellemektedir. Ancak, karşı taraf için telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilecek nitelikte ise, geçici hukukî koruma kararlarının icrası da geri bırakılabilmektedir. İstinaf mahkemesi, gerektiğinde teminat veya başka bir tedbir karşılığında, kanun yolu incelemesi tamamlanmadan kararın icra edilebileceği yönünde karar verme yetkiyle donatılmıştır (SchwZPO Art. 315; SPÜHLER, Karl / TENCHIO, Luca / INFANGER, Dominik: Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2017 (BSK ZPO), Art. 315, Rdnr. 6; MEIER, Isaak: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2010, s. 451). Temyiz aşamasında ise, inşaî hükümler haricinde temyiz başvurusunun icrayı engellemeyeceği kabul edilmiştir (BGG Art. 103). Böylece İsviçre hukuk sisteminde, mahkeme kararlarının kesinleşmeden icra edilmesi bakımından istinaf ve temyiz aşamasında farklı sistemlerin kabul edildiği; istinafa konu edilen kararın kural olarak icra edilemeyeceği; ancak, temyiz başvurusunun, kural olarak, icrayı etkilemediği söylenebilir. Bkz. BAUMGARTNER, Samuel / DOLGE, Annette / MARKUS, Alexander R. / SPÜHLER, Karl: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2018, s. 411, 422.

Alman hukukunda da bir mahkeme kararının icra edilebilmesi için kesinleşmiş veya kesinleşmemiş olmasına rağmen ayrıca bir icra edilebilirlik kararı verilmiş olması gerekmektedir (ZPO § 704; WIECZOREK, Bernhard / SCHÜTZE, Rolf A. / HESS, Burkhard: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Auflage, 8. Band, De Gruyter, Berlin-Boston 2013 (WIECZOREK / SCHÜTZE), § 704, Rdnr. 4; THOMAS / PUTZO / SEILER, § 704, Rdnr. 3). Bu yönde bir icra edilebilirlik kararı verilmemiş ise, istinaf veya temyiz aşamasında, istinaf veya temyiz süresi geçtikten sonra istinaf veya temyiz mahkemesi tarafından kararın icra edilebileceğine karar verilebilmektedir (ZPO § 537, 558). Ancak, diğer tarafın, teminat yatırarak veya duruma göre teminat dahi yatırmaksızın icranın geçici olarak durdurulmasını sağlaması da mümkündür (ZPO § 707, 719/2). O hâlde, Alman hukuk sisteminde mahkeme kararlarının icra edilebilmesi için kural olarak kesinleşmesi gerektiği; istisnaî olarak, kesinleşmeden önce icra edilebilme yönünde teminat karşılığında veya duruma göre teminatsız olarak karar verilebileceği söylenebilir. Bu konuda bkz. WIECZOREK / SCHÜTZE / HESS, § 707, Rdnr. 18 vd; THOMAS / PUTZO / SEILER, § 707, Rdnr. 3-4.

¹⁶ POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (İcra), s. 788; ÜSTÜNDAĞ, s. 354; ÖZTEK, Selçuk: Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 275; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 311; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 151; TANRIVER, Cilt 2, s. 74; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 435. Esasen bu sebeple Türk hukukunda kanun yolunun tam olarak erteleyici etkiye sahip olmadığı; şeklî anlamda kesinleşme ertelenmesine rağmen icranın ertelenmediği ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. ÖZBEK, İlâmlı İcra, s. 785; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 39-40.

¹⁷ KURU, El Kitabı, s. 915; YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 4, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (Cilt 4), s. 4950. Nitekim, mahkeme kararı daha önce ilâmlı icraya konu edilmiş olsa dahi, üst mahkeme tarafından kararın bozulması veya ortadan kaldırılması icra işlemlerini olduğu yerde durdurur (İİK m. 40/1).

tarafından açılan menfî tespit davası neticesinde hükmedilen tazminat ve yargılama giderlerinin¹⁸ (İİK m. 72/4-5) kesinleşmedikçe icra edilemeyeceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde, Yargıtay kararlarında çeşitli davalarda verilen kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceği yönünde uygulamalar da kabul edilmiştir¹⁹. Ayrıca, icra mahkemelerinin takip hukukuna ilişkin kararları bakımından da kanun yolu başvurusunun satıştan başka işlemleri durdurmayacağı yönünde özel bir düzenleme yapılmıştır (Bkz. İİK m. 363/4, 364/3).

Çalışmamız kapsamında sadece Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer verilen düzenlemenin kapsam ve istisnaları üzerinde durularak ilgili hükme ilişkin uygulama örnekleri üzerinde açıklamalar yapılmıştır. Bu nedenle, yukarıda değinilen diğer istisnaî düzenlemeler ile Yargıtay kararlarıyla kabul edilen diğer durumlar çalışmamızın kapsamına dahil edilmemiş; ancak, bu konulara ilişkin görüşler ve uygulamalar da konumuzu ilgilendirdiği ölçüde ortaya konulmuştur. Diğer yandan, yukarıda²⁰ belirttiğimiz üzere eda hükmü içeren bir mahkeme kararının ilâmlı icraya konu edilmesinden farklı olarak, inşai nitelikteki kararların da etkisinin²¹ kesinleşmeyle birlikte ortaya çıkacağı kabul edilmektedir²². Bu noktada, inşai nitelikteki hükümlerin etkisinin de kendiliğinden ortaya çıktığı ve icra organları aracılığıyla ayrıca icra edilmeye ihtiyaç duyulmadığı ifade edilmektedir²³. Kanaatimizce, inşai bir hükmün icra organları aracılığıyla yerine getirilmeye ihtiyaç duymayacak olması ve kesinleşmeden icra edilebilme kuralı birlikte yorumlanmalıdır. Bu kapsamda, inşai nitelikteki kararların icraî sonuçları ile bu kararlara bağlı olarak verilen fer'î nitelikteki eda hükümlerinin icra edilebilmesi bakımından da

¹⁸ Yargıtay, menfî tespit ve menfî tespitten istirdata dönüşen davalar için geçerli olan bu sonucun doğrudan İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca açılan istirdat davaları için geçerli olmadığı ve bu tür davalarda verilen kararların kesinleşmeden icra edilebileceği sonucuna varmıştır. Bkz. Yargıtay Hukuku Genel Kurulu'nun 11.02.2020 tarih ve E: 2018/55 K: 2020/130 sayılı kararı (Lexpera). Bu yöndeki görüşler için bkz. ÖZBEK, İlâmlı İcra, s. 809; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 57.

¹⁹ Kira tespiti hakkında verilen kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceği hakkında bkz. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 12.11.1979 tarih ve E: 1979/1 K: 1979/3 sayılı kararı (RG, 13.01.1980, S. 16868). Esasen, buradaki tespit hükmünün eda içermemesi nedeniyle ilâmlı icraya konu edilmesi zaten mümkün olmamakla beraber (TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 73), Yargıtay böyle bir hükmün itirazın kaldırılması yargılamasında itirazın kaldırılmasını sağlayacak bir belge niteliğinde olabilmesi için kesinleşmesi gerektiği sonucuna varmıştır (UMAR, s. 1019). Bu yönde "Bu durumda kira farkı alacağının tahsili amacıyla kira tespit kararına dayanılarak yapılan genel haciz yolu ile icra takibinde borçlunun itirazının kaldırabilmesi için mahkeme kararının kesinleşmiş olması gerekir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.11.2021 tarih ve E: 2017/1847 K: 2021/1376 (Lexpera). İlgili kararlara yönelik haklı eleştiriler için bkz. KURU, Cilt 3, s. 2213; KURU, El Kitabı, s. 923.

Yıkım kararları gibi telafisi güç veya imkânsız olan konularda verilen kararların da kesinleşmeden icra edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 487; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 66-67.

²⁰ Bkz. yuk I, B.

²¹ Bu etkinin geçmişe etkili olup olmayacağı bu husustan farklıdır. Bkz. POSTACIOĞLU/ALTAY, Usûl, s. 252-253; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 64-65.

²² YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (Cilt 2), s. 2488; PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 984; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: "İnşai Karar ve Özellikleri", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 555; SCHLOSSER, Peter: Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Gieseking Verlag, Bielefeld 1966, s. 58.

²³ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 308-309; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 65; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 434.

aşağıda detaylı olarak açıklanacak olan kesinleşmeden icra edilebilme kuralı ve istisnaları uygulama alanı bulmalıdır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kesinleşmeden icra edilemeyecek kararlar kapsamında yer verilen şahsın hukuku kapsamına hem gerçek hem tüzel kişiler girmektedir²⁴. Bu nedenle, tüzel kişilerin organları ile ilgili konularda verilen kararlar da kesinleşmeden icra edilemez.

III. KESİNLEŞMEDEN İCRA EDİLEBİLME KURALININ VE İSTİSNALARININ KAPSAMI

A. Genel Olarak

Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 350. maddesinin ikinci fıkrası ile 367. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taşınmaz mal ile ilgili aynî haklara ilişkin kararlar ile kişiler ve aile hukukuna²⁵ ilişkin kararlar kesinleşmedikçe icra edilemez. Kesinleşmeden icra edilemeyecek bir karara bağlı olarak verilen yargılama giderleri gibi konularda verilen kararlar da asıl karara bağlıdır ve bu nedenle asıl karar kesinleşmeden icra edilemez²⁶. Ancak, fer'î nitelikteki kararın kendisi kesinleşmemiş olsa dahi bağlı olduğu asıl karar kesinleşmişse, bu konudaki kararın da icra edilmesi mümkündür²⁷.

B. Kuralın ve İstisnalarının Amacı

Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da mevcut olan ve aynen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na da alınan kesinleşmeden icra edilebilme kuralı ve istisnalarının amacı bakımından gerekçede herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir²⁸. Ancak, kesinleşmeden icra edilebilmenin bir tercih

²⁴ KURU, Baki: "TFF Merkez Hakem Kurulu Seçiminin İptaline İlişkin Mahkemece Verilen Kararın Kesinleşmeden İcra Edilip Edilemeyeceği Hakkında Hukukî Mütalaa", *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu "Av. Atılâ Elmas" Armağanı*, Ankara 2012, (Mütalaa), s. 630; ÖZBEK, İlâmlı İcra, s. 797; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 50.

²⁵ Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da aynı şekilde düzenlenmiş olan ve 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle yeniden düzenlenen 433. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Kişiler ve aile hukukuna," ve ".ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez." ifadesindeki ".ve aile." ibaresinin iptal talebi Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili düzenlemenin kanun koyucunun takdirinde olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 16.03.2016 tarih ve E: 2015/104 K: 2016/20 sayılı kararı (RG, 08.04.2016, S. 29678).

²⁶ KURU, Cilt 3, s. 2210, 2216; KURU, El Kitabı, s. 922, 926; UMAR, s. 1061; YILMAZ, Cilt 4, s. 4952, 5065; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 158; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 438; ÖZBEK, İlâmlı İcra, s. 790, 809; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 46, 60; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 25.10.2017 tarih ve E: 2015/9438 K: 2017/13789 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2016 tarih ve E: 2015/69 K: 2016/14076 sayılı kararı (Lexpera). Karş. "İlamın boşanma davası ile birlikte görülüp hüküm altına alınan takı ve eşya bedelinden kaynaklanan tazminat alacağına ilişkin takibe konu edilen kısım, boşanma ilamının fer'i niteliğinde olmayıp ondan bağımsız olan edaya ilişkin ilamdır. Bu nitelikleri itibarıyla de takı ve eşya bedelinden kaynaklı tazminat alacağına ilişkin ilamların, diğer edaya ilişkin ilamlar gibi, kesinleşmeden icraya konulmaları mümkündür." Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2017 tarih ve E: 2015/14604 K: 2017/15204 sayılı kararı (Lexpera).

²⁷ "Ayrıca, boşanma kararının eklentisi olan tazminat, vekalet ücreti ve yargılama giderine yönelik kısımları da aynı kurala tabidir. Boşanma ilamı kesinleştiği takdirde ekinde hükmedilen, tazminat, vekalet ücreti ve yargılama giderilerinin takibe konulabilmesi için nitelikleri gözetilerek bu kısımlarının kesinleşmeleri gerekli değildir (HGK. 28.2.2001 tarih 2001/12-206 E.-2001/217 K., 22.10.2008 tarih 2008/12-656 E, 2008/638 K)." Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2014 tarih ve E: 2013/20459 K: 2014/12599 sayılı kararı (Lexpera); ÖZBEK, İlâmlı İcra, s. 791; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 47.

²⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 350. maddesinin tasarıdaki karşılığı olan 354. maddenin gerekçesi şu şekildedir: "Madde esas itibarıyla bugüne kadar uygulanan sistemde temyiz yoluna başvurulmasının hükmün icrası üzerindeki etkisini, istinaf yolu bakımından ve aynı anlayışla düzenlemektedir. Buna göre, hukuk

olduğu ve özellikle kanun yolu denetiminin uzun sürdüğü yargılama sistemlerinde bu yönde bir tercih in yerinde olabileceği söylenebilir. Bu noktada kanun koyucunun, borçlu tarafın bizatihi icrayı geciktirmek amacıyla kanun yoluna başvurmasını engellemek amacıyla²⁹ ve alacaklı lehine olarak³⁰ kesinleşmeden icra kuralını kabul ettiği de söylenebilir. Diğer yandan, icranın geri bırakılması kararı verilmesinin tamamen şekli kurallara bağlı olarak icra mahkemesinin görevine dahil edilmesi³¹ (iik m. 36) ve kötüniyetle kanun yoluna başvurulmasına ilişkin yaptırımların uygulamasının olmaması (HMK m. 351, 368) karşısında bu amacın ne derece gerçekleşebileceği tartışmaya açıktır. Bu kapsamda, karşılaştırmalı hukukta benimsenen kurallara³² paralel bir şekilde kararın icra edilebilmesi için kural olarak kesinleşmesinin gerekmesi şeklinde bir değişikliğe gidilmesi de düşünülebilir³³. Ancak, böyle bir

mahkemeleri kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması, ilk derece mahkemesi kararının icra edilebilir niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna başvurulmuş olması ilke olarak kararın icrasını durdurmayacaktır. Böylece, getirilen düzenlemeyle, hem mevcut sistemimizdeki ilk derece mahkeme kararlarının kesinleşmeden icra edilebilmesine ilişkin ilke korunmakta, hem de istinaf yoluna başvurulmasının kendiliğinden hakkın yerine getirilmesini geciktirici bir etki doğurması önlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde İcra ve İflâs Kanununun 36 ncı maddesine yapılan yollamayla, istinaf yoluna başvurulması nedeniyle icranın geri bırakılmasına karar verme yetkisi, tek dereceli sistemde temyiz yoluna başvurulmasında olduğu gibi, bölge adliye mahkemesine tanınmıştır. Böylece, istinaf yoluna başvurulmasının bütünüyle haksız olduğunun anlaşıldığı durumlarda icranın geri bırakılması isteminin reddedilmesi olanağı bölge adliye mahkemesine verilmiştir. Buna karşılık, birinci fıkranın son cümlesiyle, nafaka kararlarında icranın geri bırakılmasına karar verilemeyeceğine ilişkin ilke muhafaza edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler ve aile hukukuna, taşınmaz mala ve bunlar üzerindeki aynî haklara ilişkin kararların kesinleşmedikçe icra edilemeyeceğine ilişkin ilkenin istinaf yolu bakımından da geçerli olduğu vurgulanmaktadır.”

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 367. maddesinin tasarısındaki karşılığı olan 371. maddenin gerekçesi de şu şekildedir: “Bu maddede, temyiz yoluna başvurunun kararın yerine getirilmesine (icrasına) etkisi düzenlenmiştir. Bir karara karşı temyiz yoluna başvurulmuş olması, kural olarak onun yerine getirilmesini (icraya konulmasını; İcra ve İflâs Kanunu madde 24 ve devamı) durdurmaz. Yani kural olarak, kararın kesinleşmemiş olması, kararın yerine getirilmesini önlemez. Öteden beri gerek usul ve gerekse icra ve iflâs hukukumuzda benimsenmiş olan bu ilke, maddenin ilk fıkrasının birinci cümlesinde açıkça ifade edilmiştir. Her ne kadar kararın temyiz edilmesi, onun yerine getirilmesini durdurmazsa da İcra ve İflâs Kanununun 36 ncı maddesinde öngörüldüğü üzere, kararı temyiz eden borçlu, teminat göstermek suretiyle bölge adliye mahkemesi veya Yargıtaydan “icranın geri bırakılması (tehiri icra) kararı” getirebilir. Bu suretle borçlu, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtayca verilecek karara kadar, kararın yerine getirilmesini durdurmuş olur. Bu husus, maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilmiştir. Hukukumuzda eskiden beri bazı kararların kesinleşmedikçe yerine getirilmemesi de (icraya konulmaması) benimsenmiş bir ilkedir (örneğin, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 34, Sayıştay Kanununun 64, İdarî Yargılama Usulü Kanununun 52, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 536 ncı maddesinde olduğu gibi). Bu düzenlemeye sadık kalınarak, maddede değişiklik yapılmadan, kişiler ve (nafaka kararları hariç) aile hukukuna, taşınmaz mal ile ilgili aynî haklara ilişkin kararların kesinleşmedikçe yerine getirilemeyeceği, maddenin ikinci fıkrasında açıklanmıştır.”

²⁹ YAZICI TIKTIK, Çiğdem: “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İllâmların İcrası”, *DEÜHFD*, 2014/Özel Sayı, s. 2744.

³⁰ ÜSTÜNDAĞ, s. 354. Benzer yönde bkz. ÖZBEK, İllâmlı İcra, s. 862.

³¹ Bu değişikliğe ilişkin yerinde eleştiriler için bkz. ÖZEKES, İcra'nın Geri Bırakılması, s. 64 vd. Ne yazık ki, bu yetkinin kanun yolu mahkemesine ait olduğu dönemde de uygulama sadece şekli incelemelerle sonuca gidilmesi doğrultusunda gelişmiştir.

³² Bkz. yuk. dn. 15.

³³ Bizim de katıldığımız bu yöndeki görüşler için bkz. ÖZEKES, Muhammet: “Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi”, *DEÜHFD*, 2009/Özel Sayı, (İcra Sistemi), s. 935-936; ÖZBEK, İllâmlı İcra, s. 862 vd.

değişiklik için de kanun yolu incelemesinin daha etkin ve hızlı sonuçlandırılabilmesi gerektiği unutulmamalıdır³⁴.

İcra edilebilmesi için kesinleşmesi gereken kararlar bakımından ise, genel kuraldan ayrılmasının amacının tespiti gerekmektedir. Doktrinde, taşınmazın aynına ilişkin kararların kesinleşmesinden icra edilememesinin temelinde bu malların yüksek ekonomik değer taşımalarının yattığı ifade edilmiştir³⁵. Kanaatimizce, ilgili kuralın amacının doğrudan ekonomik değer ile açıklanması mümkün değildir; zira, malın niteliğine göre ekonomik değeri çok daha yüksek olan taşınır mallar söz konusu olabileceği gibi, bizatihi parasal bir miktar da değer olarak taşınmazın ekonomik karşılığından daha yüksek olabilir. Ekonomik değer esas alınmak istense idi, ilâmın konusu önemli olmaksızın belirli bir miktar tespiti yapılarak bu değerün üstündeki kararların icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerektiği kabul edilebilirdi. Bu nedenle, kesinleşmeden icra edilemeyeceği düzenlenen kararların niteliğinden yola çıkılarak bir sonuca varılması daha uygun görünmektedir. Aile ve şahsın hukuku ile taşınmazın aynına ilişkin hususlar, belirli bir sicili olan ve bu sicilde yapılacak değişikliklere dayanarak üçüncü kişilerce kazanılabilecek haklar bakımından telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilecek değişiklikleri içermektedir. Bu yöndeki bir kararın icra edildikten sonra kanun yolu aşamasında ortadan kaldırılması veya bozulması ihtimâlinde icranın iadesini (İİK m. 40) sağlamak mümkün olmayabilir³⁶. Bu nedenle, istisnaların amacının genel kuralın uygulanması ve mahkeme kararının hatalı olması ihtimâlinde ortaya çıkabilecek telafisi imkânsız sonuçları engellemeyi amaçladığı söylenebilir³⁷. Nitekim, kanunda açık bir düzenlemesi mevcut olmasa dahi yıkım kararları gibi telafisi güç veya imkânsız olan konularda verilen kararların da kesinleşmeden icra edilemeyeceği kabul edilmektedir³⁸.

C. Yargı Kararlarında Kural ve İstisnaları

Kesinleşmeden icra edilip edilemeyeceği tartışma konusu yapılan kararlar bakımından, yargı kararlarında bir birlik mevcut değildir. Şahsın ve aile hukuku ile taşınmazın aynına ilişkin olduğu belirtilen kararlar ile bu kapsamda yer almadığı için kesinleşmeden icra edilemeyeceği belirtilen kararlar arasında net bir kriter belirlenebilmiş değildir. Zira, bazı konularda kesinleşmeden icra edilebilme için ortaya konulan gerekçe, aynen diğer bir konu bakımından da geçerli olmasına rağmen farklı sonuçlarına varıldığı görülmektedir.

Aile hukukuna ilişkin olarak çocukla kişisel ilişki kurulmasına³⁹ ve nişanın bozulmasından kaynaklanan tazminata⁴⁰ ilişkin kararların ilâmlı icraya konu edilebilmesi için kesinleşmesi gerektiği

³⁴ Bkz. ÖZEKES, Muhammet / BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 117 vd.

³⁵ ÖZBEK, İlâmlı İcra, s. 787.

³⁶ DOMANIÇ, Hayri: Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbî Kuvveti, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1964, s. 27; BERKİ, Ömer; "Karar Düzeltme Müessesesi", *Dr. A. Recâî Seçkin'e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974, s. 181. Aile ve şahsın hukukuna ilişkin kararlar bakımından bu yönde TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 153.

³⁷ BERKİ, s. 181; ÖZTEK, s. 276; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 198; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 67.

³⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 487; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 66-67; "Kal'e ilişkin davalar sonunda verilen kararların kesinleşmeden icrası ve daha sonra hükmün bozulması halinde, telafisi imkansız zararların meydana geleceği nazara alınarak, bu konuda verilen kararların da kesinleşmeden icra edilemeyeceği kabul edilmelidir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.03.2016 tarih ve E: 2014/812 K: 2016/214 sayılı kararı (Lexpera).

³⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 27.09.2022 tarih ve E: 2022/9269 K: 2022/9422 sayılı kararı (Legal).

⁴⁰ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 24.03.2008 tarih ve E: 2008/3155 K: 2008/5788 sayılı kararı (Lexpera).

sonucuna varılmış olmasına rağmen, benzer konularda farklı yönde kriterler benimsenebilmiştir. Buna göre, şahsın hukukuna ilişkin olmakla beraber tarafların şahsı ile ilgili konularda değişiklik yaratmayan⁴¹, tarafların şahsı veya aile yapısı ile ilgili sicillerde değişiklik yaratmayan⁴², şahsın hukukundan kaynaklanan manevî tazminata⁴³ ilişkin kararların kesinleşmeden icra edilebileceği; zira, kesinleşmeden icra edilemeyecek kararların sadece ilgili kayıt ve sicillerde değişiklik yaratan hususları barındıran kararlar olduğu ifade edilmiştir. Benzer şekilde, kişiler hukukuna dahil olan tüzel kişilere⁴⁴ ilişkin kararlar bakımından da sadece tüzel kişilere ait kayıt ve sicillerde değişiklik yaratan kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceği⁴⁵; bu kapsamda kalmayan kararların ise, genel kurala uygun olarak icra edilebilmesi için kesinleşmesinin şart olmadığı vurgulanmıştır⁴⁶. Diğer yandan, haksız rekabetin önlenmesine ilişkin kararların şahsın hukuku kapsamında kesinleşmeden icra edilemeyeceği sonucuna varılmıştır⁴⁷. Yine şahsın hukuku kapsamında fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin konularda verilen kararlar bakımından sadece ilgili sicillerde değişiklik yaratacak nitelikteki kararların kesinleşmesinin şart olduğu⁴⁸; ancak, marka hakkına tecavüzün önlenmesine ilişkin kararların da icra edilebilmesi için

⁴¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 02.07.2018 tarih ve E: 2018/3154 K: 2018/7106 sayılı kararı (Lexpera).

⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.11.2020 tarih ve E: 2017/2833 K: 2020/855 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 11.10.2017 tarih ve E: 2015/10085 K: 2017/12658 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 18.04.2012 tarih ve E: 2011/30173 K: 2012/13094 sayılı kararı (Legal).

⁴³ "Mahkemece, Dairemizin önceki içtihatları doğrultusunda kişilik haklarına saldırı sebebiyle manevi tazminata hükmedilmesi durumunda kesinleşmeden takip yapılamayacağı gerekçesiyle takibin iptaline karar verilmiştir. Ancak Dairemizin yeniden yaptığı değerlendirmeler ile oluşan içtihat gereğince tarafların şahsı ya da ailevi yapılarına ilişkin hukuki durumlarında bir değişiklik yaratmayan, sonuçları itibarıyla ancak tarafların mal varlığını etkileyen ilamların, diğer alacak ilamları gibi kesinleşmeden icraya konulması mümkündür." Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2016 tarih ve E: 2016/17845 K: 2016/14119 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 08.04.2019 tarih ve E: 2018/6409 K: 2019/5765 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 28.05.2018 tarih ve E: 2018/2790 K: 2018/5318 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 10.10.2017 tarih ve E: 2015/10490 K: 2017/12541 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 17.10.2016 tarih ve E: 2016/11864 K: 2016/13929 sayılı kararı (Lexpera).

⁴⁴ KURU, Mütalaa, s. 630; ÖZBEK, İlâmlı İcra, s. 797; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 50. Nitekim, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda tescil ve tescile itiraza ilişkin kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceği yönündeki hükümlerin karşılığı niteliğinde bir düzenlemeye yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilmemiş olsa dahi bu kararların kişiler hukukunu ilgilendiren yönü nedeniyle kesinleşmeden icra edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 313.

⁴⁵ "Takip talebi ve buna uygun olarak düzenlenen icra emrinin incelenmesinde, borçluların anonim şirket olduğu, takip dayanağı ilamda şirketlerin birleşmesi neticesinde birtakım hisselerin alacaklılar adına pay defterine, Ticaret Sicil Müdürlüğü nezdindeki sicil kaydına ve Merkezi Kayıt kuruluşu nezdindeki kayıt sistemine kaydına karar verildiği, ilamın kişiler hukukuna ilişkin, kayıt ve sicillerde değişiklik yaratan ilam niteliğinde olduğu anlaşılacakla kesinleşmeden takibe konu edilmesi mümkün değildir." Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 04.11.2020 tarih ve E: 2020/1030 K: 2020/9295 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 11.12.2019 tarih ve E: 2019/4480 K: 2019/11191 sayılı kararı (Lexpera).

⁴⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 19.09.2023 tarih ve E: 2022/12979 K: 2023/5105 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 15.06.2022 tarih E: 2022/854 K: 2022/7272 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 09.11.2021 tarih ve E: 2021/4622 K: 2021/9932 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 30.05.2022 tarih ve E: 2022/347 K: 2022/6456 sayılı kararı (Lexpera).

⁴⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 21.11.2022 tarih ve E: 2022/6735 K: 2022/12019 sayılı kararı (Legal).

⁴⁸ "Somut olayda; takibe konu ... 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 2006/137 Esas-2011/169 Karar sayılı ilamının incelenmesinde; "..... fiilinin haksız rekabet oluşturduğunun tesbiti ile men'ine...başlıklı beyanın kullanılmasının engellenmesine 47.724,00 TL maddi ve 3.000,00 TL manevi tazminatın davallılardan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya talebin reddine...." karar verilmiş olup mahkeme kararında açıkça faiz hükmü bulunmadığı gibi ilam, şahsın hukuku ile ilgili olmakla birlikte tarafların şahsı ile ilgili hukuki

kesinleşmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁹. Görüldüğü gibi, aile ve şahsın hukukuna ilişkin kararların kesinleşmeden icra edilemeyecek olması noktasında yargı kararlarındaki eğilim, ilgili kararın bu alanlara ilişkin sicillerde değişiklik yaratacak nitelikte olup olmadığı kriterinin esas alınmasına yöneliktir. Belirli konulara ilişkin tazminat ödenmesi ve fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin tecavüzün önlenmesine ilişkin kararlarda ise, ayrıksı uygulama dikkat çekmektedir.

Taşınmazın aynına ilişkin kararlar bakımından ise, daha değişken ve çeşitli bir yargı uygulaması karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, taşınmaza ilişkin olsa dahi taşınmazın aynının tartışma konusu yapılmadığı⁵⁰ veya taraflar arasında taşınmazın aynına ilişkin bir ihtilâfın mevcut olmadığı⁵¹ davalarda verilen kararların icra edilebilmesi için kesinleşmesinin şart olmadığı ifade edilmekte; diğer yandan, davalının aynî hakka itirazı söz konusu olmasa dahi aynî hakka dayanan davada verilen kararın kesinleşmesi gerektiği sonucuna da varılabilmektedir⁵². Hatta taşınmazın aynına ilişkin bir davanın

durumlarında değişiklik yaratan bir sonuç doğurmayıp, sadece malvarlığını etkilediğinden icraya konulabilmesi için kesinleşmesine gerek olmayan ilamlardandır.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 25.10.2017 tarih ve E: 2015/10769 K: 2017/13728 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 02.07.2018 tarih ve E: 2018/3154 K: 2018/7106 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 18.10.2017 tarih ve E: 2015/9498 K: 2017/13242 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 05.12.2017 tarih ve E: 2015/15087 K: 2017/16190b sayılı kararı (Lexpera).

⁴⁹ “Somut olayda, Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi’nin, davacı adına tescilli markaya tecavüzün ref’ine dair oluşturulan hükmü, HUMK’nun 443/4. maddesi kapsamında şahsın hukukuna ilişkin olduğundan, bu nitelikteki ilamlar kesinleşmeden infaz edilemeyeceğinden fer’i nitelikte bulunan ilamda hükmedilen tazminat alacağı ve vekalet ücreti de kesinleşmeden takibe konulamaz.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 26.09.2013 tarih ve E: 2013/7586 K: 2013/13509 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 15.06.2017 tarih ve E: 2015/7812 K: 2017/9171 sayılı kararı (Lexpera).

⁵⁰ “Somut olayda, dayanak ilamın konusu olan asıl davada ... İli, ... İlçesi, Türkmen Mahallesi, 2345 Ada, 1 Parsel, B Blok, 9 nolu bağımsız bölümün harici satış sözleşmesi ile davacıya satılmasına rağmen, üçüncü kişilere tapuda devredildiği gerekçesiyle, ödenen satış bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edildiği, birleşen davanın konusunu ise, aynı sözleşmeye dayalı olarak davalılar adına kayıtlı bir kısım ... İli ... İlçesi Türkmen Mah. 2345 ada 1 parsel C-2, C-3, C-4, C-26, B-25, B-27 nolu bağımsız taşınmazların tapularının iptali isteminin oluşturduğu, birleşen dava konusu taşınmazlar arasında asıl davaya konu olan 2345 Ada, 1 Parsel, B Blok, 9 nolu bağımsız bölümün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Takibin konusu, asıl davadaki hüküm fıkrası olup, alacağı ilişkin davanın konusunu oluşturan taşınmazın birleşen davada tapu iptali talebine konu edilmediğinden yapılan yargılamada taşınmazın aynının tartışıldığından söz edilemez.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 17.06.2021 tarih ve E: 2021/1973 K: 2021/6604 sayılı kararı (Lexpera).

⁵¹ “Somut olayda takibe dayanak yapılan Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi 2017/768 E. 2018/912 K. sayılı ilamı incelendiğinde; taşınmazın aynının ihtilafı olmadığı, davalı K10’un mülkiyet iddiasının bulunmadığı, davalının davacılar akit taşınmaza vaki haksız müdahalesinin menine, kal’e ve ecrimisile hükmedildiği anlaşılmaktadır. İlamda taşınmazın aynına ilişkin bir ihtilaf yer almadığından kesinleşmesine gerek bulunmamaktadır.” Adana Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi’nin 09.12.2020 tarih ve E: 2020/2262 K: 2020/1818 sayılı kararı (Lexpera).

⁵² “Her ne kadar dayanak ilamda 4 numaralı bağımsız bölüm ile ilgili verilen karar taşınmazın aynına ilişkin olmayıp müspet zararın tazminine ilişkin olduğundan, ilamın bu taşınmazla ilgili hükmünün kesinleşmeden ilamlı icraya konulması doğru ise de; asıl dava ile hakkında hüküm kurulan 2 numaralı bağımsız bölüme ilişkin davanın esasen tapu iptali ve tescili nedeniyle verilen ecrimisil alacağına ilişkin olduğu, dolayısıyla, kayıt malikinin kabulü de olsa, taşınmazın aynına ilişkin olup, kesinleşmeden icraya konulamayacağı anlaşılmakla bu taşınmaz yönünden talebin kabulü yerine her iki ilam yönünden de reddine karar verildiği anlaşılmakla, Bölge Adliye Mahkemesince istinaf talebinin esastan reddine karar verilmesi isabetsiz olup Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılması ve ilk derece mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 16.11.2020 tarih ve E: 2020/2716 K: 2020/9805 sayılı kararı (Lexpera).

sonradan ıslah edilerek bedele dönüştürülmesi⁵³ veya dava konusunun devrine ilişkin hükümler doğrultusunda (HMK m. 125/1-b) tazminat talep edilmesi⁵⁴ hâlinde dahi temelde taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğundan verilen kararın icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine terditli olarak aslî talep şeklinde taşınmazın aynına ilişkin iddia ileri sürülen bir yargılamada aslî talep reddedilerek fer'î talep olan tazminata karar verilmiş olsa dahi bu kararın icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerektiği⁵⁵; ancak, aslî talebin reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulmaması hâlinde fer'î talebe ilişkin kararın da artık kesinleşmeden icra edilebileceği⁵⁶ yönünde değerlendirmeler yapılmıştır. Görüldüğü gibi, burada Yargıtay, kesinleşmeden icra edilemeyecek nitelikteki bir karara bağlı olarak verilen fer'î kararlar için kabul edilen sonuçlara⁵⁷ benzer bir uygulama benimsemiştir. Nihayet, genel olarak taşınmazın aynına ilişkin tartışmaların yapıldığı bir yargılamada verilen karar aynı değişiklik yaratmayacak nitelikte olsa dahi icra edilebilmesi için kesinleşmesinin şart olduğu yönünde kararların⁵⁸ yanında, taşınmazın aynına ilişkin sicil değişikliği yaratacak bir tescil hükmünün söz konusu olmadığı kararların -şahsın hukukuna ilişkin kararlara benzer şekilde- kesinleşmeden icra edilebileceği yönünde⁵⁹ değerlendirmeler içeren kararlar da mevcuttur.

⁵³ “Somut olayda, takip konusu ilamın incelenmesinde, davanın önce tapu iptal tescil davası olarak açıldığı, daha sonra davayı ıslah ederek talebini bedele dönüştürerek pay alacağına talep edildiği anlaşılmıştır. Her ne kadar mahkemece alacağına hükmedilmiş ise de, temelde dava gayrimenkulün aynına taalluk ettiğinden, ilam kesinleşmeden ilamlı icra takibine konulamaz.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2021 tarih ve E: 2021/10973 K: 2021/11534 sayılı kararı (Lexpera).

⁵⁴ “Somut olayda, takip konusu ilamın incelenmesinde, davanın önce tapu iptali ve tescil davası olarak açıldığı ancak taşınmazın dava sırasında üçüncü kişiye devredilmesi sebebiyle bedele dönüştürüldüğü her iki tarafın kabulündedir. Yargılama sonucunda mahkemece her ne kadar alacağına hükmedilmiş ise de, temelde dava gayrimenkulün aynına ilişkin olup, öncelikle gayrimenkulün aynı hakkında haklılık tartışılarak tazminat yönünden sonuca gidildiğinden söz konusu ilam kesinleşmeden icra takibine konu edilemez.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 15.02.2023 tarih ve E: 2022/8180 K: 2023/878 sayılı kararı (Lexpera).

⁵⁵ “Somut olayda, takip konusu ilamın incelenmesinde, tapu iptal ve tescil davası olduğu, dava dilekçesinde öncelikle tapu iptal ve tescil, bunun kabul edilmemesi halinde ise tazminata karar verilmesi şeklinde terditli talepte bulunduğu anlaşılmakta olup her ne kadar mahkemece tazminata hükmedilmiş ise de temelde dava, gayrimenkulün aynına taalluk ettiğinden ilam kesinleşmeden takibe konulması mümkün olmayıp buna yönelik şikayetler kamu düzenine ilişkin olmakla süresiz şikayete tabidir.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 07.10.2019 E: 2018/10731 K: 2019/14190 sayılı kararı (Lexpera). Terditli davaya karakterini veren aslî talep olmasından hareketle bu yönde açıklamalar için bkz. ÖZBEK, İlamlı İcra, s. 788.

⁵⁶ “O halde Mahkemece, takip dayanağı ilamda tapu iptal ve tescil talebinin reddedildiği, davacının hükmü bu yönüyle kabullenerek temyiz etmediği ve bu nedenle mülkiyet hususunun kesinleştiği, yalnızca bedele ilişkin hükmün temyiz edilmesi nedeniyle kesinleşmediği, ancak yukarıda yazılı yasal düzenleme gereğince ilamın bu bölümünün icrasına engel bir durum kalmadığı nazara alınarak, şikayetin açıklanan bu nedenle reddi yerine, yazılı gerekçeyle reddine karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 26.01.2015 tarih ve E: 2014/16476 K: 2015/1560 sayılı kararı (Lexpera).

⁵⁷ Bkz. yuk. III, A.

⁵⁸ “Somut olayda takip dayanağı ilamda her ne kadar bedele hükmedilmiş ise de, uyuşmazlığın özünde aynı hakka ilişkin mülkiyet ihtilafı olduğundan ve ilamda taşınmazın aynı tartışıldığından, bu ilam kesinleşmeden infaz edilemez.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 30.09.2021 tarih ve E: 2021/3801 K: 2021/8226 sayılı kararı (Lexpera); “Mahkemece her ne kadar davanın reddine karar verilmiş ise de tapu iptal ve tescil davasında gayrimenkulün aynı tartışıldığından uyuşmazlığın özünde aynı hakka ilişkin mülkiyet ihtilafı bulunduğundan ilamın kesinleşmeden infaz edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2019 tarih ve E: 2018/11563 K: 2019/15446 sayılı kararı (Lexpera).

⁵⁹ “Somut olayda takibe konu ilamının incelenmesinde; Mahkemece davanın tazminat yönünden kabulüne karar verilerek tazminata hükmedildiği, ilamda sicilde değişikliğe yol açan taşınmazın aynına dair tescil hükmü bulunmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan sebeplerle dayanak ilam taşınmazın aynına dair olmayıp, infazı için kesinleşmesi koşulu bulunmadığından bu yöndeki şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde

Taşınmazlara ilişkin olarak kamulaştırmazsız el atma nedeniyle tazminat davalarında idare adına tescil kararı verilmesinin taşınmazın aynının çekişmeli olduğunu göstermemesi nedeniyle ilgili kararların kesinleşmesinin şart olmadığı⁶⁰; ancak, kamulaştırma bedel tespit ve tescil davasının reddi üzerine davalı lehine kurulan tescil yönündeki kararın kesinleşmeden icra edilemeyeceği ifade edilmiştir⁶¹.

Yukarıda değinilen yargı kararlarında kesinleşmeden icra edilemeyecek kararların niteliğini belirlemede kesin bir kriter benimsendiğini söylemek mümkün değildir. Özellikle taşınmazın aynına ilişkin kararlar bakımından aynı hak değişikliğini esas alan az sayıda kararın yanında çoğunlukla taraflar arasında bir aynı hak ihtilâfının mevcut olup olmadığından hareket edildiği söylenebilir. Ancak bu sonuç, aynı fıkra düzenlenmiş olan aile ve şahsın hukukuna ilişkin kararların bu alanlardaki sicil değişikliği sonucunu içerip içermediğinin esas alınması yönündeki değerlendirmelerle uyumlu değildir. O hâlde, gerek aile ve şahsın hukuku gerekse taşınmazın aynına ilişkin kararlar bakımından kendi içinde veya diğerleriyle uyumlu, ortak ve belirgin bir uygulamanın mevcut olmadığı sonucuna varılabilir.

D. Doktrindeki Görüşler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeler dikkate alınarak⁶² kesinleşmeden icra edilemeyecek kararların kapsamı konusunda doktrinde çoğunlukla sadece taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar ile kişiler ve aile hukukuna ilişkin kararların kesinleşmedikçe icra edilemeyeceği; nafaka kararlarının icrası için ise, kesinleşmesinin gerekmediği ifade edilmektedir⁶³. Bunun haricinde, ilgili kararların içeriği ve etkileri konusunda, tespit edebildiğimiz kadarıyla, ciddî ve sistematik bir ayırım yapılarak farklı yönde görüşler ileri sürülmemiş; çoğunlukla bir önceki bölümde değinilen yargı kararlarına yer verilerek açıklamalar yapılmıştır.

Diğer yandan, özellikle aile ve şahsın hukukuna ilişkin kararlar bakımından, kişinin doğrudan doğruya şahsı veya aile yapısı üzerinde sonuç doğurmaya elverişli kararların kesinleşmeden icra

şikayetin kabulüne karar verilmesi doğru değildir." Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 13.12.2017 tarih ve E: 2016/19119 K: 2017/16789 sayılı kararı (Lexpera).

⁶⁰ "Somut olayda kamulaştırmazsız el atma nedeni ile hükmedilen tazminat alacağına ilişkin karar ilamlı icra takibine konu yapılmıştır. Bu ilamda aynı zamanda borçlu idare lehine taşınmazın tapuda tesciline karar verilmiş olması, yasadan kaynaklanan ve tazminat verilmesine ilişkin kararın doğal bir sonucu olup bu husus taşınmazın aynının çekişmeli olduğunu göstermez." Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2023 tarih ve E: 2022/10225 K: 2023/2970 sayılı kararı (Lexpera).

⁶¹ "Diğer bir deyişle, Kamulaştırma Kanununun 10/8. maddesinde belirtilen tescile ilişkin hükmün kesin olması durumu tescilin mahkemece idare lehine yapılması durumunda söz konusu olup, takibin dayanağı ilam taşınmaz mülkiyetinin tescilinin davalı gerçek kişi adına yapılmasına ilişkindir ve takibe geçilebilmesi için kesinleşmesi şarttır." Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 08.07.2020 tarih ve E: 2019/13863 K: 2020/6619 sayılı kararı (Lexpera).

⁶² Hukuk Muhakemeleri Kanunu haricinde diğer kanunlarda da çeşitli düzenlemeler yer almakta ve bu düzenlemelere ilişkin açıklamalara da doktrinde yer verilmektedir. Ancak, çalışmamız kapsamında sadece Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer verilen genel kural inceleme konusu yapıldığından (bkz. yuk. III, A), sadece bu kural kapsamındaki görüşlere yer verilmiştir.

⁶³ POSTACIOĞLU / ALTAY, İcra, s. 788-789; POSTACIOĞLU / ALTAY, Usûl, s. 820, 831; KURU, Cilt 3, s. 2185, 2208 vd; KURU, El Kitabı, s. 922-925; ÜSTÜNDAĞ, s. 355; BERKİ, s. 183; ÖZTEK, s. 277 vd, 619-621; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 486-487; YILMAZ, Cilt 4, s. 4951, 5059; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 312; PEKCANİTEZ/SİMİL, s. 192 vd; TANRIVER, İlamlı İcra, s. 151 vd; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 435 vd; ÖZBEK, İlamlı İcra, s. 787 vd; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 40-51.

edilememesi gerektiği; bu alandaki diğer kararlar bakımından ise, kesinleşme şartının aranmaması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁴.

Doktrinde yapılan açıklamalardan da bu konuda net bir görüşün ortaya konulmadığı ve konunun daha çok yargı kararları doğrultusunda ele alındığı ve detaylı bir tartışmanın yapılmamış olduğu sonucuna varmak mümkündür.

E. Görüşümüz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 350. maddesinin ikinci ve 367. maddesinin ikinci hükümlerinde yer alan kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar ifadesi, sadece bu alanlarda değişiklik yaratan kararlar olarak anlaşılmalıdır. Bu kapsamda, bu alanlara ilişkin bir hakka dayanan ve hatta bu alanlara ilişkin bir hak üzerinde ihtilâf söz konusu olan yargılamalarda verilen kararlar, ilgili hak bakımından herhangi bir değişiklik yaratmıyorsa kesinleşmeden icra edilebilmelidir. Bu yöndeki görüşümüzü destekler nitelikte kabul edilebilecek hususlar birkaç farklı noktada toplanmaktadır.

Öncelikle yukarıda ilgili bölümlerde detaylı olarak açıklandığı üzere⁶⁵, Türk hukukunda bir mahkeme kararının icra edilebilmesi için kesinleşmesi şart değildir. Bu kurala getirilen istisnalar, istisna olmaya uygun bir şekilde dar ve amacına uygun yorumlanmalıdır⁶⁶. İcra edilebilmesi için kesinleşmesi gereken kararlar, genel olarak, telafisi zor veya imkânsız sonuçların ortaya çıkmasını engellemeyi amaçlamaktadır. O hâlde, böyle bir tehlikenin mevcut olmadığı veya kesinleşmeden icra edilebilecek kararlar bakımından mevcut olduğu derece olduğu durumlarda, ilgili kararın icra edilebilmesi için kesinleşmesinin gerekmediği sonucuna varılmalıdır.

Ayrıca, nafaka ilâmlarına ilişkin icranın geri bırakılmasına karar verilemeyeceği yönündeki düzenlemeler de (HMK m. 350/1, 367/1) bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Zira, aile hukukuna ilişkin kararlar kesinleşmedikçe icra edilemeyecek nitelikte olup nafaka da aile hukuku kapsamında yer alan bir husus olmasına rağmen kesinleşmeden icra edilebilmektedir⁶⁷. Doktrinde de nafaka hükümleri kesinleşmeden icra edilebilecek hükümler için öngörülen icranın geri bırakılması kurumunun istisnası olarak açıklanmaktadır⁶⁸. O hâlde, aile hukukuna ilişkin tüm kararların değil aile hukukunda değişiklik yaratan kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceğinin kabul edildiği sonucuna varılabilir. Bu durum, kesinleşmeden icra edilemeyeceği yönünde düzenlemeler yapılan şahsın hukuku ve taşınmazın aynına

⁶⁴ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 437.

⁶⁵ Bkz. yuk. II, B-C.

⁶⁶ GÖZLER, Kemal: "Yorum İlkeleri", *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Kamu Hukukçuları Platformu*, 29-30 Eylül 2012, TBB Yayını, Ankara 2013, s. 59 vd; ÖZEKES, Muhammet: *Temel Hukuk Bilgisi*, 13. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2023 (Temel Hukuk), s. 118.

⁶⁷ KURU, El Kitabı, s. 925; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 153; TANRIVER, Cilt 2, s. 75, 103; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 436; "Ancak Tedbir nafakası niteliği gereği boşanma hükmü kesinleşmeden icra edilebilir." Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2014 tarih ve E: 2013/20459 K: 2014/12599 sayılı kararı (Lexpera). Karş. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 11.12.2006 tarih ve E: 2006/20310 K: 2006/23497 sayılı kararı (Lexpera).

Doktrinde bu hükmün tedbir nafakasının kesilmesine ilişkin hükümler için uygulanmaması gerektiği ve bu yöndeki bir hükmün kesinleşmedikçe icra edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir (ÖZBEK, İlâmlı İcra, s. 793). Ancak, kanaatimizce tedbir niteliğinde nafaka hükümlerini zaten bu kapsamda ilâm olarak kabul etmemek ve geçici hukukî koruma niteliğindeki kararlar kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

⁶⁸ POSTACIOĞLU / ALTAY, Usûl, s. 831; KURU, Cilt 3, s. 2199, 2217; KURU, El Kitabı, s. 918; YILMAZ, Cilt 4, s. 4951; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 194; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 164.

ilişkin kararlar bakımından da geçerli olmalı ve sadece ilgili hukuk alanlarında değişiklik yaratan kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceği kabul edilmelidir.

Yine doktrinde, özellikle konusu para veya taşınır bir mal olarak hükümlerin kesinleşmeden icra edilebileceği ifade edilmiştir⁶⁹. İstisnalar dikkate alındığında bu ifadeden doğrudan görüşümüzü destekler bir sonuç çıkarılmayacak olsa da şahsın veya aile hukukuna ya da taşınmazlarda aynı haklara dayanan veya bu haklara ilişkin tartışmaların yapıldığı yargılamalarda verilen kararlar, bu haklar bakımından herhangi bir değişiklik yaratmıyor ve özellikle sadece konusunu para oluşturan sonuçlar doğuruyorsa ilgili kararın kesinleşmeden icra edilebileceği kabul edilmelidir. Nitekim, yargı kararlarında kabul edilen kriter de bu doğrultudadır. Yukarıda ilgili bölümde yer verilen Yargıtay kararlarında, aile ve şahsın hukuku bakımından ilgili sicillerde değişiklik yaratan kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceği; ancak, sicillerde herhangi bir değişiklik yaratmayan kararların icra edilebilmesi için kesinleşmesinin gerekmediği vurgulanmıştır⁷⁰. O hâlde, aynı sonuç taşınmazın aynına ilişkin kararlar bakımından da kabul edilmeli ve aynı hak değişikliği yaratmayan kararların kesinleşmeden icra edilebileceği sonucuna varılmalıdır. Böylece, esasen aile ve şahsın hukukuna ilişkin uygulamayla taşınmazın aynına ilişkin uygulama arasında uyum sağlanmış olacaktır⁷¹.

SONUÇ

Türk hukukundaki düzenlemeler kapsamında mahkeme kararlarının icra edilebilmesi bakımından kural olanın kesinleşmeden icra edilebilme olduğu, sadece istisnaî durumlarda kararın kesinleşmiş olmasının şart olduğu konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak, kesinleşmeden icra edilmesi mümkün olan kararların dahi çoğunlukla şekli birtakım şartlar yerine getirilerek icrasının durdurulabildiği bilinmektedir. Böylece, esasen kesinleşmeden icra edilmesi mümkün olan kararlar bakımından dahi kanun yolu incelemesi devam ettiği müddetçe icra işlemleri tamamlanamamaktadır. Bu kapsamda, kesinleşmeden icra edilebilme kuralının tartışmaya açılması ve icra edilebilme için kural olarak kesinleşme şartının aranmasının daha yerinde bir tercih olabileceğini ifade etmek isteriz.

Mevcut kanunî düzenlemeler karşısında kesinleşmeden icra edilebilme kuralı ve istisnası olan durumlar, kural ve istisna olmanın gereklerine ve amaca uygun bir şekilde yorumlanmalıdır. Bu kapsamda yer alan aile ve şahsın hukuku ile taşınmazın aynına ilişkin kararlar ifadesi, sadece bu alanlarda değişiklik yaratan kararlar olarak anlaşılmalıdır. İlgili alanlarda tartışmalar yapılan ve hatta bu alanlara ilişkin herhangi bir hakka dayanan davalarda verilen kararlar, netice olarak ilgili hakka ilişkin herhangi bir değişiklik içermiyorsa kesinleşmeden icra edilebilmelidir. Zira, bu alanlarda verilen kararlar bakımından kesinleşme şartının aranmasının amacı, ilgili karar icra edildikten sonra kanun yolu mahkemesi tarafından kararın ortadan kaldırılması veya bozulması ihtimâlinde, icranın eski hâle

⁶⁹ KURU, Cilt 3, s. 2185; ÖZBEK, İlâmlı İcra, s. 787; ÖZBEK, Kesinleşmeden İcra, s. 40.

⁷⁰ Yine bu hususa vurgu yapan bir karar için bkz. "Gayrimenkulün aynı ve tarafların hukuki durumlarında, kayıt ve sicillerinde değişiklik yaratan şahsın hukuku ile ilgili ilamların kesinleşmeden takibe konulamayacağına yönelik şikayetler dışındaki ilamın kesinleşmeden takibe konulamayacağına yönelik şikayetler süreye tabidir." Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 11.10.2017 tarih ve E: 2015/10085 K: 2017/12658 sayılı kararı (Lexpera). Bu yönde ayrıca bkz. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 437.

⁷¹ İlgili kararların icra edilmesinin ilgili sicillerde değişiklik doğurucu etkisi nedeniyle kesinleşmeden icra edilememe kuralının kabul edildiği gerekçeleriyle benzer yönde açıklamalar için bkz. BERKİ, s. 181.

iadesinin imkânsız veya çok güç olmasıdır. Örneğin, taşınmazın tapu kaydının iptal edilerek davacı adına tesciline ilişkin bir karar kesinleşmeden yerine getirilir ve daha sonra bu karar bozulursa, davacı adına olan tapu kaydına güvenerek hak iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişilerce kazanılan hakların eski hâle iadesi mümkün olamayabilir. Ancak, aynı tehlike, böyle bir davanın reddi hâlinde ortaya çıkan maddî sonuçlar için aynı derecede mevcut değildir. Özellikle aile ve şahsın hukuku bakımından uygulamada kabul edilen bazı kriterler de bu yönde olup aynı sonuçların taşınmazın aynına ilişkin kararlar bakımından da kabulü ve her üç alanda bu konuda bir birlik sağlanması daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

ATALI, Murat: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

BAUMGARTNER, Samuel / DOLGE, Annette / MARKUS, Alexander R. / SPÜHLER, Karl: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2018.

BERKİ, Ömer: “Karar Düzeltme Müessesesi”, *Dr. A. Recâî Seçkin’e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974, s. 143-190.

DOMANIÇ, Hayri: Hukukta Kazıyeye Muhkeme ve Nisbî Kuvveti, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1964.

ERDÖNMEZ, Güray: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Kamu Hukukçuları Platformu*, 29-30 Eylül 2012, TBB Yayını, Ankara 2013, s. 15-29.

KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 3. Baskı, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1988 (Cilt 1).

KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. III, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul 1993 (Cilt 3).

KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (El Kitabı).

KURU, Baki: “TFF Merkez Hakem Kurulu Seçiminin İptaline İlişkin Mahkemece Verilen Kararın Kesinleşmeden İcra Edilip Edilemeyeceği Hakkında Hukukî Mütalaa”, *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu “Av. Atılâ Elmas” Armağanı*, Ankara 2012, s. 629-633 (Mütalaa).

MEIER, Isaak: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2010.

ÖZBEK, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, C. II, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (İlâmlı İcra).

ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlâmların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, s. 37-78 (Kesinleşmeden İcra).

ÖZEKES, Muhammet: “İcranın Geri Bırakılması Hakkında (İİK m. 36) 7343 S.K. ile Yapılan Değişiklikler ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *YBHFD*, 2022/2, s. 57-78 (İcranın Geri Bırakılması).

ÖZEKES, Muhammet: Temel Hukuk Bilgisi, 13. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2023 (Temel Hukuk).

ÖZEKES, Muhammet: “Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi”, *DEÜHFD*, 2009/Özel Sayı, s. 921-940 (İcra Sistemi).

ÖZEKES, Muhammet / BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.

ÖZTEK, Selçuk: Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2023.

PEKCANITEZ, Hakan / SİMİL, Cemil: İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (İcra).

POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020 (Usûl).

ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Auflage, C.H. Beck, München 2018.

SCHLOSSER, Peter: Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Gieseking Verlag, Bielefeld 1966.

SPÜHLER, Karl / TENCHIO, Luca / INFANGER, Dominik: Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2017 (BSK ZPO-YAZAR).

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: “İnşai Karar ve Özellikleri”, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 553-576.

TANRIVER, Süha: İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996 (İlâmlı İcra).

TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. II, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022 (Cilt 2).

TERCAN, Erdal: Eski Hale Getirme, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

THOMAS, Heinz / PUTZO, Hans: Zivilprozessordnung, 41. Auflage, C.H. Beck, München 2020 (THOMAS / PUTZO / YAZAR).

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 2004.

WIECZOREK, Bernhard / SCHÜTZE, Rolf A.: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Auflage, 8. Band, De Gruyter, Berlin-Boston 2013 (WIECZOREK / SCHÜTZE / YAZAR).



YAZICI TIKTIK, Çiğdem: “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası”, *DEÜHFD*, 2014/Özel Sayı, s. 2735-2776.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (Cilt 2).

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 4, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (Cilt 4).

YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (İcra Şerh).



İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNE KARŞI MÜCADELEDE HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ YENİDEN DÜŞÜNMEK RETHINKING RIGHTS AND FREEDOMS TO TACKLE CLIMATE CHANGE

Assoc. Prof. Serkan KÖYBAŞI*

ÖZET

Fosil yakıtlardan ortaya çıkan sera gazları uzun zamandır gezegeni ısıtmakta ve genelde tahmin ettiğimizden daha ciddi bir ekolojik krize neden olmaktadır. İklim krizi, 21. yüzyılın tüm siyasal ve toplumsal konularını dönüştürecek ve yeniden şekillendirecek bir süreç ve siyasal güç ilişkilerinde, toplumsal sınıflar arası güç dengesinde, uluslararası sistemin mimarisinde ve devletlerin kurumsal yapılanmasında önemli değişikliklere neden olacaktır. 17. yüzyıldan başlayarak modernite, Endüstri Çağı'nın materyalistik yaklaşımını ve doğal varlıkları kazıp alma, onlara sahip olma ve onları tüketme mantığını yaratmıştır. Ekonomik sistem, ürünlerin üretilmesini biyolojik sınırlardan bağımsız olarak sağlayan buhar makinelerinin icadı ve onları çalıştıran kömürün enerji kaynağı olarak kullanılmasıyla giderek daha fazla fosil yakıtlara dayanır hale gelmiştir. Burjuvazinin bireysel mülkiyet yaklaşımı ve bunun modern devlet tarafından korunması "kapitalizm" adı verilen yeni bir üretim ve tüketim sistemini yaratmıştır. Kapitalizmin yükselişi fosil yakıtların enerji kaynağı olarak kullanımıyla bağlantılıdır. Kapitalizmle tarihteki diğer ekonomik sistemler arasındaki fark, büyüme mantığıdır. Endüstriyel kazıp alma, üretim ve tüketim Gayri Safi Yurtiçi Hasıla (GSYİH) adına hesaplanmaktadır ve onun büyümesi sermayenin en önemli kuralıdır. Küresel GSYİH büyüdükçe küresel ekonomi de daha fazla enerji ve kaynak kullanmaya ve daha fazla atık üretmeye meylenmektedir. Sonuç olarak bu, bilim insanlarının "sınır aşımı" olarak adlandırdığı, güvenli bir gezegen için gereken doğal kaynakların aşırı kullanımına neden olmaktadır. Çevresel sorunlar çoğu zaman insan yapımı sınırları tanımadıklarından, bunların çözümünde uluslararası hukuk en iyi yöntem olarak görünmektedir. Buna karşın, uluslararası hukuk indirgemeci ve yumuşaktır. Uluslararası çevresel hukukun devletleri ve şirketleri bağlama kabiliyeti olmadığı ve devletler arası büyüme yarışı devam ettiği için iklim değişikliğiyle başa çıkmak için kalan kısa sürede uluslararası hukuka güvenilmemesi gerekir. Bu nedenle, enerji ve gücün bağlayıcı ulusal yargı sistemlerine yöneltilmesi daha doğru bir politika olacaktır. Ancak 250 yıllık burjuva mantığına uygun şekilde işleyen hukuk düzenleri mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Oysa doğaya zarar veren eylemleri engelleyen bir hukuk düzenine geri dönmeliyiz. Devletlerin ve şirketlerin iklim değişikliğine neden olan faaliyetleri suç olarak kabul edilmeli ve yaşam hakkına öncelik tanıyan yüksek mahkemeler ve hukuk yoluyla sınırlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İklim Değişikliği, Temel Haklar ve Özgürlükler, Kapitalizm, Yüksek Mahkemeler, Neubauer

* Bahçeşehir University Law Faculty, serkan.koybasi@bau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9681-8602

ABSTRACT

Greenhouse gases stemming from fossil fuels have been warming the planet for a long time and causing an ecological crisis that is more severe than we generally assume. The climate crisis is a process that will transform and reshape all of the political and social issues of the 21st century and provoke crucial transformations in political power relations, the power balance between social classes, the architecture of the international system, and the institutional structure of states. Modernity, starting from the 17th century, created the materialistic approach of the Industrial Age and the mentality of extracting, possessing, and consuming natural assets. The economic system became increasingly dependent on fossil fuels, starting with coal as the energy source, which ran the newly invented steam machines to produce commodities independently from biological constraints. The individual property approach of the bourgeoisie and its protection by the modern state caused a new production and consumption system called “capitalism.” The rise of capitalism is connected to fossil fuels to produce energy. The growth mentality is the difference between capitalism and other economic systems in history. Industrial extraction, production, and consumption are counted in the name of Gross Domestic Product (GDP), and its growth is the capital’s most important order. As the global GDP grows, the global economy tends to use more energy and resources and produce more waste. Consequently, that causes what scientists call “the overshooting,” the overconsumption of natural resources for a safe planet. Since environmental problems usually do not recognize human-made borders, international law seems the best way to respond to them. Conversely, international law is inductive and soft. Since international environmental law has no power to bind states and corporations, and the competition of growth among states keeps going, we cannot rely on the international legal system in the short time left to tackle the climate crisis. Therefore, channeling the energy and power into binding internal legal systems would be a more efficient policy. However, the current legal structures, which are still based on the 250-year-old mentality of the bourgeoisie, are based on property rights. However, we must return to a legal system that prevents actions that harm nature. The actions of governments and corporations that cause climate change must be criminalized and limited through the law and the supreme courts, which prioritize the right to life.

Keywords: Climate Change, Fundamental Rights and Freedoms, Capitalism, Supreme Courts, Neubauer

INTRODUCTION

Climate change has long been seen as a scientific issue. According to scientists, greenhouse gases (GHG) emitted by burning fossil fuels have been warming the planet due to the high concentration of carbon dioxide (CO₂) in the atmosphere. Since the problem is scientific, most of us think that it is scientists who should find a solution to it. Therefore, thousands of papers have been published, and hundreds of conferences have been organized about climate change since the first warnings became

public in the 1970s. Today's consensus on climate change's reality and reasons, mainly anthropogenic CO₂ emissions, is due to the hard work of tens of thousands of scientists who have been working to understand the crisis we live in. Yet, although science can provide us with an understanding of the crisis, it is unable to solve it because its reasons stem not from somewhere regulated by science but by law and economic order.

To tackle climate change, we must first admit that climate is in crisis because of the current dominant economic system, namely capitalism.¹ Our current legal and state structures devised to protect this economic infrastructure were built in the 16th and 17th centuries by the bourgeoisie on individual rights and freedoms to exploit nature limitlessly. Climate change is one of the results of this historic process of limitless exploitation. Therefore, to tackle climate change, we should reconsider the basis of our economic and legal systems rather than rely on some hypothetical, futuristic scientific solutions.

Accordingly, the structure of this paper is as follows: In Chapter I, the historical economic and legal sources of climate change are demonstrated. I argue that capitalism's exploitative and extractivist features and the constant seek for eternal growth created an exponential need for energy, provided mainly through fossil fuels, which increased the CO₂ concentration in the atmosphere. Chapter II explains the legal ways to change the course of the climate crisis through supreme courts. My argument is that not the unbinding international courts, but national higher courts could and should reevaluate what should be considered a right or freedom amid an existential crisis. To tackle climate change, we must rethink everything about our economic system, state structures, and relationship with nature. Supreme courts can and should play a crucial role in this by limiting and even banning CO₂ emitting and nature-exploiting actions and interfering actively with the economic systems to ensure that the right to life prevails over property rights.

I. THE CAPITALISM'S HISTORIC ROLE IN THE MAKING OF CLIMATE CHANGE

Until the end of the Middle Ages, cultures worldwide observed nature closely and adapted their lifestyles according to it. Their observations were usually expressed in a religious or mythological way. Yet, generally, it was believed that nature and laws stemmed from God or another supernatural power, like "Pachamama."² The law itself was a spiritual concept that depended on the duties and roles of individuals in society, keeping life on Earth in balance.³

The mechanist paradigm describing reality as the union of atomized individuals and the individual rights of property owners protected by the state, starting from the 16th and 17th centuries, changed this Indigenous way of thinking in Western cultures. Supported by the rise of the emerging class of the bourgeoisie, the findings of scientists like Galileo Galilei, Francis Bacon, René Descartes, Isaac Newton,

¹ WALLACE-WELLS, David: *Yaşanmaz Bir Dünya*, Domingo, Istanbul, 2020, p. 178.

² "Earth Mother" type goddess revered by the Indigenous people of the Andes.

³ GROSSI, Paolo: *A History of European Law*, Blackwell-Wiley, Malden, Massachusetts, mentioned in: CAPRA, Fritjof / MATTEI, Ugo: *Hukukun Ekolojisi*, Koç Üniversitesi Yayınları, Istanbul 2017, p. 24.

and John Locke started to dominate social life. Their ideas, strengthened by the emergence of humanist views of the Enlightenment, caused a paradigm shift in the relationship between human beings and nature. Notably, Francis Bacon's idea of human domination of nature created a philosophical basis for the bourgeoisie's economic system, leaning upon exploiting nature with powerful technological means and growth. That consequently paved the way for our ecosystem's ongoing collapse.⁴

A. The Causation Between Capitalism and Climate Change

Since the 17th century, modernity has implemented the materialistic approach of the Industrial Age and the mentality of extracting, possessing, and consuming natural assets. The economic system became increasingly dependent on fossil fuels, starting with coal as the energy source, which ran the steam machines to produce commodities independently from biological constraints.⁵ The Industrial Revolution's side effect was on the states: the emergence of mercantilist nation-states that protected local production through their legal systems based on property rights as superstructure.⁶ Arguably, the theory of the right to property devised by John Locke and the sovereignty of the states developed by Thomas Hobbes have been two pillars of today's legal modernity.⁷

The individual property approach of the bourgeoisie and its protection by the state begot a new production and consumption system: Capitalism. It should be noted that it is not the early stages of the capitalistic era but the rise of industrial capitalism that is deeply connected to burning fossil fuels in order to produce energy and provide power to machines. Therefore, the emergence of industrial capitalism is also connected to the emission of greenhouse gases that are exponentially filling the atmosphere. Consequently, if one wants to look for a moment for the emergence of the climate crisis, the start of the excessive coal usage in Britain in the 1830s is the correct answer.⁸ Our dependence on the fossil fuel industry we experience today, despite the reality of the threat of the sixth extinction caused by the very same industry, is one of the symptoms of this old problem.

According to anthropologic data, human beings (*Homo Sapiens*) have been on Earth for more than three hundred thousand years. Even in pre-capitalism time humans, like other living beings on the planet, changed their surroundings; they hunted, built homes, did agriculture, and created cities. Yet, they never became a factor changing the entire ecosystem of the planet until capitalism. Thus, the question is, what is the difference of the relatively new economic system of the bourgeoisie?

The difference between capitalism and other economic systems is that it is organized around the obligatory eternal expansion, in other words, "the growth." The current boundless growth idea

⁴ CAPRA / MATTEI, p. 26.

⁵ MARKS, Robert B.: *The Origins of the Modern World*, Rowman & Littlefield, 3rd ed., Lanham 2015, p. 136.

⁶ MARKS, p. 106.

⁷ MEIKSINS WOOD, Ellen: *Liberty and Property: A Social History of Western Political Thought from the Renaissance to Enlightenment*, Londra ve New York 2012, mentioned in: CAPRA / MATTEI, p. 23.

⁸ CHOAMSKY, Noam / POLLIN, Robert: *İklim Krizi ve Küresel Yeşil Yeni Düzen: Gezegeni Kurtarmanın Politik Ekolojisi, Ütopya*, Ankara 2021, p. 85.

dawned five centuries ago amid interrelated expansions of European colonization, capital, and racism that established new patterns of human-human and human-environment domination.⁹ According to this calculation, industrial extraction, production, and consumption are counted in the name of Gross Domestic Product, GDP, which must increase without stopping. Because growth is the most important order of capital.¹⁰ In this economic model, the global GDP must grow between 2% and 3% each year, an obligation for big companies to keep their interests increasing. It is the same for nation-states. Growing economies require constant inputs of resources and transformation of land, water, and air shared with other species. Environmental scientists designate our era as “the great acceleration.”¹¹

Consequently, as the global GDP grows, the global economy tends to use more energy and resources and produce more waste, and causes the overconsumption of natural resources for a safe planet, namely, what scientists call “the overshooting.”¹² Therefore, it should be admitted that the essential cause of the ecological collapse we are experiencing today is not humanity in general, as the word “Anthropocene” indicates, but capitalism, economic hegemony over the rest of the world, and the brakeless pursuit of growth.¹³ Thus, the era we live in should not be named “Anthropocene” but “Capitalocene.”¹⁴

Despite this fact, capitalist production and consumption systems and the mechanist worldview of modernity are still popular and influential among lawyers, economists, and political leaders. These people of the *status quo* recklessly follow the illusion of infinite economic growth on a finite planet.¹⁵ Growth supporters do not want to admit that limitless exploitation of natural and human resources contradicts the fundamental principles of ecology.¹⁶ Who supports growth supports pollution and climate change. As Capra and Mattei have pointed out, by recognizing the property rights of companies regarding extraction as fundamental rights, we created a kind of Frankenstein. In such a way, individual property owners get richer through public assets at the expense of others and act like they are the owners of our planet.¹⁷ Figures prove this argument: The top 10% of the wealthiest people are responsible for almost half of the GHG emissions in total.¹⁸

However, the current legal and political approach to property as a right protected by the state for short-term economic interests and a tool to allow companies owned by the same wealthy people to

⁹ KALLIS, Giorgos / PAULSON, Susan / D’ALISA, Giacomo / DEMARIA, Federico: *The Case for Degrowth*, Polity (Kindle version), Cambridge & Medford 2020, p. 34.

¹⁰ HICKEL, Jason: *Less is More – How Degrowth Will Save the World* (Kindle Ed.), Windmill Books, London 2021, s. 19.

¹¹ KALLIS / PAULSON / D’ALISA / DEMARIA, p. 39.

¹² HICKEL, p. 20.

¹³ PARRIQUE, Timothée: *Ralentir ou Périr – L’Économie de la Décroissance*, Éditions de Seuil (Kindle version), Paris, 2022, p. 11.

¹⁴ This portmanteau word was first used by Andreas Malm in 2009 while he was still a graduate student in Lund, Sweden.

¹⁵ CAPRA / MATTEI, p. 12.

¹⁶ CAPRA / MATTEI, p. 29.

¹⁷ CAPRA / MATTEI, p. 31.

¹⁸ CHANCEL, Lucas: “Global Carbon Inequality over 1990-2019”, *Nature Sustainability*, 5, November 2022, p. 932.

extract resources has been one of the main pillars of the current international and national order. Therefore, today's legal and political *status quo* is responsible for the consecutive crises unfolding one after another. Thus, the time for lawyers and politicians to face the roots and results of modern bourgeois rights has come.

B. Modern Bourgeois Rights Leading to Ecosystemic Collapse

Friedrich Engels uses a concept called “social murder” in his book, *The Condition of the Working Class in England*, published in 1845. He writes with solid words as the following:

“When one individual inflicts bodily injury upon another such that death results, we call the deed manslaughter; when the assailant knew in advance that the injury would be fatal, we call his deed murder. But when society places hundreds of proletarians in such a position that they inevitably meet a too early and unnatural death, one which is quite as much a death by violence as that by the sword or bullet; when it deprives thousands of the necessities of life, places them under conditions in which they cannot live — forces them, through the strong arm of the law, to remain in such conditions until that death ensues which is the inevitable consequence — (society) knows that these thousands of victims must perish, and yet permits these conditions to remain, its deed is murder just as surely as the deed of the single individual; disguised, a malicious murder, murder against which none can defend himself, which does not seem what it is, because no man sees the murderer, because the death of the victim seems a natural one, since the offense is more one of omission than of commission. But murder it remains.”¹⁹

By “society” in this passage, Engels means the class that holds the social and political power and control and, therefore, is responsible for the situation of people who do not have any share in that control. This dominant class that he mentions is the bourgeoisie, which was at the early stages of industrialization and exploitation of men, women, and the rest of nature.

Engels argues that social murder is built into the capitalist system. It is, indeed. Countless men and women died during the production processes of this modern economic model, seeking relentless, faster, and always more extensive accumulation of money in the hands of a privileged group of people. Today, we acknowledge that not just the workers but all of us are getting murdered, maybe not suddenly or openly like the act of a killer, but slowly and in a disguised and malicious way by capitalism. This economic model has been torturing the whole ecosystem of the planet to death through extraction, mass consumption, and CO₂ emissions. Referring to Rob Nixon, what we are experiencing right now is *“slow violence, a violence that occurs gradually and out of sight, a violence of delayed destruction that is dispersed across time and space, an attritional violence that is typically not viewed as violence at all.”*²⁰ It is a disguised murder against which we cannot defend ourselves. But murder it remains.

¹⁹ ENGELS, Friedrich: *Condition of the Working Class in England*, Panther Edition, Leipzig 1945, p. 84.

²⁰ NIXON, Rob: *Slow Violence and the Environmentalism of the Poor*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England 2011, p. 2.

That is not a hypothetical argument. It is now scientifically proven that carbon dioxide and other greenhouse gases stemming from fossil fuel usage have been warming the planet for a long time. According to the reports published by the United Nations' weather agency, The World Meteorological Association, the past eight years were the warmest ever recorded,²¹ and 2023 was the warmest year on record "by a huge margin."²² 2024 will probably be even warmer. World temperature reached the hottest levels ever measured on July 22, 2024, as the global average was 17,16°C.²³

As a result of the climate crisis, species are going extinct, oceans are acidifying, weather events are destabilized, and human beings, being a species on Earth like others, have started to pay the price of the damage given to the ecosystem. According to many, we are on a path to the sixth extinction.²⁴ In other words, that is an existential crisis in which we are living.²⁵ Economic anthropologist Jason Hickel says,

*"The ecological crisis happening around us is much more serious than we generally assume. It's not just one or two discrete issues, something that could be solved with a targeted intervention here and there while everything else carries on as normal. What's happening is the breakdown of multiple, interconnected systems – systems on which human beings are fundamentally dependent."*²⁶

He seems right. Scientists confirm that if we keep our current lifestyles, the Earth will warm up 3,7°C in the year 2100, which will have destructive impacts on our planet as we know it.²⁷ Notably, everybody, especially lawyers as they hold the *status quo* together, must understand that we are on the brink of ecological chaos and eventual collapse that potentially will terminate humanity on Earth along with other species. Since law is the science of order and peace, lawyers have a duty to use their power and knowledge not to hold the current system together anymore but, ironically, to stop it.

II. USING CONSTITUTIONAL LAW TO REVERSE THE CLIMATE CRISIS

As we all know, human history is full of bloodshed, torture, massacres, and all kinds of violations of fundamental rights. But the threat of extinction of organized humanity is something entirely new.²⁸ The climate crisis is a process that will transform and reshape all of the political and social issues of the

²¹ World Meteorological Organization, "Past Eight Years Confirmed to be the Eight Warmest on Record", <https://wmo.int/news/media-centre/past-eight-years-confirmed-be-eight-warmest-record> (visited on 24.07.2024)

²² United Nations, "WMO Confirms 2023 as Warmest Year on Record 'by a Huge Margin'", <https://news.un.org/en/story/2024/01/1145457> (visited on 24.07.2024)

²³ Copernicus Climate Change Service. For daily updated data, see: <https://pulse.climate.copernicus.eu/> (visited on 29.07.2024)

²⁴ Among others see, KOLBERT, Elizabeth: *The Sixth Extinction*, Henry Holt and Company, 2014.

²⁵ CHOAMSKY / POLLIN, p. 13.

²⁶ HICKEL, p. 3.

²⁷ WALLACE-WELLS, p. 183.

²⁸ CHOAMSKY / POLLIN, p. 20

21st century and provoke crucial transformations in political power relations, the power balance between social classes, the architecture of the international system, and the institutional structure of states.²⁹ However, we keep living like there is no such an existential threat. The call to change our legal systems and lifestyles that created this vital crisis has long been ignored by state governors, political leaders, and big companies. Can the law be a tool to make them listen to listen to this urgent call?

A. The Weaknesses of the International Environmental Law

As described above, the price of the capitalist economic order is getting heavier each day without action, and it causes a threat to billions of human and non-human lives and the collapse of the Earth's ecosystem. That reality shows that there is a sharpening contradiction between capitalism and life.³⁰ Lawmakers and decision-makers deny this contradiction and the existential crisis stemming from it, although every reasonable person sees them. Politicians, lawyers, judges, prosecutors, and attorneys keep protecting the current legal system as if everything is fine. But it is obviously not.

We should admit that we can neither dominate nor create sovereignty over nature. On the contrary, we must acknowledge that we are just a part of the system of networks supporting life on Earth. If we continue to live without considering that system of networks, we will not cause only the end of the world but our end as well. The insistence on "business-as-usual" did not create any other result than making the ecological system more out of control.³¹ Therefore, everybody must act in their capacity for the climate and against the corporations and states seeking growth by emitting more GHGs. In particular, lawyers who must admit their historic responsibility for the emergence of the global climate crisis must act immediately and try to reverse its reasons through legal actions. At that point of climate change, the most effective legal means must be used.

Since environmental problems like climate change do not recognize human-made borders, the international means of law and diplomacy seem the best way to respond to them. Indeed, the climate crisis is so widespread and vital that it necessitates an acceptable international cooperation system.³² Arguably, we should immediately unite and cooperate internationally to stop states and big corporations from damaging nature. The first thing that comes to mind for this cooperation is, logically, international environmental law.

Conversely, international environmental law is inductive and soft. The legal standards on crucial topics like the protection of the environment, global warming, or animal rights are, on the one hand, either very low or vague and, on the other hand, regulated by some non-binding documents. Therefore, none

²⁹ BENLISOY, Foti: "İklim Krizinin Siyasal Etkileri – Ekofaşızmin Ayak Sesleri", <https://birartibir.org/ekofasizmin-ayak-sesleri/> (visited on 24.07.2024)

³⁰ BENLISOY, Foti: "Eksterminizm: Kapitalizmin Nihai Aşaması – Cinai Şebeke ve İmdat Freni", <https://birartibir.org/cinai-sebeke-ve-imdats-freni/> (visited on 24.07.2024)

³¹ WALLACE-WELLS, p. 170.

³² WALLACE-WELLS, p. 28.

of the current international environmental legal systems foresees an enforceable qualified right to the environment.³³

It is well known that many different types of international legal documents exist on environmental protection, i.e., the United Nations Framework Agreement on Climate Change, Kyoto Protocol, and last but not least, the Paris Agreement. Although they are all crucial achievements reached by the immersive efforts of so many people dedicated to reversing global warming, the statistics show that these documents did not change the course of the climate crisis. Between the First World Climate Conference held in 1979 and the Paris Agreement in 2015, the number of parts per million of atmospheric CO₂, which should be a maximum of 350 to keep the warming below 1,5°C,³⁴ rose from 336 in 1979 to 414 in 2021.³⁵ It is 425,2 as of July 2024³⁶ and keeps rising. That shows we do not need more international agreements mentioning the “right to a healthy environment” but implementing those climate agreements. Since international environmental law has no power to bind states and corporations, and the competition of growth among states keeps going, we cannot rely on the international legal system in the short time left to tackle the climate crisis. Therefore, we should channel our energy and power to binding internal legal systems.

B. Greening Constitutional Approach to Fundamental Rights and Freedoms

In the last 30 years, scientists have experienced a paradigm shift regarding the relationship between human beings and nature. The roots of that shift from a mechanist worldview to a holistic one are acknowledging nature as a system of networks instead of a machine. As it is known, a network is a pattern of relationships. It is well understood today that nature upholds life through relationships consistent with ecological principles of not exploiting but reproducing.³⁷

That transformation within science has not been seen yet in the legal world. Constitutional orders, laws, and even international agreements still protect the extraction economy and exploitation of nature by companies. The current legal structure, which is still based on the 250 years-old mentality of the bourgeoisie, within the frame of the supremacy of human beings over nature, functions not in

³³ MAY, James R, / DALY, Erin: *Dünyada Çevresel Anayasalcılık, Ekoloji Kolektifi*, İstanbul 2018, p. 28.

³⁴ HANSEN, James et al: “Target Atmospheric CO₂: Where Should Humanity Aim?”, *The Open Atmospheric Science Journal*, May 2008, p. 16. To learn why is this target important, see: JONES, Nicola: “How the World Passed a Carbon Threshold and Why It Matters”, *Yale Environment* 360, <https://e360.yale.edu/features/how-the-world-passed-a-carbon-threshold-400ppm-and-why-it-matters> (visited on 24.07.2024)

³⁵ NOAA Climate: “Climate Change: Atmospheric Carbon Dioxide”, <https://www.climate.gov/news-features/understanding-climate/climate-change-atmospheric-carbon-dioxide#:~:text=Based%20on%20analysis%20from%20NOAA's,from%20the%20COVID%2D19%20pandemic> (visited on 24.07.2024)

³⁶ The Guardian publishes daily atmospheric CO₂ in parts per million on its web page’s *Environment* section. See: <https://www.theguardian.com/uk/environment>

³⁷ CAPRA / MATTEI, p. 23-24.

a reciprocal way but through a one-way rights approach, allowing humans to treat nature just as raw material, and benefit from it.

a. Legal Murder in the Name of Growth

The actual suspect of the climate crisis is developed countries, with their current popular name, the Global North. However, these rich countries with high GDP figures are reluctant to acknowledge that the vast bulk of climate damage is their responsibility. In contrast, the bulk of the damage is being suffered in the Global South.³⁸ Big corporations headquartered in the Global North are the main culprits of ecosystemic devastation by searching for more fossil fuel, extracting mines, causing deforestation, and, last but not least, managing coal-powered energy production. They are not acting illegally, though. They get all required licenses, permissions, and other regulatory allowances according to law to destroy nature and emit CO₂, causing climate change in the name of growth. In other words, activities entirely legal and recognized as rights under the current legal systems pave the way to the sixth mass extinction on Earth. The reality that we should not ignore anymore is that damaging the environment is intrinsic to capitalism³⁹ and that our current legal systems, based on property rights of the 17th century, consecrate this unsustainable economic model.

The essential reason for the unsustainability of capitalism is its dependence on growth. Consumers must buy more, companies must sell more, and governments must sustain this process. Growth is a structural component of contemporary capitalism, the default macroeconomic result of an economic system where every actor is tirelessly forced to earn more.⁴⁰ However, neither the exploitation of humans and natural resources nor the generation of emissions of GHG and other waste can continue to increase without exacerbating climate change.⁴¹ This unnatural, vicious cycle causes the loss of the ecological balance and, eventually, the collapse of the ecosystem. What is at stake is the entire humanity and civilization, along with the other species.

250 years after Engels, prominent American journalist Chris Hedges states that:

“What is taking place is not neglect. It is not ineptitude. It is not a policy failure. It is murder. It is murder because it is premeditated. It is murder because a conscious choice was made by the global ruling classes to extinguish life rather than protect it. It is murder because profit, despite the hard statistics, the growing climate disruptions, and the scientific modeling, is deemed more important than human life and human survival.

³⁸ BENNET, Natalie: *Change Everything – How We Can Rethink, Repair and Rebuild Society*”, Unbound (Kindle version) 2024, p. 222.

³⁹ FOSTER, John Bellamy: *“Marx’s Theory of Metabolic Rift: Classical Foundations for Environmental Sociology”*, *American Journal of Sociology* (105:2), 1999, mentioned by CHOAMSKY / POLLIN, p. 74.

⁴⁰ PARRIQUE, p. 45-46.

⁴¹ KALLIS / PAULSON / D’ALISA / DEMARIA, p. 17.

“(...) This is the largest crime against humanity ever committed. It is being committed in front of us. And, with few exceptions, we are willfully being herded like sheep to the slaughter.”⁴²

The fact that we are in a climatic, social, and political emergency, which has been considered the “largest crime against humanity,” can also be considered an opening to deliver change. And that change is inevitable since the *status quo* is profoundly unstable and causes our extinction.⁴³

b. Right to Life Over Property Rights

A conflict between the right to live in a healthy environment and economic rights and freedoms is possible and even inevitable. The right to the environment has a limiting effect on the freedom of enterprise and property rights.⁴⁴ Economic activities cannot be carried out without taking precautions against environmental pollution. For instance, a factory cannot carry out its production activities without installing a filter on its chimney or discharging its wastewater into a river without treatment. If it does so, it would and should be fined and condemned to pay compensation. The managers and owners of the factory can even get jail terms if some people lose their health or life.

However, just because the harm given to people (and other living beings) is not sudden but slow, burning fossil fuels, pumping up consumption, mining deeper, acidifying oceans, or destroying Amazon forests are not treated the same way, albeit the similarity with a factory poisoning people at the nearby town. It has been scientifically proven that the result of all of these activities will be global warming at a level that millions, if not billions, of people will die or be displaced. Exploiting ecosystems to the point of collapse reduces all life on our planet in evolutionary, ethical, political, emotional, and aesthetic terms.⁴⁵ In the absence of any binding regulation against the significant damage and destruction of ecosystems in times of peace, those who engage in such activities cannot be punished. Under the principle of *nulla poena sine lege*, it is imperative that no one can be punished without the law, and the crime of ecocide is not yet regulated in international law.⁴⁶ At a time of simultaneous climate crisis and environmental destruction, this omission should be seen as legal madness and violence.⁴⁷

Therefore, there is an urgent need for national supreme courts to stop the activities of extensive public and private companies that cause CO₂ emissions for unnecessary products and services for the sake of economic growth. To do that, they do not need to wait until an “ecocide-like” regulation is implemented into the constitution, but they can simply decide to interpret the existing rights and

⁴² HEDGES, Chris: “The Age of Social Murder”, <https://www.mintpressnews.com/chris-hedges-age-of-social-murder-ruling-elites/275801/> (visited on 25.04.2024)

⁴³ BENNET, p. 21.

⁴⁴ KABOĞLU, İbrahim Ö. / YANCI ÖZALP, Nihan: Çevre Hakkı, Tekin, İstanbul 2021, p. 42.

⁴⁵ RAY, Gene: “Writing the Ecocide-Genocide Knot: Indigenous Knowledge and Critical Theory in the Endgame”, *Documenta*, 14, 3, 2016, p. 129.

⁴⁶ KÖYBAŞI, Serkan: “Ekokırım Suçunun Tanınması”, *Bahçeşehir University Law School Review*, 17, 210, September-October 2022, p. 1062.

⁴⁷ LAY, Bronwyn / Neyret, Laurent / SHORT, Damien / URS, Michael / OPOSA JR., Antonio A.: “Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging”, *The Journal Jurisprudence*, 431, 2015, p. 432.

freedoms in a greener way. Two decisions of the constitutional courts of Ecuador and Germany may be considered to lighten the way for tackling climate change through constitutional law in the Global South and North, respectively.

1 - Los Cedros Decision of the Constitutional Court of Ecuador

In the direction of putting the right to life above economic activities protected by property rights, the decision delivered by the Ecuadorian Constitutional Court in the Los Cedros case⁴⁸ shows us the right way to follow. In this case, the Court ruled that the mining concessions and environmental permits to search for valuable mines in the protected fog forest violated three rights in the Ecuadorian Constitution promulgated in 2008. The first one is “the rights of nature,” translated as the rights of the Los Cedros forest. Thereby, the Court sent the message that the rights of nature enshrined in the Constitution are not just words of wishful thinking but rights that have real-life implications. Secondly, the Ecuadorian Constitutional Court found violations of the applicant Indigenous people’s right to water and to live in a healthy environment. Finally, according to the Court, the right of local communities to be consulted beforehand was also violated.

The significance of this judgment is that the Ecuadorian Constitutional Court “thought like a planet” while deciding on this application. This way of thinking is extremely alien to the perspectives of modern life.⁴⁹ According to the Court, contrary to what is generally accepted, an economic activity should not negatively impact nature, and if the company (or the state) cannot prove that its activity will have no negative impact on nature, then this activity violates the rights of nature. It is worth noting that in this decision, regardless of the potential harm to be done to Indigenous people living close by, the forest ecosystem itself is protected due to its intrinsic value.⁵⁰ The Court ruled that the forest of Los Cedros has a right to exist and placed this right above the economic value of the minerals to be extracted and the rights of companies to operate, trade, and commodify nature. This decision stands in opposition to the concept of current modern property and economic rights, giving power to corporations for the free extraction and exploitation of natural resources, which is a mechanism culturally constructed after the emergence of the bourgeoisie.⁵¹ In order to tackle climate change, this mechanism should be reversed, and this decision’s post-modern ecocentric approach must be adopted by all of the supreme courts worldwide, especially in the Global South, to stop the modern extractivist imperialism of big corporations of the developed countries.

⁴⁸ Ecuadorian Constitutional Court, Case No. 1149-19-JP/20, November 10, 2021, for the English version see: <https://celdf.org/2022/07/available-now-english-translation-webinar-of-the-landmark-decision-in-ecuador-to-protect-los-cedros-forest-over-mining-profits/> (visited on 25.07.2024)

⁴⁹ WALLACE-WELLS, p. 248.

⁵⁰ KÖYBAŞI, Serkan: “Ekvator Anayasası’nda Doğa Ana’nın Haklarının Tanınmasının Anayasa Yargısına Etkisi”, in International Asos Law Congress Book, Asos Publication, Elazığ 2022, p. 400.

⁵¹ CAPRA / MATTEI, p. 27.

2 - *Neubauer* Decision of the Constitutional Court of Germany

From a different perspective, the Federal Constitutional Court of Germany, with its *Neubauer* judgment, developed a holistic view of climate science, the impacts of climate change, planetary justice, the fragility of the Earth system, and global climate law, rather than a traditional and localized view, as is generally expected, even on an issue such as climate change.⁵² In this lawsuit brought by some German, Bangladeshi, and Nepalese youth against the Climate Protection Act of 2019, it was argued that the GHG emission reduction targets set by the state until 2030 are not in line with the global temperature increase limits set by the Paris Agreement, to which Germany is a party, and that this would impose an unconstitutional limitation on the rights of future generations, as much more emission reductions would be required after 2030 than today in order to become carbon neutral in 2050, as targeted by the relevant act.

According to the Court, the only rational solution to climate change is to reduce CO₂ emissions. Such a reduction can only occur as a result of a change in people's behavior, and one of the most effective ways to get people to change their behavior is through legislation.⁵³ If the reduction target by 2030 is insufficient, those living and governing in the years after 2030 will have to reduce emissions more rapidly in a very short time to reach the 2050 targets, which would also mean disproportionately limiting their freedoms.⁵⁴ In the Court's view, "*climate-related measures avoided today out of respect for existing freedoms will have to be taken in the future - possibly under even worse conditions - and will limit the same needs and freedoms much more severely.*"⁵⁵ Accordingly, noting that the applicants' fundamental rights would be violated today because the risk of future limitations of their rights arises from the existing regulations, the Federal Court stated that it could not be argued that the applications should have been lodged after 2030 when freedoms would be severely restricted because by then the carbon that would cause the irreversible effects of climate change would have already been emitted and it would therefore be too late.⁵⁶

Calling this new doctrine, which links the emission permits in the current law with the mandatory emission reductions after 2030,⁵⁷ "advance interference-like effect,"⁵⁸ the Court stated that under certain circumstances, the Constitution imposes an obligation to protect fundamental freedoms over time and to spread the possibilities attached to that freedom proportionately across generations. This

⁵² MINNEROP, Petra: "The 'Advance Interference-Like Effect' of Climate Targets: Fundamental Rights, Intergenerational Equity and the German Federal Constitutional Court", *Journal of Environmental Law*, 23, 2022, p. 136.

⁵³ KOTZÉ, Louis J.: "*Neubauer et al. versus Germany*: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?", *German Law Journal*, 22, 2021, p. 1435.

⁵⁴ Federal Constitutional Court of Germany, *Neubauer et al. v Germany*, March 24, 2021 (official English translation), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618_en.html (visited on 26.07.2024), § 116.

⁵⁵ *Neubauer*, § 120.

⁵⁶ *Neubauer*, § 130.

⁵⁷ MINNEROP, p. 146.

⁵⁸ *Neubauer*, § 183.

new concept went beyond a nuance concerning the limits of the Federal Court’s supervisory jurisdiction set out in the Constitution. It constituted an innovative approach toward protecting the future enjoyment of fundamental rights and a creative legal justification that took into account the country’s remaining carbon budget.⁵⁹

With this decision, the Court has not only been decisive in Germany’s climate policies but also developed a new approach to the concept of “interference” with rights in constitutional doctrine.⁶⁰ This decision, which is seen as a landmark in terms of a national supreme court’s presentation of the state’s national and international responsibilities in the face of climate change from the perspective of the protection of rights and freedoms, is, in Ran Hirschl’s words, a “prototypical decision” as it is a decision that protects the rights of future generations in the developing field of climate law and sheds light on how these rights can develop and how they can be strengthened.⁶¹ In this respect, the judgment is instructive for the supreme courts of other countries, particularly in the Global North.

CONCLUSION

Since the 17th century, the Enlightenment and humanism, which provided a philosophical basis for the bourgeoisie that began to change the economic infrastructure, have been seen as the origin of positive concepts such as fundamental rights and democracy. However, the only rights that the merchant class, which sought to create a safe trade area for themselves, cared about were property rights and freedoms of commercial activity arising from it. As a reflection of this, the entire superstructure of the state and law was built on the continuation of the exploitation of nature and people. Unlimited production and continuous growth led to an ever-increasing need for energy and, eventually, to the excessive use of fossil fuels, causing today’s climate change. As a result, the right to life, one of the most fundamental rights, has become endangered for everyone around the world. Today, not only are animals becoming extinct or biodiversity is disappearing, but people are dying, being forced to migrate, and struggling with hunger and thirst due to extreme weather events. We know that this is because the current dominant economic system, capitalism, is based on mass production, mass consumption, and growth and, therefore, on fossil fuels.

Intentionally killing, starving, suffocating, drowning, or displacing millions of people should not be considered a right anymore. There is no such right to murder people or to exterminate nature. We should return to our habit of objecting to activities creating direct threats and potentially demolishing nature. That suggests standing against big fossil fuel and mining companies and their protector states

⁵⁹ MINNEROP, p. 137.

⁶⁰ FAIRHURST, Kirsty: Our Obligation to Future Generations – A Human Rights Approach in the Case of *Neubauer et al. v Germany*, Universitat Pompeu Fabra, p. 17.

⁶¹ HELLNER, Agnes / EPSTEIN, Yaffa: “Allocation of Institutional Responsibility for Climate Change Mitigation: Judicial Applications of Constitutional Environmental Provisions in the European Climate Cases *Arctic Oil*, *Neubauer*, and *l’Affaire du siècle*”, *Journal of Environmental Law*, 35, 2023, p. 220.

and creating obstacles for them on every front.⁶² One of the most essential and practical obstacles we can create against this criminal activity is the legal one. We must limit companies and protect life through legal systems and courts. And we should do that quickly. What must be done is that the supreme courts of each country, not as the highest legal organ of state superstructure protecting capitalism but as the protector of life on Earth respecting the natural networks, must interfere strongly with the normal functioning of the capitalist economic system dependent on emitting GHGs.⁶³ These courts should force their states to be environmental ones. In their decisions, the right to life must prevail over property rights because the initial *raison d'être* of these courts is to protect the right to life against all kinds of threats and prioritize it over secondary things, like property and growth.

BIBLIOGRAPHY

Books and papers

BENNET, Natalie: *Change Everything – How We Can Rethink, Repair and Rebuild Society*”, Unbound (Kindle version) 2024.

CAPRA, Fritjof / MATTEI, Ugo: *Hukukun Ekolojisi*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017.

CHANCELL, Lucas: “Global Carbon Inequality over 1990-2019”, *Nature Sustainability*, 5, November 2022, p. 931-938.

CHOAMSKY, Noam / POLLIN, Robert: *İklim Krizi ve Küresel Yeşil Yeni Düzen: Gezegeni Kurtarmanın Politik Ekolojisi*, Ütopya, Ankara 2021.

ENGELS, Friedrich: *Condition of the Working Class in England*, Panther Edition, Leipzig 1945.

FAIRHURST, Kirsty: *Our Obligation to Future Generations – A Human Rights Approach in the Case of Neubauer et al. v Germany*, Universitat Pompeu Fabra.

HANSEN, James et al.: “Target Atmospheric CO₂: Where Should Humanity Aim?”, *The Open Atmospheric Science Journal*, May 2008.

HELLNER, Agnes / EPSTEIN, Yaffa: “Allocation of Institutional Responsibility for Climate Change Mitigation: Judicial Applications of Constitutional Environmental Provisions in the European Climate Cases *Arctic Oil*, *Neubauer*, and *l’Affaire du siècle*”, *Journal of Environmental Law*, 35, 2023, p. 207-227.

HICKEL, Jason: *Less is More – How Degrowth Will Save the World* (Kindle Ed.), Windmill Books, London, 2021.

KABOĞLU, İbrahim Ö. / YANCI ÖZALP, Nihan: *Çevre Hakkı*, Tekin, İstanbul 2021.

⁶² KLEIN, Naomi: *Yanıyoruz*, Doğan Kitap, İstanbul, 2021, p. 108.

⁶³ CHOAMSKY / POLLIN, p. 91.



KALLIS, Giorgos / PAULSON, Susan / D'ALISA, Giacomo / DEMARIA, Federico: *The Case for Degrowth, Polity* (Kindle version), Cambridge & Medford 2020.

KLEIN, Naomi: *Yanıyoruz*, Doğan Kitap, İstanbul 2021.

KOLBERT, Elizabeth: *The Sixth Extinction*, Henry Holt and Company, 2014.

KOTZÉ, Louis J.: “*Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?*”, *German Law Journal*, 22, 2021, p. 1423-1444.

KÖYBAŞI, Serkan: “*Ekokırım Suçunun Tanınması*”, *Bahçeşehir University Law School Review*, 17, 210, September-October 2022, p. 1047-1085.

KÖYBAŞI, Serkan: “*Ekvator Anayasası’nda Doğa Ana’nın Haklarının Tanınmasının Anayasa Yargısına Etkisi*”, in *International Asos Law Congress Book*, Asos Publication, Elazığ 2022, p. 384-402.

LAY, Bronwyn / Neyret, Laurent / SHORT, Damien / URS, Michael / OPOSA JR., Antonio A.: “*Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging*”, *The Journal Jurisprudence*, 431, 2015, p. 431-452.

MARKS, Robert B.: *The Origins of the Modern World*, Rowman & Littlefield, 3rd ed., Lanham 2015.

MAY, James R. / DALY, Erin: *Dünyada Çevresel Anayasalcılık*, Ekoloji Kolektifi, İstanbul 2018.

MINNEROP, Petra: “*The ‘Advance Interference-Like Effect’ of Climate Targets: Fundamental Rights, Intergenerational Equity and the German Federal Constitutional Court*”, *Journal of Environmental Law*, 23, 2022, p. 135-162.

NIXON, Rob: *Slow Violence and the Environmentalism of the Poor*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England 2011.

PARRIQUE, Timothée: *Ralentir ou Périr – L’Économie de la Décroissance*, Éditions de Seuil (Kindle version), Paris 2022.

RAY, Gene: “*Writing the Ecocide-Genocide Knot: Indigenous Knowledge and Critical Theory in the Endgame*”, *Documenta*, 14, 3, 2016, p. 118-136.

WALLACE-WELLS, David: *Yaşanmaz Bir Dünya*, Domingo, İstanbul 2020.

Internet

BENLISOY, Foti: “*Eksterminizim: Kapitalizmin Nihai Aşaması – Cinai Şebeke ve İmdat Freni*”, <https://birartibir.org/cinai-sebeke-ve-imdat-freni/> (visited on 24.07.2024)

BENLISOY, Foti: “*İklim Krizinin Siyasal Etkileri – Ekofaşizmin Ayak Sesleri*”, <https://birartibir.org/ekofasizmin-ayak-sesleri/> (visited on 24.07.2024)

Ecuadorian Constitutional Court, Case No. 1149-19-JP/20, November 10, 2021, for the English version see: <https://celdf.org/2022/07/available-now-english-translation-webinar-of-the-landmark-decision-in-ecuador-to-protect-los-cedros-forest-over-mining-profits/> (visited on 25.07.2024)

Federal Constitutional Court of Germany, *Neubauer et al. v Germany*, March 24, 2021 (official English translation),

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1_bvr265618en.html (visited on 26.07.2024)

HEDGES, Chris: “The Age of Social Murder”, <https://www.mintpressnews.com/chris-hedges-age-of-social-murder-ruling-elites/275801/> (visited on 25.04.2024)

JONES, Nicola: “How the World Passed a Carbon Threshold and Why It Matters”, *Yale Environment 360*, <https://e360.yale.edu/features/how-the-world-passed-a-carbon-threshold-400ppm-and-why-it-matters> (visited on 24.07.2024)

NOAA Climate: “Climate Change: Atmospheric Carbon Dioxide”, <https://www.climate.gov/news-features/understanding-climate/climate-change-atmospheric-carbon-dioxide#:~:text=Based%20on%20analysis%20from%20NOAA's,from%20the%20COVID%2D19%20pandemic> (visited on 24.07.2024)

The Guardian Environment, <https://www.theguardian.com/uk/environment>

United Nations, “WMO Confirms 2023 as Warmest Year on Record ‘by a Huge Margin’”, <https://news.un.org/en/story/2024/01/1145457> (visited on 24.07.2024)

World Meteorological Organization, “Past Eight Years Confirmed to be the Eight Warmest on Record”, <https://wmo.int/news/media-centre/past-eight-years-confirmed-be-eight-warmest-record> (visited on 24.07.2024)

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA UZLAŞTIRMA KAPSAMINDAKİ SUÇLAR
OFFENCES WITHIN THE SCOPE OF CONCILIATION IN TURKISH CRIMINAL LAW

Av.Gizemnur TINASTEPE*

ÖZET

Ceza yargılaması açısından bir suçun işlenmesinden başlayarak mağdur, fail ve tüm tarafların haklarını koruyarak maddi gerçekliği ortaya çıkarmak ve cezanın infazı aşamasına dek süreci hukuka uygun halde sürdürmek için hukuk uygulayıcılarına birtakım görevler düşmektedir. Bu açıdan ceza muhakemesi hukuku bağlamında uyulması gereken usul ve esaslar kanunla belirlenmiş olup yargı kararları ile de süreç desteklenmiştir. Bir suçun işlenmesinden sonraki aşamada suçun aydınlatılmasına imkân veren delilerin toplanması, şüphelinin kaçma ihtimalinin ortadan kaldırılması ve aynı zamanda mağdurun da bu süreçten en az şekilde etkilenmesi için birtakım hukuki müesseseler ihdas edilmiştir. Ceza yargılamasında süreç boyunca bir suç işlediği konusunda kuvvetli şüphe bulunan kimseye ceza verilmesi ve bu cezanın infazı önceki dönemlerde sıklıkla tercih edilen bir yöntemdi. Ancak son yıllarda onarıcı adalet kavramının ortaya çıkması ile birlikte suç işleyen kimsenin ceza infaz kurumlarında ve toplumdan uzak bir biçimde bulunmasının doğru olmadığı görüşü ağır basmaktadır. Bu açıdan ön ödeme, uzlaştırma gibi pek çok alternatif çözüm yollarına başvurulmaktadır. Bu çalışmada da ilk önce uzlaştırmaya ve tarihsel gelişti hakkında açıklamalar yapılacak olup daha sonrasında hangi suçların bu kapsamda olduğuna ilişkin açıklamalara Yargıtay kararları ve öğretti görüşleri ışığında yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler : Ceza Hukuku,Suç,Onarıcı Adalet,Uzlaştırma,Mağdur

ABSTRACT

Starting from the commission of a crime in terms of criminal proceedings, law practitioners have certain duties in order to reveal the material reality by protecting the rights of the victim, perpetrator and all parties and to continue the process in accordance with the law until the execution of the sentence. In this respect, the procedures and principles to be followed in the context of criminal procedure law are determined by law and the process is supported by judicial decisions. At the stage after the commission of a crime, a number of legal institutions have been established in order to collect the evidence that allows the crime to be illuminated, to eliminate the possibility of the suspect to flee, and at the same time to minimize the victim's impact on this process. In criminal proceedings, imposing a sentence on a person who is strongly suspected of committing a crime during the process and the execution of this sentence was a frequently preferred method in previous periods. However, with the emergence of the concept of restorative justice in recent years, the view that it is not right for the

* Avukat, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi.

offender to be in penal institutions and away from society is predominant. In this respect, many alternative solutions such as prepayment and reconciliation are used. In this study, firstly, explanations will be made about reconciliation and its historical development, and then the explanations regarding which crimes are within this scope will be included in the light of the decisions of the Court of Cassation and the opinions of the doctrine.

Keywords : Criminal Law, Crime, Restorative Justice, Conciliation, Victim

GİRİŞ

Ceza hukuku ve ceza muhakemesi mevzuatımız bir bütün olarak gözden geçirildiğinde suçun işlenmesinden itibaren başlayıp işlendikten sonra da infazı aşamasında hangi usullerin düzenleneceğine ilişkin bir takım usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bu açıdan bir suçun işlenmesinden sonraki aşamaların düzenlenmesini, ortaya çıkan zararın tazmini, mağdur ve fail arasındaki dengenin sağlanması ve her iki tarafın da haklarının korunması amacıyla bazı düzenlemeler yapılmıştır. İşte tam da bu aşamada düzenlenen önemli kurumlarda biri de uzlaştırmadır. Uzlaştırma esasen onarıcı adalet kavramının da etkisiyle ortaya çıkan ve tarafların olabildiğince ortak paydada buluşmasına imkân veren bir kurum olarak ceza mevzuatımıza girmiştir.

Uzlaştırma kurumu düzenlendikten sonra özellikle uygulama aşamasında sistem alışma süreci yaşamıştır. Özellikle hangi suçların bu kapsamda olduğu, uzlaştırma kapsamına giren ve girmeyen suçların birlikte işlenmesi durumunda neler yapılacağına dair pek çok soru gündeme gelmiştir. Daha sonrasında yapılan değişiklik ve eklemelerle kapsam genişletilmiş olup adeta soruşturma ve kovuşturma aşamasının önemli bir aktörü haline gelmiştir. Bu çalışmada da ilk önce uzlaştırmaya ve tarihsel gelişimi hakkında açıklamalar yapılacak olup daha sonrasında hangi suçların bu kapsamda olduğuna ilişkin açıklamalara Yargıtay kararları ve öğreti görüşleri ışığında yer verilecektir.

I. Genel Olarak Ceza Hukuku'nda Uzlaştırma Kavramı

Türk hukuk mevzuatımıza ilk olarak 26.9.2004 tarihli 5237 Sayılı TCK ile uzlaşma adı ile düzenlenmiş olan ve daha sonrasında da 6763 Sayılı Kanun ile uzlaştırma şeklinde ifade edilen bu kavram esasen “konsensüs, uyuşma, uzlaş, uzlaşım ve mutabakat” gibi anlamlara karşılık gelmektedir.¹Bu bağlamda uzlaşma bir yargılama sırasında bir uyuşmazlığın çözülerek iki tarafında kabul ettiği bir sonuca varmak olarak da ifade edilebilir. Uzlaşma tarafların uyuşmazlıkla alakası bulunmayan bir kişi öncülüğünde kendi iradelerine uygun olmak suretiyle uyuşmazlığın ortadan kaldırılması olarak da tanımlanabilir.²

Uzlaştırma terimi ilk düzenlemede uzlaşma olarak yer almaktaydı. Ancak daha sonra 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanununun 34. maddesiyle “Uzlaştırma” şeklinde değiştirilmiştir. Bu açıdan uzlaşma teriminin kullanılmasının mağdurun karşı karşıya kaldığı psikolojik durumu gereği bu kuruma mesafeli olması ve bu yoldan uzak kalmasına neden olabilecek bir ifade olmasından bahisle bu şekilde

¹ <https://sozluk.gov.tr/> ET:07.03.2024

² Yağmur Temiz Gül, Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları,1, Baskı, Adalet Yayınevi,2021,s.66

adlandırılmasının doğru olmadığı ifade edilmiştir.³ Hukuki olarak bu düzenlemeye bakıldığında ise suç sebebiyle ortaya çıkan zararın giderilmesini sağlamak amacıyla tarafların uzlaşmaları için tarafsız bir uzlaştırmacının yardımıyla anlaşmalarının sağlanabilmesi olarak ifade edilebilir.⁴

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin Tanımlar başlıklı 4/1-k maddesinde *“Uzlaştırma: Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini ifade eder “* şeklindeki düzenleme ile uzlaştırmacının ne anlama geldiği ifade edilmiştir.⁵ Bu açıklamalar ışığında uzlaşma sonucu fail işlemiş olduğu suçtan sorumluluğunu kabul ederek topluma tekrar uyum sağlayacağı belirtilmiştir.⁶ Bu sürecin sağlıklı bir şekilde ilerletilmesine katkı sağlayacak uzlaştırmacıların uzlaştırma sürecinin tamamında olabildiğince az problemle karşılaşmasının uzlaşma sürecinin olumlu bir şekilde sonuçlanmasını ve bu kurumun etkin bir şekilde kullanılması sonucu doğuracaktır.⁷

CMK'daki düzenleme şekline bakıldığında ilk olarak 5918 sayılı kanunun 8.maddesinde uzlaştırma *“Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.”* şeklindeki düzenleme ile ilk kez düzenlenmiş ancak daha sonrasında 6763 sayılı kanununla ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve son olarak da 05.05.2017 tarihli Uzlaştırma Yönetmeliği ihdas edilmiştir. Düzenlenen bu kurumun hukuki niteliği de sıkça tartışılmış olup farklı görüşler ortaya atılmıştır. Buna uzlaşma ceza muhakemesinin klasik bilinen muhakeme yollarından farklı olarak savcı dışında tarafsız bir üçüncü kişi tarafından sürecin ilerletildiği ancak bu aşamaların mahkemenin denetim ve gözetiminde devam ettiği bir süreç olarak kendine has bir yol olarak kabul edilmiştir.⁸

Uzlaşmanın hukuki niteliği açısından ise Yargıtay vermiş olduğu bir kararında *“5271 sayılı CYY'nin 253-255. maddelerinde düzenlenen uzlaşma kurumu, uygulama yöntemini düzenlemesi ve anılan yasada yer alması nedeniyle usul hukuku kurumu olması dolayısıyla derhal yürürlük ilkesine tabi ise de, fail ile Devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi hukuka da ilişkin bulunması nedeniyle yürürlüğünden önceki olaylara uygulanabileceği kural olarak kabul edilmekle birlikte, bu uygulamanın ancak görülmekte olan davalar bakımından geçerli olacağı ve kesinleşmiş kararların lehe değerlendirilmesi amacıyla yapılan uyarılama yargılamasında uzlaşma hükümlerinin uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.”* şeklinde karar vererek hem usul hem de maddi hukuka ilişkin yönleri olan bir kurum olduğunu ifade etmiştir.⁹

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında uzlaştırmacının amacını şu şekilde açıklamıştır *“Uzlaşmayı; Kamu davasının açılmasını engelleyen uzlaşma ve Usulüne uygun olarak açılmış kamu davasının,*

³ Ekrem Çetintürk, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Hd Yayıncılık,2009,s.458

⁴ Fatih Ulaşan, Toplumsal Barışın Sağlanmasında Uzlaştırma, Türkiye Mesleki Ve Sosyal Bilimler Dergisi, Ağustos 2023, Yıl: 5, S. 12, s.86/87

⁵ Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği, 05.08.2017 tarih ve 30145 sayılı Resmi Gazete

⁶ Kerim Çakır, Uzlaştırmacının Kapsamı ve Şartları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018,s.446

⁷ Muhammed Eşme, Uzlaştırmacıların Sorunları ile Adli ve İdari Mercilerin Sorunlara Yaklaşımı Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,s.200

⁸Berrin Akbulut/Murat Aksan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma,2,baskı, Seçkin Yayıncılık,2019, s.30

⁹Yargıtay CGK., E. 2007/200 K. 2007/219 T. 30.10.2007(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2007-4-200-k-2007-219-t-30-10-2007> ET:07.03.2024)

tarafklarının iradelerine uygun olarak çözümlenmesini sağlayan uzlaşma, şeklinde bir tasnife tabi tutmak mümkündür. Uzlaşmayla failin cezalandırılması olanağı ortadan kalktığından, bu kurum ceza ilişkisini düşüren bir hâl olarak da nitelendirilebilir. Bu nedenle uzlaşma; bir taraftan muhakemeyi engellemesi nedeniyle muhakeme hukuku kurumu, diğer yandan ise fail ile devlet arasında ceza ilişkisini sona erdirdiğinden ceza hukuku kurumu olup, ceza ilişkisi, usulü bir işlem nedeniyle yani muhakemeye devam edilemediği için sona erdiğinden uzlaşmanın muhakeme hukuku kurumu olma özelliğinin her durumda ne çıktığı söylenebilir.”¹⁰

Uzlaştırmanın Amaç Ve Kapsamı

Uzlaştırma onarıcı adalet temelinde ilerleyen bir ceza muhakemesi müessesesidir. Çünkü onarıcı adalet bir hukuk normunun ihlal edilmesi ve failin cezalandırılmasının ana amaç olarak görmek yerine öncelikle zarar gören kişi ile ilgilenip onun mümkün olduğunda zararının telafi edilmesi amacına yönelir.¹¹ Yapılan düzenleme ile hukuk dünyamıza giren uzlaştırmanın çeşitli amaçları vardır. Bu görüşlerinden biri olarak uzlaştırmanın temel amacının mağdurun isteklerinin ön planda olduğu ve onun zararının giderilmesinin temel amaç olduğu savunulmaktadır. ¹²Ayrıca uzlaştırma ile adliyelerdeki ve savcılıklarda iş yoğunluğunun önemli ölçüde azaltılması bir amaç olarak görülmenin yanında esasen uzlaşmanın bir olağan sonucu olarak kabul eden görüşler de mevcuttur.¹³ Uzlaştırma kurumunun ceza verme yoluna gidilmeden yargılamanın sona ermesi açısından maddi ceza hukukuna ait bir kurum olmakla beraber düzenlendiği kanun açısından da bir ceza muhakemesi kurumu olduğu ifade edilmiştir.¹⁴

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında uzlaştırma kurumunun amacına yönelik bazı tespitlerde bulunmuş ve “ağdaş hukuk düzenleri özellikle kişisel yararları daha fazla ihlal eden suçlarda her şüphelinin/saniğin eylemi nedeniyle hemen bir ceza yaptırımı ile cezalandırılması yerine, topluma karşı sorumluluklarını gözden geçirmesine imkân tanımak üzere belirli sürelerle gözetim ve denetim altına alınmasını öngören ve mümkün olduğunca suçtan zarar görenin tatminini de içeren uzlaşma gibi uygulamalara yönelmiş bulunmaktadır. Uzlaşma kurumu, uyuşmazlığın yargı dışı yolla fakat adli makamların denetiminde çözümlenmesini amaçlayan bir yöntemdir. Uzlaşma; bu kapsama giren suçlarda, şüpheli/sanık ve mağdurun suçtan doğan zararın giderilmesi konusunda anlaşmalarına bağlı olarak, devletin de ceza soruşturması veya kovuşturmasından vazgeçmesi ve suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzenin barış yoluyla yeniden tesisini sağlayıcı nitelikte bir hukuksal kurumdur. ”şeklinde karar vererek uzlaştırmanın önemini gözler önüne sermiştir.¹⁵

Söz konusu bu yola başvurmanın bir amacının da yargılamanın neden olacağı uzun aşamalar ve zorluklar ve bunun sonucu olarak mağdurun ek olarak daha fazla bir mağduriyet yaşamamak olduğu ve bu sebeple de uyuşmazlığın taraflarından herhangi birinin olayın çözülmesini engelleyecek nedenlere

¹⁰Yargıtay 18. CD., E. 2019/3552 K. 2019/11222 T.

26.6.2019(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-ceza-dairesi-e-2019-3552-k-2019-11222-t-26-6-2019> ET:07.03.2024)

¹¹ etintrk, s.27

¹² Hülya Tan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma,1.Baskı,2020,Seçkin Yayıncılık, s.42

¹³Mustafa AydınAşık,6763 ve 7188 sayılı Yasa Değişiklikleri ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma,1.Baskı,2020,Seçkin Yayıncılık, s.3

¹⁴ Temiz Gül,s.69

¹⁵Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 2018/101 K: 2019/3(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2019/3> ET:07.03.2024)

siğınamayacağı bir kurum olarak görülmektedir.¹⁶Yine aynı doğrultuda bu kurumun mevcut ceza muhakemesi sisteminin dışında onarıcı adalet temeliyle hareket eden, uyuşmazlığın taraflarının iradelerinin daha belirleyici olduğu, tarafsız bir üçüncü kişinin etkin olup zararın giderildiği bir ilkeler temelinde şekillendiği ifade edilmiştir.¹⁷Uzlaştırmadaki amacın bir diğer yönünün ise daha fazla suç işlenmesinin önlenmesi ve bunun sonucunda hoşnutluk duyulması bununla birlikte kamu düzeninin sağlanmasına yönelik katkı yaptığı da ifade edilmiştir.¹⁸Ayrıca uzlaştırmada gerçekleşebilmesi için bir edimin yerine getirilmesi beklenirken feragatte bu durum söz konusu olmadığında ikisinin arasında farklar olduğu ifade edilmiştir.¹⁹Son olarak Türk Ceza mevzuatımızda uzlaştırmadan mağdur ve faili karşı karşıya bırakarak anlaşmalarının beklenmesinin yanlış bir yaklaşım olduğu belirtilmiştir.²⁰ Ceza Muhakemesi Yönetmeliğinde madde 7/9'da” *Uzlaştırmaya tâbi suçlarda, uzlaştırma girişiminde bulunulmadan, kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez.*” düzenlemesi gereğince ortaya çıkan uyuşmazlıktaki suç tipi bakımından kapsamda olup olmadığına bakılması ve bu evrenin mutlaka işletilmesi aksi takdirde maddede ifade edilen kararların verilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu açıdan da bakıldığında muhakeme engeli olarak bir sonuç doğurduğu söylenebilir. Ayrıca uzlaştırma sürecinin tamamında da mağdurun iradesini etkilemeye yönelik hile, cebir, tehdit unsuru içeren davranışlardan da uzak tutulması son derece önem arz etmektedir.²¹

II. Uzlaştırma Kapsamına Giren Suç Tipleri,

Uzlaştırmadan şartları ve hangi suçların bu kapsama girdiğine dair düzenlemeler CMK madde 253 ve Uzlaştırma Yönetmeliği madde 8 ve Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı'nın internet sayfasında²² yer almıştır. Bu düzenlemeler ışığında bu suçları açıklanacaktır. Yine son yapılan değişiklik bağlamındaki 9.yargı paketi ile birinci Yargı Paketi ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, güveni kötüye kullanma ve suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçları uzlaşma kapsamına alınarak uzlaşma öngören hükümler genişletildi.

A.Soruşturulması Ve Kovuşturulması Şikâyete Tabi Suçlar

Uzlaştırma kurumunun uygulanacağı durumlardan ilki Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında “*Kanununun 253 üncü maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçlarda, şüpheli, sanık, suça sürüklenen çocuk ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur.*” Düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla bu

¹⁶ Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1998, C. 6 S. 1-2, s.227

¹⁷Burcu Baytemir Kontacı, Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Dergisi, 69 (4) 202, s.1707

¹⁸Jehad M. A. Alsammouni, Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları: Uzlaştırma, Ön ödeme, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Ve Seri Muhakeme, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, s.44(<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> ET:07.03.2024)

¹⁹ Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku 2,12.Baskı, 2022,Seçkin Yayıncılık, s.215

²⁰ Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK),9.Baskı,2019,Seçkin Yayıncılık, s.965

²¹ Temiz Gül,s.74

²² [https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/OrtaDetay/uzlastirma-kapsamina-giren-suc-listesi\(E:07.03.2024\)](https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/OrtaDetay/uzlastirma-kapsamina-giren-suc-listesi(E:07.03.2024))

sebeple de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253/1/a maddesindeki soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçların varlığı halinde şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişininin uzlaştırılmasının mümkün olacağı ifade edilmiştir.

Uzlaştırma sonucunda ulaşmak istenen amaç ile suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet tabi tutulmasının amaçlarının birbirinden farklı olması nedeniyle uzlaştırmanın şikâyete tabi suçlar bakımından kabulünün doğru olmadığı da ifade edilmiştir.²³ Bir uyumsuzlukta birden çok kişinin bulunduğu durumlarda aralarında iştirak ilişkisinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın yalnızca uzlaşan kişi açısından uzlaşma hükümlerinden uygulanacağı ifade edilmiştir.²⁴ Ayrıca yapılan bu düzenlemeler açısından uzlaştırmanın kapsamın dar olduğu toplumsal hayatta en fazla işlenen suçlar dikkate alınarak uygun olanların da 6183 kapsamına alınması gerektiğini ifade edilmiştir.²⁵ Uzlaştırma açısından en büyük sorunlardan birisinin de toplumsal hayatta fazlaca işlenen soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan suçlar bakımından uzlaştırmanın uygulanamayacak olmasıdır.²⁶

B. Özel Kanunlarda Düzenlenen Şikâyete Bağlı Suçlar

TCK m. 253/2'de yer alan *"Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir."* hükmüne göre TCK dışında yer alan bazı özel kanunlarda yer alan şikâyete bağlı suçlar da uzlaştırma kapsamına girdiği kabul edilmiştir. Buna göre örneğin 6102 sayılı TTK madde 62, 5941 sayılı Çek Kanunu madde 7/4-5, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 71 ve 72/1, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu madde 25, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 33. maddesinde belirtilen gizliliğin ihlali bazı düzenlemelerdendir.

C. Şikâyete Bağlı Olup Olmamasına Bakılmaksızın 5271 Sayılı CMK'nın 253. Maddesinde Gösterilen Yer Alan Suçlar

5271 Sayılı CMK'nın 253/1/b maddesinde;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),
2. Taksirle yaralama (madde 89),
3. Tehdit (madde 106, birinci fıkra),
4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),
5. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi),
6. Hırsızlık (madde 141),
7. Güveni kötüye kullanma (madde 155),
8. Dolandırıcılık (madde 157),
9. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165),

²³ Çetintürk, s.462

²⁴ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pinar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, 2023, Seçkin Yayıncılık, s.886

²⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.892

²⁶ Çetintürk, S.463/464

10. Çocuğun kaçıırılması ve alıkonulması (madde 234),

11. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),”

Şeklinde sayılan suçlarda şikâyete tabi olup olmadığına bakılmaksızın şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bu açıdan bu suçlar uyuşmazlıkta mevcut ise uzlaştırma mümkün olacaktır. Eğer bu şartlar mevcutsa ve ayrıca CMK 253/1 gereği “şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi” ise bu takdirde uzlaştırma mümkün olacaktır. Örneğin fiilin mağdur unsuru kamu olursa bu takdirde (mesela; dilencilik suçu) bu takdirde uzlaştırma mümkün olmayacaktır.²⁷

Ç. Suça Sürüklenen Çocuklar Yönünden Uzlaştırmaya Tabi Suçlar

5560 Sayılı Kanun’la Çocuk Koruma Kanunu’nun 24. maddesine Ceza Muhakemesi Kanunu’nun uzlaşmaya ilişkin hükümlerinin suça sürüklenen çocuklar bakımından uygulanacağına ilişkin hüküm eklenmiş olup 2016 tarihli 6763 Sayılı Kanun ile de ise CMK m. 253/1 fıkrasına eklenen c bendi ile “Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar” açısından da uzlaştırma uygulanmasının imkânlı hale getirilmiştir. Yine birinci yargı paketi ile suça sürüklenen çocuklara özgü uzlaştırma modeli geliştirilmiştir.

Uzlaştırma kurumunun çocuklar açısından uygulanmasını öngören bir diğer düzenleme de Çocuk Koruma Kanunu’nun 24. maddesi, “Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanır.” olarak ihdas edilmiş olmasıdır. Bu açıdan ceza muhakemesi hukukunda çocuk ifadesinden ne anlaşılacağı da önem arz etmektedir.

Burada kastedilen ifadedeki suça sürüklenen çocuk, Çocuk Koruma Kanunu’nun 3/1-a maddesinde “Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi” olarak yer almış ve yine aynı kanun olan Çocuk Koruma Kanunu m.3/1a-2’de “Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk” şeklinde tanınmıştır. Mevcut düzenlemeye getirilen bazı eleştiriler mevcuttur. Çünkü çocuk bakımından uzlaştırmanın söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda çocuk belli bir olgunluk düzeyine ulaşmış veya ayırt etme gücüne haiz olsa da çoğu zaman bu süreçlerde fikrinin dahi sorulmadığı bir düzende onarıcı adaletin amaçlarından uzaklaşılacağı ifade edilmiştir.²⁸ Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “TDK sözlüğünde uzlaşmak, “Aralarındaki düşünce veya çıkar ayrıklığını, karşılıklı ödümlerle kaldırarak uyuşmak” olarak tarif edilmiştir. 5237 sayılı TCK’nın 73/8. maddesinde, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmın ödenmesi veya giderilmesi koşuluyla fail ile mağdur özgür iradeleriyle uzlaştıklarında davanın düşürülmesine karar verilecektir. Sanıklar suçu kabul etmedikleri, şikâyetçinin zararını gidermedikleri gibi, uzlaşma

²⁷ Ulaşan,s.88

²⁸ Baytemir Kontacı,s.1730

konusu mahkemede isim olarak dahi anılmadan, taraflara bahsedilmeden şikâyetten vazgeçme nedeniyle düşme kararı verilmiştir. Sanıklara isnat edilen hırsızlık suçu takibi şikâyete bağlı suçlardan olmayıp re 'sen kovuşturulmaktadır. Şikâyetten vazgeçme sonucu etkilememekte olup, 5395 sayılı ÇKK. nun 24. maddesi gereğince uzlaşma kapsamı içerisine alınmıştır. Tüm anlatılanların ışığında uzlaşma, yalnız sanık lehine getirilmiş müessese olmadığı gibi şikâyetçinin zararının tamamını veya kısmen giderilmesine yönelik, böylece tarafların anlaşması neticesinde yargılama faaliyetinin yapılmaması veya başlamış olan yargılamanın bu nedenle sona erdirilmesidir.” şeklinde karar vererek bu hükmün düzenleme amacına ilişkin açıklamalarda bulunmuştur²⁹.

III. Uzlaştırma Kapsamına Girmeyen Suç Tipleri

A. Etkin Pişmanlığa Tabi Suçlar Bakımından

6763 sayılı kanunla etkin pişmanlık hükümleri bulunan bir suç için uzlaştırma yoluna gidilemeyeceğine ilişkin düzenleme kaldırılmıştır. Ancak her ne kadar bu hüküm kaldırılrsa bile tüm etkin pişmanlık gerektiren suçlarda uzlaştırma kurumuna gidilemeyeceği de ifade edilmiştir. Çünkü etkin pişmanlık için bir suç bakımından da uzlaştırma kapsamında olan suçlardan olması aranır. Yani uzlaştırma için soruşturması ve kovuşturması şikâyet tabi bir suç olması veya CMK madde 253'teki suçlardan birisi olursa ancak bu takdirde uzlaştırma yoluna da gidilebilmesi mümkün olacaktır. Ceza hukuku bağlamında ceza verilmesine engel teşkil eden şahsi cezasızlık sebepleri veya etkin pişmanlık halleri uyumsuzlukta mevcutsa bu hallerde uzlaştırmanın mümkün olmayacağı ifade edilmiştir.³⁰Etkin pişmanlıkta mağdurun iradesinin aranmadığı ve ayrıca mağdur ile fail arasındaki bozulmuş olan dengenin yeniden tesis edilmesinin amaçlanmadığı bunun da sonucu olarak iki kurumun da farklılık arz ettiği belirtirmiştir.³¹

B. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Israrlı Takip Suçu

Uzlaştırma kapsamına girmeyen bir başka düzenleme ise 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesi ile Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: *“Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve ısrarlı takip suçunda, uzlaştırma yoluna gidilemez.”* düzenleme gereğince Türk Ceza Kanunu'nda yer alan cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104) ve cinsel taciz (TCK m. 105) şeklinde düzenlenen suç tipleri açısından da uzlaştırmaya gidilemeyecektir.

C. Önödeme Tabi Suçlar Bakımından

²⁹ Yargıtay CGK., E. 2007/189 K. 2007/188 T. 25.9.2007 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2007-6-189-k-2007-188-t-25-9-2007> ET:08.03.2024)

³⁰ Akbulut/Aksan,s.124

³¹ Çetintürk,s.483

Türk Ceza Kanunu madde 75/1 düzenlenmesinde “ Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçların faili” açıkça belirtildiği üzere bir uyuşmazlıkta ön ödeme şartları mevcutsa uzlaştırmaya gidilemeyecektir.

D.Mağdurun Kamu Tüzel Kişisi Olduğu Haller

CMK 253/1 hükmü gereği uzlaştırma gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanması mümkündür. Bu açıdan mağdurun veya suçtan zarar görenin kamu tüzel kişi olması durumunda uygulanması mümkün olmayacaktır. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “*Bununla birlikte, şüphelinin çocuk olması durumunda, kapsamdaki suçlara ilave olarak üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından da uzlaştırma yoluna gidilebileceği öngörülmektedir. Bu halde, mağdur veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması gerekmektedir. Mağduru belirli bir kişi olmayan suçlar bakımından uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği açıklığa kavuşturulmak suretiyle uygulayıcılarda oluşması muhtemel tereddütün giderilmesi amaçlanmaktadır.*” demek suretiyle bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.³²

E.Uzlaştırma Kapsamına Giren Bir Suç İle Girmeyen Suçun Birlikte İşlendiği Durumlar

CMK 253/3'te yer alan “Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.” hükmüne göre uzlaştırma kapsamında olan bir suçun uzlaştırma kapsamına girmeyen bir suçla birlikte işlenmesi durumunda uzlaştırma hükümleri uygulanması mümkün olmamaktadır. Bu madde kapsamında uzlaştırma tabi suç ile uzlaştırmaya tabi olmayan suçların aynı mağdura karşı işlenmesi durumunda fikri içtima hükümlerine göre uzlaştırmamanın uygun olduğu ifade edilmiştir.³³

Yargıtay vermiş olduğu bir kararına “*Sanık hakkında uzlaştırma kapsamına giren haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun, bu kapsama girmeyen sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu ile birlikte işlendiği iddiasıyla kamu davası açılmasından dolayı soruşturma evresinde usulüne uygun olarak uzlaştırma yoluna gidilmediği; ancak, sanığın bir fiili ile sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını işlediği kabul edilip, TCK'nın 44. maddesi gözetilerek, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçundan ceza tayinine yer olmadığına karar verilmesi ve CMK'nın 253/3. madde ve fıkrası koşullarının oluşmaması karşısında, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile ilgili olarak CMK'nın uzlaşma başlıklı 253 ve 254. madde hükümleri uygulanmak suretiyle sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, uzlaştırma işlemlerinin uygulanmamasını” bozma sebebi saymış ve bu durumda uzlaştırmamanın uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.³⁴*

SONUÇ

³² Yargıtay 19. CD., E. 2016/16221 K. 2017/35 T. 9.1.2017 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-ceza-dairesi-e-2016-16221-k-2017-35-t-9-1-2017> ET:07.03.2024)

³³ Yenisey/Nuhoğlu,s.887

³⁴ Yargıtay Kararı - 12. CD., E. 2019/5470 K. 2021/3094 T. 24.3.2021 (ET:08.03.2024)

Toplumsal yaşamdaki değişiklik ve dönüşümler çerçevesinde günden güne suç işlenmesinde artış görülmektedir. Ceza muhakemesi bağlamında suç işlendikten sonraki aşamada özellikle son yıllarda klasik yargılama ve infaz yöntemlerinden uzaklaşmakta olduğu görülmüş ve alternatif çözüm yöntemlerinin daha ön planda olmuştur. Bu anlayıştan hareketle Tür hukukunda da uzlaştırma kurumu düzenlenmiştir. Bu kurumun getirilmesindeki temel amaç suçlunun cezalandırılması ve bir infaz kurumunda hayatını devam ettirmesinden ziyade hem mağdur hem fail açısından en iyi tazmin imkânının olduğu bir yolun seçilmesidir. Nitekim tarafların mevcut uyuşmazlıkta uzlaşma yolunu seçmesiyle birlikte adet suç işlenmesinden önceki hale en yakın çözüm bulunmuş olur. Fail eski hayatına daha iyi adapte olabilirken mağdur açısından ise zararının ortadan kalkması sonucu ruhen kendini daha iyi hissedecektir.

Uzlaştırma kurumu ceza muhakemesi hukukunda düzenlemesinden itibaren çeşitli yargı kararları ve öğreti görüşleriyle her zaman gündemdeki yerini korumuştur. Süreç içinde kapsamındaki suçlar artış göstermiş ve böylelikle adliyelerdeki iş yükü önemli ölçüde azalmıştır. Özellikle suça sürüklenen çocuğa ilişkin önemli birtakım düzenlemeler sayesinde çocuğun menfaati, toplumsal hayattan kopmaması olumlu bir gelişme olarak ortaya çıkmıştır. Bu sayede topluma kazandırılması yolunda önemli bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Yine aynı doğrultuda cinsel dokunulmazlığa karşı suçların hiçbirinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanmaması yönündeki düzenleme de gerek korunan kişilik hakları gerekse toplumsal vicdan açısından oldukça adaletli bir yaklaşım olmuştur.

Sonuç olarak uzlaştırma düzenlemesi adliyelerde iş yükünü azalması ve onarıcı adalet ilkeleriyle düzenlenmesi açısından önemini korumakla birlikte zaman içinde işlenen suçların sıklığı, ağırlığı gibi pek çok etmenden yararlanarak günden güne değişikliklere tabi olacaktır. Bu açıdan uzlaştırma kurumunun iyi anlaşılması, mağdur ve fail olan taraflara açıklanması ve uzlaştırmacı ve sürece dâhil olan tüm aktörlerce hukuka uygun ve tüm tarafların memnun olduğu bir süreç olarak ilerlemelidir. Böylelikle bir suçun işlendiği zaman topluma verdiği zarar da o kadar telafi edilmiş olmakla birlikte ve böylelikle toplumsal barı ve huzur düzeni tesis edilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

Berrin Akbulut/Murat Aksan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma,2,baskı, Seçkin Yayıncılık,2019, s.30

Jehad M. A. Alsammouni, Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları: Uzlaştırma, Ön ödeme, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Ve Seri Muhakeme, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, s.44(<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> ET:07.03.2024)

Mustafa Aydın Aşık,6763 ve 7188 sayılı Yasa Değişiklikleri ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma,1.Baskı,2020,Seçkin Yayıncılık, s.3

Burcu Baytemir Kontacı, Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Dergisi, 69 (4) 202, s.1707

Kerim Çakır, Uzlaştırmının Kapsamı ve Şartları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018,s.446

Ekrem Çetintürk, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Hd Yayıncılık,2009,s.458

Muhammed Eşme, Uzlaştırmacıların Sorunları ile Adli ve İdari Mercilerin Sorunlara Yaklaşımı Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s.200

Hülya Tan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma,1.Baskı,2020,Seçkin Yayıncılık, s.42

Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1998, C. 6 S. 1-2, s.227

Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku 2,12.Baskı, 2022,Seçkin Yayıncılık, s.215

Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku,16.Baskı,2023,Seçkin Yayıncılık, s.886

Fatih Ulaşan, Toplumsal Barışın Sağlanmasında Uzlaştırma, Türkiye Mesleki Ve Sosyal Bilimler Dergisi, Ağustos 2023, Yıl: 5, S. 12, s.86/87

Yağmur Temiz Gül, Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları,1,Baskı, Adalet Yayınevi,2021
Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK),9.Baskı,2019,Seçkin Yayıncılık,s.965

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 2018/101

K: 2019/3(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2019/3> ET:07.03.2024)

Yargıtay CGK., E. 2007/200 K. 2007/219 T.

30.10.2007(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2007-4-200-k-2007-219-t-30-10-2007> ET:07.03.2024)

Yargıtay 18. CD., E. 2019/3552 K. 2019/11222 T.

26.6.2019(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-ceza-dairesi-e-2019-3552-k-2019-11222-t-26-6-2019> ET:07.03.2024)

Yargıtay CGK., E. 2007/189 K. 2007/188 T. 25.9.2007

(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2007-6-189-k-2007-188-t-25-9-2007> ET:08.03.2024)

Yargıtay 19. CD., E. 2016/16221 K. 2017/35 T. 9.1.2017

(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-ceza-dairesi-e-2016-16221-k-2017-35-t-9-1-2017> ET:07.03.2024)

Yargıtay Kararı - 12. CD., E. 2019/5470 K. 2021/3094 T. 24.3.2021 (ET:08.03.2024)

Dijital Kaynaklar

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>



<https://www.lexpera.com.tr>

<https://sozluk.gov.tr/> ET:07.03.2024

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği, 05.08.2017 tarih ve 30145 sayılı Resmi Gazete

[https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/OrtaDetay/uzlastirma-kapsamina-giren-suc-listesi\(E:07.03.2024\)](https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/OrtaDetay/uzlastirma-kapsamina-giren-suc-listesi(E:07.03.2024))



ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN MADDE BAKIMINDAN YETKİSİNİN YENİDEN ELE ALINMASI

RECONSIDERING THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN TERMS OF THE MATTER

Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR*

ÖZET

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), Roma Statüsü'nün 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe girmesiyle daimi bir mahkeme statüsünde kurulmuştur. 21.yüzyılın başlarında uluslararası hukukta kişileri ceza hukuku bakımından yargılama yetkisine sahip bir mahkemenin kurulması ve bu mahkemenin daimi bir statüde olması önemli bir gelişmedir. Bununla birlikte, bu statüde bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması elbette yeterli değildir. Uluslararası ölçekte suçlulukla mücadelede sürekli mahiyette kurulan bir mahkemenin madde bakımından yargı yetkisinin çerçevesinin ihtiyacı karşılayacak düzeyde belirlenmesi gerekir.

UCM'nin madde bakımından yetkisi, görev bakımından yetkiyi, diğer bir ifadeyle hangi suç tiplerinin UCM'nin yargılama yetkisinin kapsamında olduğunu ifade eder. Roma Statüsü'nde soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu cezai yaptırıma bağlanmıştır (md.5). Belirtmek gerekir ki, saldırı suçu, 2010 yılında yapılan Gözden Geçirme Konferansı'nda Roma Statüsü md.8bis ile yargılama yetkisine dâhil edilmiştir. Böylece Mahkeme'nin yetkisi kapsamında uluslararası tüm suçlar değil, bazı ciddi (ağır) suç tipleri kabul edilmiştir. Roma Statüsü'nde kabul edilmeyen ancak günümüzde işlenmeleri ciddi boyutlara ulaşan bazı suç tiplerinin madde bakımından yetki kapsamına alınması gerekir. Örneğin, 01.06.2005 tarihli 5237 sayılı TCK'da soykırım (md.76) ve insanlığa karşı suçlar (md.77) dışında göçmen kaçakçılığı (md.79) ile insan ticareti (md.80) suçları da uluslararası suçlar olarak kabul edilmiştir. Kanunumuzun uluslararası suçlar bölümünün gözden geçirilmesi gerektiği hususunu bir tarafta tutarak, söz konusu hükümlerle bu suçların uluslararası suç olarak nitelendirilmesi olumlu bir gelişmedir. Dolayısıyla hem sınır aşan özellikleri itibariyle insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, uyuşturucu madde ticareti ve özellikle terörizm gibi suç tipleri ile çevreye karşı ağır suçlar; kitle imha silahlarının, insansız hava araçlarının ve otonom silahların kullanılması ile işlenen yeni suç tipleri hem de mevcut suç tipleri bakımından 5.maddenin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Mahkemenin yirmi yıllık tecrübesini ve ulusal devletlerle olan ilişkisinde yargı yetkisinin tamamlayıcı olduğunun da göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.

Çalışmada öncelikle UCM'ye ilişkin genel bilgi verilecek olup uluslararası suç kavramından bahsedilecektir. Daha sonra, madde bakımından yetkiye ilişkin Roma Statüsü'nde mevcut durum, yeni suç tipleri ve 5237 sayılı TCK bakımından değerlendirme yapılması amaçlanmaktadır.

* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, sercantokdemir28@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9749-688X.

Anahtar Kelimler: Roma Statüsü, Madde bakımından yetki, İnsan ticareti, Terörizm, Çevreye karşı suç.

ABSTRACT

The International Criminal Court (ICC) was constituted as a permanent court with the Rome Statute which was entered into force on 01.07.2002. In the early 21st century, the establishment of a court having the power to try individuals in terms of criminal law and the fact that this court has a permanent status is an important development in international law. However, the establishment of an international criminal court with such a status, of course, is not enough. The frame of the jurisdiction of a court in terms of matter founded on an international scale with a permanent nature in the fight against criminality should be determined at a level to meet the need.

The jurisdiction of the ICC in terms of matter (subject-matter) means the jurisdiction in terms of duty, that is, which types of crimes are within the jurisdiction of the Court. The crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression are subject to criminal sanctions in the Rome Statute (Art. 5). The crime of aggression is contained in the jurisdiction of the Court under art. 8bis in the Statute at the Review Conference in 2010. Thus, not all international crimes, but some types of serious crimes have been accepted within the Court's jurisdiction. Some types of crimes, which are not accepted in the Statute, but have reached serious dimensions in our today, should be covered within the jurisdiction in terms of matter. Such as, in the Turkish Penal Code (TPC) numbered 5237 dated 01.06.2005, in addition to genocide (Art. 76) and crimes against humanity (Art. 77), the crimes of immigrant smuggling (Art. 79) and human trafficking (Art. 80) are also accepted as international crimes. It is a positive development that these acts are accepted as international crimes by the mentioned provisions keeping aside the fact that our code should also be reviewed in terms of international crimes. Therefore, article 5 needs to be re-examined concerning both new kinds of crime such as human trafficking, migrant smuggling, drug trafficking and especially terrorism in terms of their cross-border nature; serious crimes against the environment, new crime types committed with the use of mass destruction weapons, unmanned aerial vehicles and autonomous weapons, and existing crime types. It is important to bear in mind of the court's experience in twenty years and the complementarity of the court's jurisdiction in its relationship with national states.

In the paper, first, general information about the ICC will be given and the concept of international crime will be mentioned. Then, an evaluation in the context of the current situation, new crime types and the TPC numbered 5237 in the Statute regarding jurisdiction in terms of the matter is aimed.

Keywords : Rome Statute, Jurisdiction in terms of the matter, Human trafficking, Terrorism, Crime against the environment.

GİRİŞ

Uluslararası ölçekte bireylerin yargılanması ve evrensel anlamda suçların cezasız kalmayacağı ve daha refah ve huzurlu bir dünyada yaşama arzusu yönündeki taleplerin ortaya çıkması yadsınamaz bir gerçektir. Bu şekilde ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku yerellikten sıyrılıp uluslararası uygulanabilir bir hukuk bilimi haline gelmiştir. Ceza ve ceza muhakemesi hukukunun uluslararası boyuttaki bu gelişiminde gerçek kişiler üzerinde yargılama yapan bir uluslararası mahkemenin kurulması önem arz etmektedir. 21.yüzyılın başlarında, uluslararası hukukta gerçek kişileri ceza hukuku bakımından yargılama yetkisine sahip daimi statüde bir mahkemenin kurulması önemli bir gelişmedir. Uluslararası hukukta suçlulukla mücadelede daimi bir uluslararası mahkemenin madde bakımından yetkisinin, yani görevi kapsamındaki suç tiplerinin ihtiyacı karşılayacak düzeyde belirlenmesi gerekir. Her ne kadar mevcut halinde Mahkeme'nin madde bakımından yargı yetkisinin bu düzeyde olmadığı kanaatinde olsak da; Statü'de soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu gibi uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suç tiplerinin cezai yaptırıma bağlanmış olmasını göz ardı etmemek gerekir. Yine de belirtmek gerekir ki, Mahkeme'nin madde bakımından yetkisi kapsamında uluslararası tüm suçlar değil, sadece en ciddi (ağır) suç tipleri kabul edilmiştir. Roma Statüsü'nde kabul edilmeyen ancak günümüzde işlenmeleri ciddi boyutlara ulaşan bazı suç tiplerinin (insan ticareti, göçmen kaçakçılığı ve uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti gibi) madde bakımından yetki kapsamına alınması ve bu şekilde Statü'nün 5'inci maddesinin gözden geçirilerek meselenin yeniden ele alınması elzemdir. Bu noktada, Mahkeme'nin yirmi yıllık tecrübesini ve ulusal devletlerle olan ilişkisinde yargı yetkisinin tamamlayıcı olduğunun da göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.

Çalışmada öncelikle UCM'ye ilişkin genel bilgi verilecektir. Akabinde, Mahkeme'nin madde bakımından yetkisi kapsamında hangi suçların düzenlendiği tespit edilecektir. Bu tespitle birlikte uluslararası suç kavramından bahsedilecektir. Daha sonra, madde bakımından yetkiye ilişkin Roma Statüsü'nde mevcut durum ve yeni suç tipleri bağlamında değerlendirme yapılması amaçlanmaktadır. Konuya ilişkin 5237 sayılı TCK bakımından bir değerlendirme yapıldıktan sonra sonuç kısmıyla çalışma nihayetlendirilecektir.

I. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren Roma Statüsü (Statü)¹ ile daimi bir mahkeme statüsünde kurulmuştur.² 21.yüzyılın başlarında kişileri ceza hukuku bakımından yargılama yetkisine sahip sürekli bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması uluslararası

¹ The Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force July 1, 2002) 2187 UNTS 3 (Rome Statute). Statü'nün metni için bkz <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 24.05.2024.

² Roma Statüsü Başlangıç Bölümü (Preamble); KURŞUN, Günel: *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2011, s. 5. Eser için bkz. <https://rightsagenda.org/wp-content/uploads/2019/01/821_101SorudaUCM.pdf> Erişim Tarihi: 24.05.2024.

hukukta önemli bir gelişmedir.³ Mahkeme, yeterli sayıda taraf devletlerin onayı ile kurulmuş, uluslararası, daimi (Statü md.1) ve bağımsız (Statü md.2) bir ceza mahkemesi olup Hollanda'nın Lahey şehrinde (Statü md.3/1) bulunmaktadır.⁴ Mahkeme'nin gerçek kişiler üzerinde yargılama yetkisi vardır ve Statü'de şahsi ceza sorumluluğu kabul edilmiştir (Statü md.25/1).

Roma Statüsü; uluslararası suçları soruşturan ve kovuşturan yargısal nitelikte yeni bir kurum kurmamış, aynı zamanda uluslararası ceza hukukuna yeni bir düzenleme (tüzük, statü) kazandırmıştır.⁵ Böyle bir düzenlemenin, çok sayıda devletin ceza adaleti sistemlerini, Roma'daki her delegasyon için aşağı yukarı kabul edilebilir olan tek bir yasal araçta birleştirme çabası olarak görülmesi mümkündür.⁶

Statü'nün hükümlerini bir bütün olarak ele aldığımızda, UCM'nin dört temel özelliğinden bahsedilebilir: UCM daimi bir organ olup tüzel kişiliği vardır. Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukuk tüzel kişiliğini haiz daimi bir kurumdur (Statü md.4). Mahkeme, sadece gerçek kişiler üzerinde tüm uluslararası toplumu etkileyen en ağır suçları (soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu) yargılama yetkisine sahiptir (Statü md.5) Mahkeme'nin yargılama yetkisi tamamlayıcı⁷ niteliktedir. Dolayısı ile Statü'de yer alan suçlardan birinin işlenmesi durumunda, ilgili ulusal devlet soruşturma ve kovuşturma yapmak için harekete geçmişse bunu devam ettirme noktasında "istek" ve "yeteneği" olmaması halleri hariç UCM'nin yargılama yapma yetkisi söz konusu değildir (Statü md.17). Mahkeme; "bağımsız, adil, tarafsız ve etkili" uluslararası ceza yargısını temsil eden ve her türlü siyasi etkilerden uzak olarak kurulmuş bir kurumdur.⁸

Doktrinde *Başak*, UCM'nin kuruluş gayesini şu cümlelerle ifade etmiştir:⁹

"Uluslararası suçlulukla mücadelede, uluslararası düzeyde örnek bir adaleti sağlamak; bu tür suç mağdurlarının zararını gidermek; uluslararası düzeyde sosyal değerleri ve bireysel dürüstlüğü güçlendirmek; bu suçlar konusunda günümüz nesillerini eğitmek ve en önemlisi de gelecekte

³ CRYER, Robert / FRIMAN, Hakan / ROBINSON, Darlly / WILMSHURST, Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, United Kingdom 2010, s. 146. Uluslararası ölçekte sürekli bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması, önemli bir adımdır. Ancak, uluslararası ceza kurallarına yürürlük gücü kazandırmanın tek ve başarılı yolu bu şekilde sadece bir mahkemenin kurulması olmayıp bu tür bir mahkemenin kendisine ikinci bir kaynak olarak başvurulması gerekir. Ayrıca Mahkeme'nin rehabilite edici vasfından ziyade cezalandırıcı yönü ağır basan bir uluslararası ceza mahkemesi olması da göz ardı edilmemesi gereken bir özelliğidir. Bkz. TOKDEMİR, Sercan: "International Criminal Court within Global Realities, and Desires Beyond the Cuff Mountain: 'Is The ICC A Propal International Institution?'" , *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 165, 174.

⁴ KURŞUN, s. 5.

⁵ CRYER / FRIMAN / ROBINSON / WILMSHURST, s. 299.

⁶ AMBOS Kai: "General Principles of Criminal Law in the Rome Statute", *Criminal Law Forum*, 1999/10, s. 1.

⁷ Mahkeme'nin yargılama yetkisinin tamamlayıcı niteliği üzerine eleştirel hukuki bir inceleme için bkz. TOKDEMİR, Sercan: "The Jurisdiction of the International Criminal Court: A Critical Legal Scrutiny on the Principle of Complementarity Adopted in the Rome Statute", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2023, s. 107-128.

⁸ AKSAR, Yusuf: "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 2, 2003, s. 126-131; AKSAR, Yusuf: "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış", *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, C. 1, S. 3, 2005, C. 1, s. 5-6.

⁹ BAŞAK, Cengiz: *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 53.

muhtemel bu tür insani çöküşleri önlemek ve bunların cezasız kalmayacağı inancını yerleştirerek insanları vazgeçirmektir.”

II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN MADDE BAKIMINDAN YETKİSİ

A. Ceza Muhakemesi Hukukunda Madde Bakımından Yetki

Ulusal hukukta madde (görev) bakımından yetki denildiğinde ceza kanunlarındaki hangi suçlara hangi mahkemenin bakacağına ilişkin yetki paylaşımı anlaşılır.¹⁰ Diğer bir ifadeyle, madde bakımından yetki suçun niteliğine ve ağırlığına bakılarak yetkili mahkemenin belirlenmesini ifade eder ve kanunla belirlenir.¹¹ Dolayısıyla madde bakımından yetkiye ilişkin kurallar kamu düzeniyle yakından alakalıdır.¹² Türk hukukunda 5235 sayılı *Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da* (5235 sayılı Kanun) adli yargı ilk derece mahkemelerinden ceza mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri özel kanunlarla kurulan diğer¹³ ceza mahkemeleri olarak belirlenmiştir (md.8). *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır”* (md.11). *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (md.148), irtikâp (md.250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (md.204/2), nitelikli dolandırıcılık (md.158), hileli iflâs (md.161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332'nci maddeler hariç) ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır”* (md.12). Dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezalarını gerektiren ciddi suçlar Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevi kapsamında olup ağır ceza mahkemelerinin bu suçlar üzerinde yargılama yetkisi bulunmaktadır.

B. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Madde Bakımından Yetkisi Kapsamındaki Suçlar

Hangi suçların Roma Statüsü'nün madde bakımından yetkisi kapsamında olduğunu belirlemeden önce uluslararası suç kavramının ortaya konulması gerekir. Zira Mahkeme'nin yargılamakla yetkili kılındığı suç tipleri alelade suç tipleri değildir. Bunlar, Statü'de de açıkça belirtildiği üzere uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi uluslararası suç tipleridir.

¹⁰ ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 164; ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR, Yasemin F. / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özden / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / TOK, Mehmet Can: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 200. Ceza muhakemesi hukukunda madde bakımından yetkiyi ifade eden görev bakımından yetkinin türleri ve niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz. YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 268 vd.

¹¹ ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 251.

¹² ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR / ALAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / TOK, s. 201.

¹³ 5235 sayılı Kanun md.13: *“Diğer ceza mahkemeleri, özel kanunlarla belirlenen dava ve işleri görür.”*

Uluslararası ceza hukuku gelişimini sağlayan sebeplerden birisi, bazı fiiller işlendiğinde “uluslararası kamu düzeninin”¹⁴ bozulacağı düşüncesidir. Bu sebeptir ki, uluslararası kamu düzenine aykırı fiiller “uluslararası suçlar” olarak tanımlanabilir.¹⁵ Bu suçların tipik özelliği, bu suçları teşkil eden fiillerin sadece ulusal bir devletin menfaatlerini değil, aynı zamanda tüm uluslararası toplumun menfaatlerini ihmal edilmesidir. Doğrudan olmasa bile her devlet dolaylı olarak bu suçlardan zarar görür.¹⁶ Şu halde, uluslararası suçlar, uluslararası toplumun huzurunu ve düzenini bozması nedeniyle bütün toplumu mağdur eden fiiller olarak görülebilir.

Cassese’ye göre; bir suçun uluslararası suç olabilmesi için dört tane unsur barındırması gerekir. Bu unsurlardan ilki, bu suçların antlaşma hükümlerini veya uluslararası gelenek hükümlerini ihlal etmeleridir. İkincisi, bu suçları yasak kılan kurallar, tüm uluslararası toplum tarafından önemli addedilen değerleri muhafazaya yönelik olup bunun tüm birey ve devletleri ilgilendirmesidir. Üçüncüsü, bu suçların yargılanıp cezalandırılmasında ortak menfaat vardır. Bu nedenle bu suçların faileri herhangi bir devlet tarafından yargılanabilir. Son unsur da, yargı bağımsızlığı yasağı ile ilgilidir. Buna göre, “fail resmi sıfat ile hareket eden bir kimseyle, eylemin adına gerçekleştirildiği devlet, yabancı devletin yargı yetkisinden bağımsız olduğunu öne süremez”. Yazar, bu unsurlar bağlamında işkence ve ciddi terör eylemlerini teşkil eden terörizmin de uluslararası suçlardan olduğu görüşündedir.¹⁷

UCM’nin madde bakımından yetkisi, görev bakımından yetkiyi yani hangi suç tiplerinin UCM’nin yargılama yetkisinin kapsamında olduğunu ifade eder. Önsöz 10. paragraf¹⁸, md.1¹⁹ ve md.5²⁰’te de dile getirildiği üzere, UCM’nin tüm uluslararası toplumu ilgilendiren²¹ suçları kovuşturmakla görevli olduğunu belirtmek gerekir. Bu anlamda tüm suçlar değil²², belli ağırlıktaki suç tipleri yargı yetkisi

¹⁴ Uluslararası kamu düzenini *devletlerin ortak çıkarları* olarak tanımlayan fikirler olsa da kavramın çok genel ve sınırsız olması, yer ve zamana göre değişkenlik göstermesi nedeni ile kavramın doğrudan olmasa bile dolaylı olarak ancak uluslararası toplumun varlığına bir tehdit ortamına neden olması anlamında kullanılabilir. Bkz. TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat: Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 24, dn. 4.

¹⁵ Uluslararası suç kavramının tanımı konusunda uluslararası nitelikte genel bir düzenleme olmadığı gibi doktrinde de bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 40.

¹⁶ HALATÇI, Ülkü: “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisinin Kullanımının Önkoşulları”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 1, S. 3, 2005, s. 60.

¹⁷ Bkz. aktaran TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 43.

¹⁸ Statünün Önsözü 10.paragraf: “Uluslararası adaletin uygulanacağına ilişkin, sonsuz güveni sağlama konusunda emin olarak...”

¹⁹ Statü md.1: “...bu Statüde sözü edilen, uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde, yargı yetkisine sahiptir....”

²⁰ Statü md.5: “Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar ile sınırlıdır. Mahkeme, bu Statü’ye uygun olarak, aşağıdaki suçlar hakkında yargı yetkisine sahiptir:

(a) Soykırım suçu;

(b) İnsanığa karşı suçlar;

(c) Savaş suçları;

(d) Saldırı suçu.”

²¹ Statü’nün Önsözü 3 ‘üncü paragraf: “Uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren, en ciddi suçların cezasız kalmaması... bu suçların etkin bir şekilde kovuşturulmasının, güvence altına alınması gerektiğini teyit ederek...”

²² RYNGAERT, Cedric: “The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Fraught Relationship”, *New Criminal Law Review*, Vol. 12, I. 4, 2009, s. 499-500. Bu da UCM’ nin evrensel yargı yetkisine sahip olmadığını

kapsamındadır. Böylece uluslararası tüm suçlar değil, bazı ciddi²³ suç tipleri kabul edilmiştir. Bu suçların haricinde başka suçların Mahkeme tarafından yargılanması mümkün değildir. Statü’de kabul edilen suçlar çok ciddi uluslararası suç tipleridir. Roma Statüsü’nün 5’inci maddesinde soykırım (*genocide*), insanlığa karşı suçlar (*crimes against humanity*), savaş suçları (*war crimes*) ve saldırı suçu (*crime of aggression*) olmak üzere dört suç tipi düzenlenmiştir.²⁴

Statü’de cezai yaptırıma bağlanan bu suçların uluslararası suçlar olduğunu belirtmek gerekir. Uluslararası suçlar “uluslararası hukuk suçları” ve “diğer uluslararası suçlar” şeklinde iki grupta tasnif edilmektedir. **Uluslararası hukuk suçları**, doğrudan şahsi ceza mesuliyetini gerektiren ve “devletler hukukunun doğrudan ihlali dolayısı ile suç teşkil eden fiiller” şeklinde tanımlanabilir. Diğer bir ifade ile “adet veya sözleşme ile tesis edilen uluslararası bir norm aracılığı ile suç haline getirilen davranış tiplerine, uluslararası suç” denir. Bu nedenle denilebilir ki, bu suçlar bir bütün olarak uluslararası hukuku ihlal etmektedir. İkinci kategori olan **diğer uluslararası suçlar**, “ulusal sınırları aşan” ya da “sınır aşan suçlar” olarak kabul edilir.²⁵ Doktrindeki bir tanıma göre, “sınır aşan suç, faillerden en az birinin hükümet dışı olması halinde; bilginin, paranın fiziksel eşyaların somut veya soyut nesnelere (sayısal sinyaller gibi) ülke sınırlarını aşan hareketi”dir.²⁶

Diğer uluslararası suçlar, uluslararası sözleşmelerde yasak kılınan ve fakat yargılanmaları ulusal devletlerin yargı yetkisine bırakılan suçlardır. Dolayısı ile cezalandırılmaları için mutlaka ulusal düzeyde bir kanuni düzenleme şarttır. Birinci kategoride incelenen uluslararası suçlar ise ulusal devletlerce kanunen yasaklanmasa bile işlendikleri yer ve zaman dikkate alınmadan cezalandırılır. Sınır aşan ikinci kategoride düzenlenen suçlar ise, uluslararası hukukta bireysel ceza sorumluluğunu doğurmazlar. Örneğin, insan ticareti suçu, daha ziyade uluslararası suç örgütlerince birçok devletin toprakları üzerinde işlenen, bu nedenle de devletlerin yani uluslararası toplumun işbirliğini gerektiren bir suçtur. Her ne kadar insan ticareti suçu sınır aşan bir suç olsa da uluslararası hukuk tarafından uluslararası suç olarak kabul edilmemektedir. Ancak uluslararası suç kavramını geniş manası ile anlayan yazarlar, sınır aşan bu tür suçları da uluslararası suç kategorisinde kabul etmektedir.²⁷ 5237 sayılı TCK’da bu anlayıştan hareketle insan ticareti suçu uluslararası bir suç olarak kabul edilmiştir.

C. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Madde Bakımından Yetkisinin Mevcut Durum, Yeni Suç Tipleri ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi

açık bir göstergesidir. Eğer, evrensel yargı yetkisi olsaydı Mahkeme’nin, dünyanın neresinde, hangi devletin vatandaşı tarafından işlenirse işlensin tüm uluslararası suçları yargılama yetkisine sahip olurdu. Evrensel yargı yetkisinin lehine ve aleyhine görüşler için bkz. RYNGAERT, s. 501, 502.

²³ Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu’na göre, uluslararası suç teşkil eden bu fiiller, “ırk ayrımcılığı (*apartheid*), soykırım (*jenosid*), esaret yasağı gibi, insan varlığını korunması için temel önem taşıyan uluslararası yükümlülüklerin ağır ve geniş çaplı ihlali”dir. Bkz. aktaran TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 40.

²⁴ Ayrıca bkz. ASKIN, KELLY D.: “Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Criminal Law Forum*, 1999/10, s. 33-59.

²⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 41, 48, 49.

²⁶ DEĞİRMENCİ, Olgun: “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku”, *İÜHF*, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 232

²⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 50-51.

a. Mevcut Durum Bakımından Değerlendirme

Statü'nün 5'inci maddesinde Mahkeme'nin madde bakımından yetkisi kapsamında düzenlenen suçların uluslararası suçlar olduğu söylenebilir. Çünkü bu suçlar "uluslararası toplumun barış ve güvenliğini" tehdit edici nitelikte suçlardır.²⁸ Önceki uluslararası ceza mahkemelerinin aksine, Statü'de suç seçimi ve tespiti titizlikle yapılmış ve bu şekilde hâkimlerin hareket alanı sınırlandırılarak sanıklara güvence sağlanmıştır. Mahkeme'nin yargılamakla yetkili kılındığı Statü md.5'teki suçlar incelendiğinde özü itibari ile bu suçların uluslararası toplumun temelini teşkil eden değerleri zedeleyici ve uluslararası toplumu tehdit eden suçlar olduğu anlaşılır. Ayrıca bu suçların, devletlerin hukukuna karşı işlenen suçlar (*delicta jus gentium*) olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.²⁹

Mahkeme'nin madde bakımından yetkisi kapsamında kabul edilen suçlardan ilki Statü'nün 6'ıncı maddesinde düzenlenen **soykırım suçu**dur. "Ulusal, etnik, ırki ya da dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla gerçekleştirilen" Statü md.6'daki fiiller (öldürmek, bedensel veya zihinsel olarak zarar vermek, zorla bir yerden başka yere nakletmek vb.) şeklinde tanımlanmıştır. Soykırım fiilleri sadece fiziksel ve biyolojik soykırımla sınırlı tutulmuştur. "Bir grubun üyelerinin kendi dilini kullanmasını, dini faaliyetlerini veya grubun kültürel faaliyetlerini gerçekleştirmesini engellemek amacıyla yapılan bilinçli fiiller" şeklinde tanımlanan "kültürel soykırım" düzenlenmemiştir. Belirtmek gerekir ki, soykırım Sözleşmesi'nde de kültürel soykırım düzenlenmemiştir. Madde metninde geçen gruplar dört tane (ulusal, etnik, ırksal veya dini) ile sınırlandırılmıştır. Örneğin siyasi gruptan bahsedilmemiştir.³⁰

Soykırım suçunun tipikliği kapsamında çevreye karşı ağır saldırı teşkil eden fiiller de tartışılmaktadır. Bu tür saldırılar yoluyla yapılan "ekosit" (eko sistemi belirli bölgede bozmak veya yok etmek amacıyla işlenen fiiller) ya da "etnoğrafik soykırım" (müze yağmalamak gibi) anlamına gelen "etnosid" Statü'deki soykırım tanımlamasının kapsamına girmemektedir. Mezkûr saldırılar, soykırım amacıyla gerçekleştirilen maddedeki yasak fiillerden birini içermedikçe soykırım suçunu oluşturmayacaktır.³¹

Soykırım suçu kapsamında "cinsel tecavüz fiili"³² de tartışılmaktadır. Cinsel tecavüz fiili bir soykırım suçu olabilir mi? Bu noktada, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 1998 yılında verdiği *Akayesu* kararı³³ önem arz etmektedir. Mahkeme, tecavüzün korunan bir grubun üyelerine ciddi bedensel ve ruhsal hasar verecek bir yöntem olarak uygulanmasının soykırım suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir.

²⁸ HALATÇI, s. 60.

²⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 385-386.

³⁰ KURŞUN, s.15-16.

³¹ KURŞUN, s.16.

³² UCM Suçun Unsurları Belgesi'nde tecavüz ve diğer cinsel şiddet biçimlerinin tanımında, failin salt fiziksel güç kullanımına değil, tehdit ve psikolojik baskı dâhil çeşitli biçimlerde zor kullandığı durumlara vurgu yapılmaktadır. Mezkûr belgede tecavüz, salt penisle zorla vajinaya nüfuz etme olarak değil, cinsiyetten bağımsız bir biçimde (erkeklerin ve erkek çocukların da tecavüze maruz kalabilecekleri kabul edilerek) tanımlanmaktadır. Bu tanımlama, bir nesne kullanımıyla ya da zorla oral seks dâhil, genel olarak mağdurun vücuduna tecavüz edilmesine atıfta bulunmaktadır.

³³ *Prosecutor v Jean Paul Akayesu* (Judgment) ICTR-96-4, T Ch I (2 September 1998) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ictr/1998/en/19275>> Erişim Tarihi 25.05.2024.

Kararda tecavüzün bir gruptaki doğumları engelleme aracı olarak kullanılabilceği ifade edilmiştir. Örneğin, etnik kökenin babanın kimliğine göre belirlendiği toplumlarda bir kurbana onu hamile bırakmak üzere tecavüz etmek, mağdurun kendi grubuna dâhil bir çocuk doğurmasını engelleyebilmektedir. Ruanda örneğinde, bir grubun diğer grubun köyüne baskın yaparak tüm erkekleri öldürmesi, kadınları ise büyük bir köy evinde toplayarak topluca tecavüz etmesi, aylar sonra doğan çocukların babalarından ötürü rakip etnik gruba mensup kabul edilerek öldürülmeleri, doğuran kadınların da kendi etnik gruplarından dışlanmaları sıklıkla yaşanan bir durum olmuştur. Bu noktada, *Akeyasu* kararı UCM bakımından emsal bir karar niteliğinde görülebilir.³⁴

Mahkeme'nin yargılamakla yetkili kılındığı suç tiplerinden diğeri Statü'nün 7'inci maddesinde geniş bir şekilde düzenlenen **insanlığa karşı suçlar**dır.³⁵ Bu suç tipi, tarihsel olarak diğeri uluslararası suçların aksine, çeşitli uluslararası mahkemelerin statülerinde yer alarak gelişmişlerdir. Bu uluslararası mahkemeler belli bölgelerde meydana gelen uluslararası nitelikte bazı suçları yargılamak üzere kurulmuş yer ve zaman itibarıyla sınırlı mahkemelerdir. Bu mahkemelerin statülerinde insanlığa karşı suçlar, o bölge koşullarına uygun olarak düzenlenmiş, bazen oldukça kapsamlı sınırlamalara tabi tutulmuş, bazen de suç daha genel kabul edilmiştir.³⁶ Nihayetinde Statü'de en gelişmiş tanımına yer verilmiştir. Yine de, insanlığa karşı suçların dinamik yapısı nedeni ile bu suçların tanımlanmasında ve sınırlarının tayini önemli bir problem olarak karşımızda durmaktadır. Geniş bir kavram olan insanlık temelinde bu suçları tanımlamak ve sınırlarını çizmek, çok kolay gözükmemektedir.

2002 yılında Statü'nün yürürlüğe girişi ile işlerlik kazanan UCM, yüzyılda yaşanan olaylara tepki olarak zuhur etmiştir. Söz konusu statüde maddi yetki kapsamında düzenlenen suç tiplerinden birisi de insanlığa karşı suçlar olmuştur. Konunun önemi noktasında dikkate değer bir husus da geçen yüzyılda kurulan mahkemelerin insanlığa karşı suçları belli bir coğrafya ile sınırlı tutmasına rağmen, bugün Ortadoğu coğrafyası başta olmak üzere işlenen bu suçların daimi olarak kurulan bir uluslararası ceza mahkemesinin yetkisi kapsamında düzenlenmiş olmasıdır. Geçen yüzyılda emekleyen uluslararası ceza hukuku bu mahkemenin 20 yılı aşkın tecrübesi ile adım atmaya başlamış durumdadır. Bu noktada insanlığa karşı suçlar yeni ve daimi bir mahkemenin pratiğinde uluslararası ceza sorumluluğu çerçevesinde hukuki olarak yeniden incelenmeye değer konuların başında gelmektedir. Düşünsel ve politik temelleri ile incelenmeyi bekleyen bu konunun hukuki olarak da yeniden ele alınması konusunun, faillerinin yargılanması için azami gayret gösterilerek daha güvenli ve barışın hâkim olduğu bir dünya düzeninin tesisinde önemi yadsınamaz. İnsanlık ve ona ait değerler hukuki temelde yeniden tanımlanarak insanlığa yeni bir bakış açısı getirilmelidir. Zira bu suç tipinin odak noktasında insanlık

³⁴ KURŞUN, s. 16.

³⁵ "İnsanlığa karşı işlenen suçlar emsalsizdir, yani bu suçlar ceza hukukunun o zamana kadar bilinen suç tiplerinden farklı olarak yeni bir suç tipi oluşturmaktadır. Söz konusu bu yenilik, sadece bu suçların bütün insanlığa karşı işlenmiş olmasında değildir, aynı zamanda suçun işlendiği bağlamın yeniliği ve bu bağlamın anlaşılması önemlidir". Bkz. GÜNAL, Hüseyin: Hannah Arendt ve İnsanlığa Karşı Suçlar, Dost Kitabevi, Ankara 2015, s. 15.

³⁶ SEYMEN ÇAKAR, Ayşen: "İnsanlığa Karşı Suçlar", *TBB Dergisi*, C. 103, 2012, s. 169-170.

kavramı yer almaktadır. İnsanlığa karşı suçların dönüşümü konusu üzerinde durularak yeni yaklaşımlar göz önünde bulundurulmalıdır.³⁷

Bu bağlamda, insan türüne karşı suçlar (öjenizm) da insanlığa karşı suçların tipikliği kapsamında tartışılmaktadır. Öjenizm, insan türüne karşı suçların en genel hali olarak tanımlanır. Öjenizmin uygulama alanı oldukça geniştir ve pek çok çeşidi suç olarak tanımlanabilir. Bir taraftan ırksal, etnik ve genetik bir bakış açısıyla bireyleri daha aşağı görerek insanlık dışı kabul eden negatif öjenizmin önüne geçilebilir. Negatif öjenizm, bu bireylerin alt-insanlık kategorisine ait olduğunu ileri sürer. Gelecekte olası insan/insan olmayan (insan-hayvan) veya insan makine melezleri ile ilgili zorluklar gündeme gelebilir. Negatif öjenizm suçu, somut olarak genetik özellikleri sebebiyle insan gruplarının imhası (genetik soykırım) olaylarında işlenir. Bunun yanında, negatif öjenizm, genetik apartheid veya ağır hastalıklara yatkın kişilerin bazı işlerde çalışmasının veya hayat sigortasından faydalanmasının önüne geçilmesi şeklindeki sistematik dışlamalar gibi ayrımcı pratikler için de geçerlidir. Pozitif öjenizm, bazı genetik özellikleri dolayısıyla üstün kabul edilen bireylerin üst-insanlık kategorisinde addedilmesini ileri sürer. Tedavi amaçlı değil, insanların fiziksel veya entelektüel performanslarını arttırmak için insan genomunun değiştirilmesi tekniklerine başvurulmuş vakalarda pozitif öjenizm suçu oluşur.³⁸

Üreme amaçlı klonlama suçunun da insanlığa karşı suçlar kapsamında ele alınması mümkündür. Tedavi amaçlı ve üreme amaçlı klonlama şeklinde ikiye ayrılır. Tedavi amaçlı klonlama, çok uzun vadeli bir tedavinin yapılması veya bireye nakledilmek üzere doku geliştirilmesi gibi amaçlarla klonlanmış bir insan embriyonun yaratılması demektir. Üreme amaçlı klonlama ise, kişinin ölmüş bir yakınına yeniden yaşatmak ya da kendisinin genetik bir eşini yaratmak amacıyla genetik olarak tamamen birbirinin aynı bireylerin doğmasını amaçlar. Bazı ülkeler sadece üreme amaçlı klonlamayı (ABD, İsveç, Avustralya vb.) bazı ülkeler ise her ikisini (Fransa gibi) cezalandırmaktadır. Bu suçun cezalandırılmasının, insanlığa karşı suçlara bir orijinallik katabileceği ileri sürülmüştür. İnsanlığa karşı suçlara ilişkin hükümler fiiller işlendikten sonra devreye girerken, klonlama suçu bakımından klonlama suçu kapsamında fiiller işlenmeden önce ceza hukuk devreye girer. Diğer bir ifadeyle, ceza hukukunun önleyici işlevi ön plandadır.³⁹

Statü'de insanlığa karşı suçlar içerisinde cezalandırılan "diğer insanlık dışı fiiller" ibaresinin (md 7/k) daha geniş yorumlanarak dolaylı olarak bilimsel öjenizm veya üreme amaçlı klonlama suçlarının bu maddeye eklenmesiyle bu iki kategorinin birleştirilmesi mümkündür. Bunun dışında BM çerçevesinde konuya ilişkin bir konvansiyonun kabul edilmesi de bir öneri olarak ileri sürülmüştür. Bu şekilde öjenik uygulamalar ve üreme amaçlı klonlamalar insanlığa karşı suçlar başlığı altında açık bir şekilde yasaklanarak ve buna ilişkin özel amaçlı bir muhakeme sistemi kurularak ulusal devletlerin bu konuda cesaretlenmesinin önü açılabilir. İnsanlığa karşı suçların dönüşümü insan türüne karşı suçlar ve insanlığa karşı suçlarla korunan hukuksal değerlerin müşterek kılınmasıyla sağlanabilir. İnsan türüne

³⁷ İnsanlığa karşı suçlar ve bu suçların dönüşümü hakkında detaylı bilgi için bkz. DELMAS-MARTY, Mireille / FOUCHARD, Isabelle / FRONZA, Emanuela / NEYRET, Laurent: İnsanlığa Karşı Suç, (Çev: Berna Ekal), İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s. 9 vd.; GÜNAL, s. 11 vd.

³⁸ DELMAS-MARTY / FOUCHARD / FRONZA / NEYRET, s. 78-81.

³⁹ DELMAS-MARTY / FOUCHARD / FRONZA / NEYRET, s. 81-84.

karşı suçların cezalandırılması kişinin ve onun seçkin haysiyetinin korunması olup bu, insanlığa karşı suçlarla korunan hukuksal değerlerle aynıdır. Her ikisinde de insanın üstünlüğü ve haysiyeti ön plandadır.⁴⁰

İnsanlığa karşı suçların faileri bilinen suçlu profilinden farklı olarak sıradan kişilerdir. Toplu katliamların faillerinin sıradanlığı uluslararası ceza hukuku literatüründe çok tartışılan konulardan birisi olmuştur.⁴¹ İnsanlığa karşı suçları işleyenlerin normal vatandaşlar olmaları göz önüne alınmadan ulusal ceza hukuku paradigmasının doğrudan bu alana uygulanarak yapılan yargılamaların ne düzeyde sağlıklı olabileceği meselenin bir başka boyutunu oluşturmaktadır. Suçun herkes tarafından işlenebilmesi, konu ile ilgili 5237 sayılı TCK' da da herhangi bir özgülmenin yapılmamış olması irdelenmesi gereken ve açığa kavuşturulması gereken bir husustur. Durum bu şekilde olsa da insanlık değerlerini ihlal eden ve insan çoğulluğunu yok etme gayesi içinde olan bu failerin ne kadar sıradan kişiler olduğu bir problemdir. Bu durumda sıradan suçlulara uygulanan hapis cezaları hatta kısas bile bu suçların yaptırımı açısından ve genel önleme anlamında yeteriz kalabilir. Dolayısı ile her ne kadar bu suçların yargılanması hususu, çalışmamızın haricinde bir konu olsa da insanlığa karşı suçların sıradan suçlular gibi yargılanmaya tabi olması ve hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulanması pek de adil gözükmemektedir. Adil bir yargılama için suçun faillerine ilişkin bu durumun bir problem olduğu aşikârdır. İnsanlığa karşı suçların işlendiği tarihsel örnekler dikkate alındığında, bu suçların tek tek bireyler tarafından değil, kolektif gruplar tarafından işlendiği görülebilir. Suç işleyenlerin bu kolektif yapısına rağmen, uluslararası metinlerde ve 5237 sayılı TCK'da liberal ceza hukukunun liberal ilkelerine sadık kalınmıştır. Yani bireysel sorumluluk kabul edilmektedir. Bir devletin kendi yurttaşlarına karşı işlemiş olduğu fiillerden dolayı devletin başındaki kişilerin bireysel olarak sorumlu tutulması ve başka devletlerin oluşturduğu uluslararası bir anlaşmaya göre yargılanması tarihte bir ilktir.

Mahkeme'nin yargılama yetkisi kapsamında kabul edilen suçlardan diğeri, Statü'nün 8'inci maddesinde düzenlenen **savaş suçları**dır. Mezkûr maddede savaş suçları iki şekilde sınıflandırılmıştır. İlki, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin dördünün ağır ihlalleriyle işlenen fiillerdir. İkincisi, La Haye yönetmeliklerinde ve Cenevre Sözleşmeleri'nin I nolu Protokolü'nde ve uluslararası örf ve adet hukukunda tanımlanmış ihlalleri de içerecek şekilde uluslararası insancıl hukukun diğer ihlallerini teşkil eden fiillerdir.⁴² Statü'ye göre, savaş suçu teşkil eden fiilleri işleyen failerin mutlaka savaştan sıfatını haiz olması gerekmediği gibi vatandaşı olduğu devletle organik bir bağ içinde olması da gerekmez. Diğer bir ifadeyle, failerin asker olması gerekmemektedir. Dolayısıyla bu suçların, asker personel tarafından düşman devlet görevlileri veya sivillerine karşı işlenmesi mümkün olduğu gibi siviller tarafından da düşman silahlı kuvvet mensuplarına ya da düşman sivillere karşı işlenmesi de mümkündür.⁴³ İnsanlığa karşı suçlarda aranan "bağlamsal unsur" burada aranmamaktadır. Bir savaş suçunun belirli bir plan veya politika çerçevesinde veya geniş çaplı ya da sistematik olarak işlenmesi gerekmediğinden münferit fiillerin de bu suçu oluşturması mümkündür. Bununla birlikte savaş suçlarının savaş hukukunun geçerli

⁴⁰ DELMAS-MARTY / FOUCHARD / FRONZA / NEYRET, s. 88-89.

⁴¹ GÜNAL, s. 11-17.

⁴² KURŞUN, s. 21-22.

⁴³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 632.

olduğu zaman dili içerisinde işlenmesi gerekir. Savaş zamanı, kural olarak, çatışmaların başlamasından barış anlaşması imzalanana kadarki veya anlaşma olmamakla birlikte askeri nitelikli operasyonların sona ermesine kadarki süreçtir. Statü’de ve Suçun Unsurları Belgesi’nde de vurgulandığı üzere savaş suçu teşkil eden fiil/fiillerin silahlı çatışma ile nedensellik bağı içerisinde olması gerekir.⁴⁴

Statü’nün 8bis. maddesinde düzenlenen suçlardan **saldırı suçu**, Ruanda ve Eski Yugoslavya için kurulan uluslararası ceza mahkemelerinden farklı olarak UCM’nin bir yeniliğidir. Saldırı suçunun Statü’de düzenlenmesi belli bir tanımının olmaması nedeni ile sorun olmuştur. 1998 yılına kadar suçla ilgili önemli bir gelişme kaydedilememiştir. Her ne kadar belli bir tanımı olmasa da 3314 sayılı Saldırının tanımı kararında "bir saldırı savaşı, uluslararası barışa karşı suçtur" biçiminde ifade edilmiştir. Statü’nün hazırlık çalışmaları için oluşturulan komisyon, 11 Temmuz 2002 tarihli kararı ile "Saldırı Suçu Üzerine Özel Çalışma Grubu" nu oluşturmuştur.⁴⁵ Saldırı suçu, 2010 yılında yapılan Gözden Geçirme Konferansı'nda Roma Statüsü md.8bis ile yargılama yetkisine dâhil edilmiştir. Böylece bu suçla ilgili söz konusu yasal meşruluk (*legitimacy*) konusundaki şüpheler de giderilmiştir. Kampala’daki Roma Statüsü’nü Gözden Geçirme Konferansı'nda saldırı suçunun tanımlanması ve Statü’de kabul edilerek UCM’nin yargı yetkisine sokulması büyük bir gelişmedir.⁴⁶

b. Yeni Suç Tipleri Bakımından Değerlendirme

"Deniz haydutluğu", "uçaklara saldırı ve uçak kaçırma", "köle ticareti", "uyuşturucu ticareti", "nükleer silahların kullanımı" ve "terörizm"⁴⁷ gibi suçlar Mahkeme’nin madde bakımından yetkisi kapsamında düzenlenmemiştir. Ayrıca "nükleer silah kullanımına ilişkin savaş suçlarının" da Statü’ye dâhil edilip edilmeyeceği çok tartışılmış, fakat bu güce sahip devletler buna karşı çıkmıştır. Özellikle uyuşturucu⁴⁸ kaçakçılığı ve terörizm üzerine Roma Konferansı’nda ciddi tartışmalar olmasına rağmen, UCM’nin madde bakımından yetkisi kapsamına alınmamıştır.⁴⁹ Bunun sebepleri; bu suçların Statüde düzenlenen suçlar kadar ciddiyete alınmaması, bu konuda geniş bir katılımın sağlanamaması, uluslararası örf ve adet hukukunda uluslararası suç olarak nitelendirilmemeleri, bu suçlarla mücadelede diğer uluslararası düzenlemelerin mevcudiyeti ve son olarak da bu suçlarla ulusal yani yerel tabanda daha etkin mücadele edilebileceği şeklinde sıralanabilir. Ayrıca bu suçların Statüye dâhil edilmesi, UCM’yi md.5’teki daha ağır olan suçlarla mücadele işlevinden uzaklaştırabilir. Bunun yanında, UCM’nin varlığından rahatsızlık duyan bazı güçler de mümkün olduğunca mahkemenin yetkisini daraltıcı yönde tavır sergilemişlerdir.⁵⁰

⁴⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 632-633.

⁴⁵ HALATÇI, s. 60.

⁴⁶ DELMAS-MARTY, Mireille: "Ambiguities and Lacunae the International Criminal Court Ten Years on", *Journal of International Criminal Justice*, C. 11, I. 3, 2013, s. 557.

⁴⁷ Terörizm üzerine daha fazla bilgi için Bkz. KEARNEY, Michael G.: "The War on Terror, Law and the Defence of the State", *Intelligence and National Security*, V. 26, I. 2-3, 2011, s. 399-404.

⁴⁸ Uyuşturucu kaçakçılığında iki taraflı ve bölgesel işbirliği alternatifinin yeterliliği nedeni ile olsa gerek, bu suçlar Mahkeme’nin yargı yetkisi kapsamında düzenlenmemiştir.

⁴⁹ Bu suçlar hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDIN, Devrim: "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 4, s. 145 vd.

⁵⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 386.

Madde bakımından yetki sınırlarının **terör suçlarını** da kapsayacak şekilde geniş tutulmamasının Statü bakımından bir eksiklik olduğu ileri sürülmüştür. Konunun doktrinde yoğun şekilde eleştirilere maruz kaldığını ifade etmek gerekir. Uluslararası, daimi ve bağımsız nitelikte bir mahkemenin terör suçları konusunda aktifleştirilmesi gerekir. Böylece, bu nitelikte bir mahkeme eliyle terörle mücadele konusunda daha etkin bir mücadele yürütülmüş olur. Ayrıca terör suçlarının işlenmemesi bakımından caydırıcı etki sağlayabilir. Bu suçların Statü kapsamına alınmamasının en temel nedeni her ülkenin bu konuda farklı hassasiyetlerinin olması ve terör suçu bakımından yeknesak bir tanımın olmamasıdır. Doktrinde bir görüş, bu suçun Mahkeme'nin yargılama konusu yapılabilmesi için evrensel bir tanımını şart koşmaktadır. Ancak bu şekilde bir tanım yapılamazsa da bu durum terörist bir eylemin UCM tarafından yargılanması bakımından bir engel olarak görülmemelidir.⁵¹

Kanunilik ilkesi ile tam mutabık bir terörizm tanımlaması mümkün olmadığından ve terör suçlarının Statü'de suç olarak nitelendirilmesi mahkemeyi politize etme ihtimalinden dolayı terör suçlarının UCM'nin yargı yetkisi kapsamına alınmamıştır. Ancak, Roma Konferansı nihayetinde, kabul edilen Nihai Senette (*Final Act*) terör ve uyuşturucu kaçakçılığı suçlarının ileride toplanacak bir *Gözden Geçirme/Genel Değerlendirme Konferansı'nda (Review Conference)* bu suçların Statü'ye dâhil edilmesi için gayret sarf edileceği hususu üzerine karar alınmıştır. Böylece bu karar, bu suçların tüm uluslararası toplumu ilgilendiren ağır suçlardan olduğu ve Statüye dâhil edilmesi konusunda atılan *ilk resmi adım* olmuştur.⁵²

Terör suçlarının Statü'deki mevcut suçlar kapsamında yargılanmasının da mümkün olduğu, örneğin "saldırı suçunun" bir görünüş şekli olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, silahlı veya bombalı bir saldırının "saldırganlık" olarak nitelendirilmesi mümkün olup terör eylemleri saldırı suçu kapsamında mütalaa edilebilir. Bununla birlikte kendisine karşı terör eylemlerinin gerçekleştiği devletin bu eylemlere karşılık vermesinin BM Antlaşması md.51 kapsamında "meşru müdafaa" kapsamında kabul değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konunun ayrı bir tartışma boyutudur. Başka bir görüş, terör suçlarının "insanlığa karşı suçlar" kapsamında yargılanabileceğini ileri sürmüştür. Özellikle Türkiye, uluslararası terörizmin insanlığa karşı suçlar kapsamında UCM'nin yargı yetkisine dâhil edilmesi hususunda ısrarcı olmuştur. Ancak bahsi geçen suçların tipiklikleri kapsamında terör suçlarının yargılanmasının Statü md.22'de düzenlenen kanunilik ilkesini, bu suçların kanuni tariflerinin dar yorumlanması gereğinden hareketle bunun kıyas ilkesini ihlal edeceği gibi endişeler de dile getirilmektedir.⁵³ Kanaatimizce, belirtilen kaygılardan hareketle, terör suçunun mevcut suçların tipikliği kapsamında değil, bağımsız bir tipiklik içerisinde (ayrı bir madde ile) düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

Uygulamada, tüm insanlığı olumsuz etkilediği için Statü'nün terör suçlarını kapsayacak şekilde genişletilmesi eğilimi vardır. UCM'nin organlarının terör suçları bakımından Mahkeme'nin

⁵¹ Detaylı bilgi için bkz. TELLİ, Kutlay: Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 37-42.

⁵² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 386-387.

⁵³ TELLİ, s. 39-41.

dönüşümüne hazır olduğu ileri sürülmüştür. Bu dönüşüm bakımından **ekolojik terör suçlarının** da cezalandırılabilirliği tartışılmaktadır.⁵⁴

Keza, henüz tanımı üzerinde bir anlaşmaya varılamayan **çevreye karşı işlenen ağır suçların** da bu kapsamda değerlendirilebilir olup olmadığı, insanlığa karşı yeni suç türlerinde korunan hukuksal değerler araştırılarak insanlığa karşı suç kavramına yeni anlayışlara açık olunmalıdır. Çevreye yönelik olarak salt anlamda insancıl bir yaklaşımla çevreye karşı suçların cezalandırılabilmesi için insanlığın ortak mirasının korunması bağlamında çevreye karşı işlenen ağır fiilleri insanlığa karşı suçlar paradigmasına bağlamanın mümkün olduğu ileri sürülmüştür. Bu durumda mevcut insanlığa karşı suça ilişkin maddede çevreye karşı suçların tanımlanması gerekir. Bu suçların insanlığa karşı suç ile ilişkilendirilmesi durumunda silahlı çatışmalar dışında çevreye zarar veren suçluların cezalandırılmasının önü açılmış olur. Bununla birlikte insanlığa karşı suç tipinin bu şekilde genişletilmemesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bu şekilde insanlığa karşı suç paradigmasının görünürlüğünün ve tutarlılığının gerekliliği riske girebilir. Dolayısıyla “çevreye karşı suç” veya “doğa kırım suçunun” bağımsız bir tipikle tanımlanması gerekir. Burada insanlığın değil, doğanın bozulması söz konusudur. “İnsan türüne karşı suçlar” ile “insanlığa karşı suçların” koruduğu hukuksal değerler aynı iken; “çevreye karşı suçlar” ile “insanlığa karşı suçlar” arasında korunan hukuksal değerler aynı değildir. Bu yüzden Statü’de çevreye karşı suçların bağımsız olarak tanımlanması daha isabetli olur. Roma Statüsü ile çevreye yönelik ağır saldırı teşkil eden fiillerin suç olarak tanımlanması uluslararası hukuk bakımından da önemlidir. Esasen soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar kapsamında dolaylı olarak bu türden fiillerin cezalandırılmasının mümkün olduğu da ileri sürülmüştür.⁵⁵

Mahkeme’nin yargılama yetkisinin kapsamı ile ilgili Statü’nün eksikliği bağlamında ele alınan diğer fiiller kitle imha silahlarının, insansız hava araçlarının ve katil robotların kullanılmasıdır.

Kitle imha silahlarının kullanılması Statü’nün 8’inci maddesi kapsamında 1.fıkıradaki geçen *as such* kavramının verdiği esneklikle savaş suçu olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. Örneğin Suriye’de BM denetçileri tarafından yapılan incelemelerde sarin gazından çoğunluğu çocuk olmak üzere çok sayıda sivilin öldüğü noktasında açık ve ikna edici kanıtlara ulaşılmıştır. Çok daha küçük ölçekli silahların kullanılmasının bile bir savaş suçu fiili olarak düzenlenmesine rağmen kitle imha silahlarının kullanılmasının Statü kapsamında cezalandırılmamasının ceza adaletiyle bağdaştırılması mümkün değildir. Mahkeme’nin kuruluş aşamasında yapılan konferanslarda bu husus dile getirilmişse de

⁵⁴ DELMAS-MARTY / FOUCHARD / FRONZA / NEYRET, s. 93-95.

⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. DELMAS-MARTY / FOUCHARD / FRONZA / NEYRET, s. 92-100.

Statü'de buna ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.⁵⁶ Kanaatimizce yapılacak bir değişiklik ile Statü'de bu konuda cezalandırmanın kabul edilmesi isabetli olur.

Teknolojik gelişmenin en önemli göstergelerinden birisi **insansız hava araçlarıdır**. Önceleri keşif amaçlı kullanılan bu araçlar, günümüzde saldırı amaçlı ve özellikle terörle etkin mücadelede kullanılmaktadır. Bu amaçla yapılan saldırılarda çok sayıda masum insan da öldürülmektedir. Bu araçlar sadece uçuş planı üzerinden gösterilen hedefi vurmaya üzere tasarlanır. Hedef gösterilen koordinatlarda sivillerin veya askerlerin ya da hedefteki teröristin bulunup bulunmadığının kontrolünü yapmak da mümkün değildir. Koordinatlarda gösterilen hedefi vurma amacıyla hareket edilir. Örneğin İsrail tarafından Filistinlilere yapılan bir operasyonda toplam 48 kişi insansız hava aracılığıyla öldürülmüştür (2009 yılında).⁵⁷ Bu nedenle bu tür araçların kullanımının savaş suçu başlığı kapsamında cezalandırılması ve Statü'nün bu konudaki eksikliğini giderilmesi gerekir.

Otonom yani kendiliğinden (insan gücünden bir dereceye kadar emir almayan bağımsız hareket edebilen) hareket edebilen robot teknolojileri savaşlarda kullanılmaya başlanmıştır. Sensörleri sayesinde potansiyel tehdit olarak gördüğü kişileri merkeze bildiren, merkezden bir askerin kumandasıyla ölüm vuruşu yapılabilen ve İsrail askeri gücü tarafından kullanılan "robotik sniper" örnek verilebilir. Böyle bir robotun bildirisini yaptığı kişinin gerçekten hedeflenen kişi mi yoksa bir sivil mi olduğu konusunda tespitini yapmak mümkün değildir. En endişe verici yanı da otonom silah sistemlerinin insan müdahalesinden bağımsız bir şekilde gözlemlene yapmaları ve seçtikleri hedeflere bağımsız bir şekilde ateş etmeleridir. Yine tehdidi saptama ve tespit edilen hedefe ateş etmeye karar verme kabiliyeti olan insansız silah kuleleri Kore tarafından kullanılmaktadır.⁵⁸ Bu çerçevede bağımsız yani otonom hareket edebilen, silah kullanabilen bu robotların keyfi ve yıkıcı kullanımlarının önüne geçmek adına, bunlara sahip ülkelerin sorumluluğuna ilişkin Statü'de yani uluslararası boyutta bir düzenlemenin yapılması elzem görünmektedir.

c. 5237 sayılı TCK bakımından Değerlendirme

5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitabı olan Özel Hükümler Kitabı'nın uluslararası suçlar ile başlaması kanunun hukuksal değerler temelinde konuya ne kadar ehemmiyet verdiğinin bir göstergesidir. Bu, aynı zamanda dünyadaki gelişmelerin takip edildiğinin ve yeni dünya değerlerinin kanuna yansıtma ihtiyacının bir sonucudur.

Yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere Statü'de kabul edilmeyen ancak günümüzde ciddi boyutlara ulaşan bazı suç tiplerinin madde bakımından yetki kapsamına alınması, yani madde bakımından yetki konusunun yeniden ele alınması isabetli olacaktır. Nitekim, 1 Haziran 2005 tarihinde

⁵⁶ TELLİ, s. 43.

⁵⁷ TELLİ, s. 444-45.

⁵⁸ Detaylı bilgi için bkz. TELLİ, s. 44-48.

yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın "Uluslararası Suçlar" başlıklı kısmı altında soykırım ve insanlığa karşı suçlar dışında göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları da düzenlenmiştir. Kanunumuzun uluslararası suçlar yönünden gözden geçirilmesi gerektiği hususunu bir tarafta tutarak, söz konusu hükümlerle bu fiillerin (göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti) uluslararası suç olarak kabul edilmesi olumlu bir gelişmedir. Ancak göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları doktrinde "sınır aşan suçlar" olarak nitelendirilmektedir.

Ayrıca soykırım, insanlığa karşı suç, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçları TCK md.13'te evrensel yargı yetkisi kapsamında düzenlenmiştir. Yani, dünyanın neresinde işlenirse işlensin failin ve mağdurun vatandaşlığına bakılmaksızın bu suçlar, Türk mahkemeleri tarafından yargılanabilir. TCK md.13/2'de bu yargılama bazı şartlara tabi kılınmıştır. Yargılamanın yapılabilmesi Adalet Bakanı'nın talebine bağlıdır. Bu suçların faileri hakkında mahkûmiyet veya beraat yönünde herhangi bir hüküm verilmiş olsa bile yeniden yargılama yapılması kabul edilmiştir. Yani *non bis in idem* kuralına geçerlilik tanınmamıştır.

SONUÇ

Uluslararası ölçekte bir ceza mahkemesinin kurulması önemli, fakat elbette yeterli değildir. Uluslararası hukukta suçlulukla mücadelede sürekli mahiyette kurulan bir mahkemenin madde bakımından yargı yetkisinin çerçevesinin ihtiyacı karşılayacak düzeyde belirlenmesi gerekir.

Dolayısıyla hem sınır aşan özellikleri itibariyle insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, uyuşturucu madde ticareti ve özellikle terörizm gibi yeni suç tipleri hem de mevcut suç tipleri bakımından 5.maddenin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Ancak doktrinde de belirtildiği üzere 2010 yılında Kampala'da yapılan konferansta madde bakımından yetki konusu ele alınmamıştır. Yeni suç tiplerinin Statü'ye eklenmesi yakın gelecekte mümkün gözükmemektedir. Bunun yerine mevcut suç tiplerinin fiil unsurunun genişletilmesi daha olası bir durumdur. Her ne kadar Statü md.5'in kapsamının yeni suç tipleri ile genişletilmesi bir gereklilik olsa da mevcut suç tiplerinde bu hususta yapılacak değişikliklerle uluslararası suçlarda dönüşümün gerçekleştirilmesi uluslararası ceza hukuku bakımından olumlu bir gelişme olacaktır.

Son olarak vurgulamak gerekir ki, Mahkeme'nin madde bakımından yetkisinin gözden geçirilmesi ve bu konuda yapılacak değişikliklerde yirmi yıllık tecrübesinin ve ulusal devletlerle olan ilişkisinde yargı yetkisinin tamamlayıcı olduğunun da göz ardı edilmemesi gerekir.

KAYNAKÇA

AKSAR, Yusuf: "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 2, 2003, s. 125-139.

AKSAR, Yusuf: "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış", *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, C. 1, S. 3, 2005, C. 1, s. 1-14.

AMBOS Kai: "General Principles of Criminal Law in the Rome Statute", *Criminal Law Forum*, 1999/10, s. 1-32.

ASKIN, KELLY D.: "Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, 1999/10, s. 33-59.

AYDIN, Devrim: "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 4, s. 131-167.

BAŞAK, Cengiz: *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 53.

CRYER, Robert / FRIMAN, Hakan / ROBINSON, Darlly / WILMSHURST, Elizabeth: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, United Kingdom 2010.

DEĞİRMENÇİ, Olgun: "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku", 2013, *İÜHFİM*, C.LXXI, S. 1, s. 50-111.

DELMAS-MARTY, Mireille / FOUCHARD, Isabelle / FRONZA, Emanuela / NEYRET, Laurent: *İnsanlığa Karşı Suç*, (Çev: Berna Ekal), İletişim Yayınları, İstanbul 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille: "Ambiguities and Lacunae the International Criminal Court Ten Years on", *Journal of International Criminal Justice*, C. 11, I. 3, 2013, s. 553-561.

GÜNAL, Hüseyin: *Hannah Arendt ve İnsanlığa Karşı Suçlar*, Dost Kitabevi, Ankara 2015.

HALATÇI, Ülkü: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisinin Kullanımının Önkoşulları", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 1, S. 3, 2005, s. 57-76.

KEARNEY, Michael G.: "The War on Terror, Law and the Defence of the State", *Intelligence and National Security*, V. 26, I. 2-3, 2011, s. 399-404.

KURŞUN, Günal: *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2011 5. Eser için bkz <https://rightsagenda.org/wp-content/uploads/2019/01/821_101SorudaUCM.pdf> Erişim Tarihi: 24.05.2024.

ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR, Yasemin F. / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özden / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efsar / TOK, Mehmet Can: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

RYNGAERT, Cedric: "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Fraught Relationship", *New Criminal Law Review*, Vol.12, I. 4, 2009, s. 498-512.

SEYMEN ÇAKAR, Ayşen: "İnsanlığa Karşı Suçlar", *TBB Dergisi*, C. 103, 2012, s. 169-198.

ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 251.

TELLİ, Kutlay: *Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat: Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 21.

TOKDEMİR, Sercan: "International Criminal Court within Global Realities, and Desires Beyond the Cuff Mountain: 'Is The ICC A Propal International Institution?'" , *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 163-176.

TOKDEMİR, Sercan: "The Jurisdiction of the International Criminal Court: A Critical Legal Scrutiny on the Principle of Complementarity Adopted in the Rome Statute" , *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2023, s. 107-128.

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 164.

YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Prosecutor v Jean Paul Akayesu (Judgment) ICTR-96-4, T Ch I (2 September 1998) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ictr/1998/en/19275>> Erişim Tarihi 25.05.2024

Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force July 1, 2002) 2187 UNTS 3 (Rome Statute). Statü'nün metni için bkz <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 24.05.2024.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5235, Kabul Tarihi: 07.09.2004, RG: 12.10.2004/25606 (5235 sayılı Kanun).

Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG: 12.10.2004/25611 (TCK) <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf>> Erişim Tarihi 26.05.2024.

“SQUEEZE-OUT” KAVRAMININ TÜRK HUKUKUNDAKİ YANSIMASI: TTK M. 208 HÜKMÜ
REFLECTION OF THE "SQUEEZE-OUT" CONCEPT IN TURKISH LAW: ARTICLE 208 OF TCC

Dr. Öğr. Üyesi Firdevs ARSLAN*

ÖZET

Yabancı hukuk müessesesi olan “squeeze-out” kavramının, Türk hukukunda şirket birleşmeleri hukuku, şirketler topluluğu hukuku ve pay alım tekliflerine dair hukuk kapsamında yansımaları görülmektedir. Bu anlamda kavramın belirgin özellikleri, Türk Ticaret Kanunu’nda birleşmeye ilişkin hükümler arasında 141/2’de, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerde ise 208. maddede görülürken; Sermaye Piyasası Kanunu 27. maddesinde ise pay alım teklifleri ile bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hükümlerin tümü teknik anlamda çıkarmayı ifade etmekteyken, yalnızca hakkın kullanımına ilişkin şartlar ve usul bakımından birtakım farklılıklar bulunmaktadır.

Teknik-teknik olmayan anlamda çıkarma ayırımı, ortağın ortaklıkla ilişkisinin rızası dışı sonlandırılması şeklinde yapılan genel tanımın dışında, müessesenin öngörülme amacına göre yapılan bir kategoriye göre şekillenmektedir. Buna göre tek taraflı bir irade beyanı ile korporatif yapıya özgü ve kuramsal temelinde bir sebep barındıran tüm çıkarmalar teknik anlamda çıkarmayı ifade edecektir. Nitekim hâkim pay sahibinin çıkarma hakkı bakımından kanun koyucunun müesseseyi düzenlemekteki amacı, şirketin sona ermesi tehlikesinin ortadan kaldırılmasından ziyade, kurumsal bir amacın gerçekleşmesi olmaktadır.

Klasik anlamda çıkarma ile squeeze-out müessesesi temelde birbirinden ayrılmaktadır. Nitekim klasik anlamda çıkarma düzenlemelerinin temelinde haklı sebep yer alırken; squeeze-out kavramının temelinde hâkimiyet olgusu yer almaktadır. O halde squeeze-out müessesinde, kural olarak, hakkın muhatabı olan azınlık pay sahiplerinin pay sahipliği haklarını kötüye kullanması ya da şirketin varlığını tehlikeye sokması gerekli değildir. Squeeze-out, ortaklıkta nitelikli bir sermaye ya da oy çoğunluğunu temsil eden paylara sahip olan hâkim pay sahibine herhangi bir haklı sebep aramadan azınlık pay sahiplerini adil bir çıkarma bedeli karşılığında ortaklıktan çıkarma imkânı veren bir müessesedir.

TTK 208. maddesinde düzenlenen hâkim pay sahibinin azınlığı ortaklıktan çıkarma hakkı, squeeze-out bakımından değerlendirildiğinde, bu hakkın farklı hukuk sistemlerinde squeeze-out müessesesini karşıladığı anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu durum incelendiğinde TTK m. 208 hükmü, şirkette nitelikli bir hâkimiyet sağlayan pay sahiplerine “*şirketin çalışmasını engelleyen, dürüstlük kuralına aykırı davranan, fark edilir sıkıntı yaratan veya pervasızca hareket eden*” azınlık pay sahiplerini şirketten çıkarma hakkı vermektedir. TTK m. 208 gerekçesinde de belirtildiği üzere “... bir kararın alınıp

* *Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku anabilim Dalı, fsavas@cumhuriyet.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3915-806.

uygulanmasına çoğu kişisel çeşitli sebeplerle karşı çıkan ortakların/paysahiplerinin şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip şirket içi barışı sağlamak” şeklinde sebeplere yer verildiği görülmektedir. O halde hem hükümden hem de gerekçesinden anlaşılacağı üzere, hâkim pay sahipleri tarafından çıkarma hakkının kullanılabilmesi için haklı sebep kategorisine dâhil edilebilecek fiiller koşul olarak aranmaktadır. Bu anlamda hükmün hem hâkimiyet hem de haklı sebep temelli bir çıkarma hakkını konu aldığı anlaşılmaktadır.

Squeeze-out kavramı kural olarak haklı sebep kavramı üzerine değil, hâkimiyet kavramı üzerine temellendirilmiş bir çıkarma aracıdır. Bu durumda squeeze-out kavramının diğer çıkarma araçlarından ayırt edilmesi bakımından hakkın hâkim pay sahibine ait olduğunun vurgulanmış olup olmadığı incelenmelidir. TTK m. 208’de öngörülen çıkarma hakkı, karşılaştırmalı hukuktaki tipik squeeze-out düzenlemelerini tam olarak karşılamasa da, hâkimiyet kavramı hükmün çıkış noktalarından biri olduğundan, sırf haklı sebebe yer verilmesi nedeniyle, müessesenin squeeze-out kavramı dışında bırakılmasını zorunlu kılmaz. Sonuç itibariyle, TTK m. 208’ de düzenlenen “*satın alma hakkı*” nın squeeze-out’un bir türü olduğunu kabul etmemiz gereklidir. Kanun koyucunun esasında hukuki anlamda squeeze-out’u ifade etmek üzere TTK m. 208’de “*satın alma hakkı*” ibaresini kullanması ise gerekçede belirtildiği gibi öneri metninden aynen çevrildiği şekilde kullanılmasından kaynaklıdır ve terimsel olarak squeeze-out ile bağdaşmayan bir ifadedir.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, Squeeze-Out, Çıkarma Hakkı, Haklı Sebep.

ABSTRACT

The foreign law concept of "squeeze-out" is reflected in Turkish law within the scope of merger law, corporate group law and the law on takeover bids. In this sense, the distinctive features of the concept can be seen in Article 141/2 of the Turkish Commercial Code among the provisions on mergers and Article 208 among the provisions on group of companies, and in Article 27 of the Capital Markets Law in connection with share purchase offers. While all of these provisions refer to extraction in the technical sense, there are differences only in terms of the conditions and procedure for the exercise of the right.

The distinction between technical and non-technical dismissal is shaped according to a category made according to the purpose for which the institution is envisaged, apart from the general definition of the termination of a partner's relationship with the partnership without his/her consent. As a matter of fact, the purpose of the legislator in regulating the right of squeeze-out of the controlling shareholder is the realization of a corporate purpose rather than the elimination of the danger of dissolution of the company.

When the right of the controlling shareholder regulated under Article 208 of the TCC to expel the minority from the company is evaluated in terms of squeeze-out, it is understood that this right meets the squeeze-out concept in different legal systems. As stated in the preamble of Art. 208 of the TCC, it is seen that the reasons such as “*to put an end to the behaviors of the*

shareholders/shareholders, most of whom oppose the adoption and implementation of a decision for various personal reasons, which overwhelm and hinder the company, and to ensure peace within the company" are included. Therefore, as can be understood from both the provision and its preamble, acts that can be included in the category of just cause are sought as a condition for the exercise of the right to dismiss by controlling shareholders.

As a rule, the squeeze-out concept is not based on the concept of just cause, but on the concept of control. In this case, in order to distinguish the squeeze-out concept from other squeeze-out tools, it should be examined whether it is emphasized that the right belongs to the controlling shareholder. Although the squeeze-out right stipulated under Article 208 of the TCC does not fully meet the typical squeeze-out provisions in comparative law, since the concept of control is one of the starting points of the provision, the mere inclusion of a just cause does not necessitate the exclusion of the squeeze-out concept. The fact that the legislator used the expression "*right to purchase*" in Article 208 of the TCC to express squeeze-out in the legal sense is due to the fact that it is used as translated from the text of the proposal, as stated in the justification, and it is an expression that is terminologically incompatible with squeeze-out.

Key Words: Turkish Commercial Code, Squeeze-Out, Squeeze-Out Right, Just Cause.

GİRİŞ

Yabancı bir hukuk müessesesi olan ve genellikle farklı hukuk müesseselerinde squeeze-out olarak anılan hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nda da yansıma hükümleri bulunmaktadır. Söz konusu hükümlerin squeeze-out kavramı bakımından değerlendirilmesi için öncelikle çıkarma kavramının açıklanması gereklidir.

Çıkarma, bir ortağın ortaklık ilişkisinin onun rızası dışında sona erdirilmesi ve ortaklık sıfatının rızası olmadan tek taraflı olarak elinden alınması şeklinde tanımlanmaktadır¹. Çıkarma ile birlikte çıkarılan ortak ve şirket arasındaki hukuki ilişki sona ermekte ve ortağın şirketle olan bağı kesilmektedir.

Çıkarma kavramının tek ayırt edici unsuru olarak, ortağın ortaklık sıfatının rıza dışında sona erdirilmesi durumu kabul edildiğinde, her rıza dışı ortaklık ilişkisinin sona erdiği durumun çıkarma kavramına dahil edilmesi gereklidir. Bu nedenle bu unsur tek başına çıkarma kavramının açıklanması için yeterli değildir. Bu anlamda çıkarma kavramının belli kategorilere ayrılarak değerlendirilmesi gerekir.

¹ TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 290; YEŞİLTEPE, Salih Önder: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.53; KESKİN, Harun: Hâkim Pay Sahibinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 8; KARABABA, Serdar: Anonim Ortaklıkta Satın Alma ve Çıkarma Hakları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 140; MANAVGAT, Çağlar: "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı Sermaye Piyasası Hukukunda Yeni Yaklaşımlar", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1/2,2015, s. 95.

I. ÇIKARMA VE TÜRLERİ

Çıkarma kavramının ayırt edici unsurlarının belirlenmesi bakımından belirli kategorilere ayrılarak incelenmesi gereklidir. Çıkarma, müessesenin öngörülme amacına ve çıkarılan ortağa varması gerekli irade beyanının olup olmamasına göre çeşitli tasniflere tabi tutulmuştur². Bu doğrultuda dar anlamda-geniş anlamda çıkarma, doğrudan-dolaylı çıkarma ve teknik-teknik olmayan çıkarma yapılan tasniflerden birkaçıdır.

Dar anlamda çıkarma hakkı, yalnızca 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 27'de açıkça "çıkarma hakkı" ismiyle düzenlenen ve yalnızca düzenlemedeki şartların gerçekleşmesiyle ortaya çıkan hakkı ifade etmektedir. Geniş anlamda çıkarma hakkı ise, çatı kavram olarak kullanılmakta ve pay sahipliğinin pay sahibinin iradesi olmaksızın herhangi bir kanun hükmü çerçevesinde sona erdirildiği her durumu kapsamaktadır³.

Doğrudan çıkarmada, bir ortağın ortaklıktan çıkarılması doğrudan bu konuya ilişkin bir kanun ya da sözleşme hükmüne dayanmakta ve bu hükme göre yöneltilmiş bir irade beyanı ile gerçekleşmektedir. TTK'da doğrudan çıkarmanın gerçekleştiği birden çok düzenleme bulunmaktadır. Şöyle ki; TTK m. 141 doğrultusunda birleşen ortaklıklarda ayrılma akçesini öngören çıkarma hakkı, TTK m. 531 haklı sebeple fesih davası sonucu ortaklıktan çıkarılma, TTK m. 208 hâkim ortaklığın oy haklarında belirli bir eşiği aşması halinde ve haklı sebeple azınlığın paylarını satın alma hakkı ve azınlığı ortaklıktan çıkarma hakkı TTK'da bulunan birkaç düzenlemedir⁴.

Dolaylı çıkarmada ise amaç ortağın ortaklıktan çıkarılmasını sağlamak olmayıp; bazı kurumlar aracılığıyla ortakların ortaklıktan çıkarılmasıdır. Şöyle ki, bazı durumlarda ortaklıkta belirli oy ya da sermaye çoğunluğunu elinde bulunduran ortaklar kanunda yer alan bir hukuki müesseseyi diğer ortağı ortaklıktan çıkarmak amacıyla kullanır. Bu doğrultuda ortaklık varlıklarının toptan satışı ile fesih ve tasfiye durumunda, hâkim pay söz konusu müesseseler sayesinde bazı pay sahiplerini ortaklıktan çıkarmak yönünde saklı bir amaca sahip olabilmektedir⁵.

Teknik- teknik olmayan çıkarma ayırımında belirleyici olan hareket noktalarından biri, çıkarılan ortağa varması gerekli bir irade beyanının olup olmadığıdır. Buna göre çıkarmadan söz edebilmek için çıkarılmak istenen ortağa varması gerekli bir irade beyanının varlığı gereklidir⁶. Söz konusu irade beyanı genel olarak çıkarılan ortağa şirket tarafından ortağın çıkarılması yönünde alınan bir karar ya da mahkeme aracılığıyla yöneltilen bir beyan şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Teknik-teknik olmayan çıkarma ayırımından bir diğer önemli belirleyici husus ise müessesenin öngörülme amacıdır. Nitekim çıkarmanın benzer müesseselerde ayırt edilmesi için öncelikle temelinde bir sebep barındırması gereklidir. Bir başka deyişle, kanun koyucunun düzenlemedik amacı, ortağa ya

² KESKİN, s.10.

³ PALANDUZ, Seda: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan Çıkarma Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 14; KESKİN, s. 22.

⁴ ÇELİK, Aytekin: Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 84.

⁵ KESKİN, s. 42.

⁶ KESKİN, s. 11.

da şirkete, bir ortağın şirketle olan ilişkisini sona erdirmek bakımından bir hak tanımak değilse bu durumda teknik anlamda çıkarmadan söz edilemez⁷.

Teknik anlamda çıkarma müesseselerinin temelinde barındırdığı sebebe göre ise haklı sebep temelli ve hâkimiyet temelli olarak bir ayırım ortaya çıkmaktadır. Türk hukukunda teknik anlamda çıkarma düzenlemelerinin çoğunun temelinde haklı sebep bulunmaktadır ve genel olarak şirketin feshi ile bağlantılı olarak düzenlenmektedir⁸. Nitekim özellikle şahıs şirketlerinde ortakların şahsından kaynaklanan bir haklı sebebin varlığı durumunda şirketin feshi söz konusu olacaksa, o ortağın şirketten çıkarılabileceği düzenlenmektedir. Bu hüküm kolektif şirketlerde ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin genel çıkarma sebebi olarak TTK m. 255 uyarınca *“Bir ortağın kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı şirketin feshinin istenebileceği durumlarda, diğer ortakların tümü o ortağın şirketten çıkarılmasına ve şirketin devamına karar verebilir.”* olarak düzenlenmektedir.

Sermaye şirketlerinde ise haklı sebeple çıkarma sistemi limited şirketlerde şahıs şirketlerine benzer olarak TTK m.640/3'te düzenlenmiştir⁹. Düzenlemedeki amaç şahıs şirketlerinde olduğu gibi, ortağın şahsından kaynaklanan kişisel sebeplerle şirketin işletme konusunun elde edilmesinin imkânsız hale gelmesi ya da tehlikeye düşmesinin engellenmesidir. Anonim şirketlere ilişkin hükümlerde çıkarmayla bağlantılı olarak haklı sebep kavramı yalnızca TTK m.531 uyarınca haklı sebeple fesih davasında düzenlenmiş olan davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmaları ve şirkette nitelikli bir hâkimiyet sağlayan pay sahibinin haklı sebeplerle azınlık pay sahiplerini şirketten çıkarma hakkında yer almaktadır. Hâkimiyet temeline dayanan çıkarmada ise, klasik anlamda çıkarma düzenlemelerinin temelinde yer alan haklı sebep olgusundan farklı olarak, hâkimiyet olgusu yer almaktadır. Bu temeli esas alan ve yeni bir çıkarma türü sayılan hâkim pay sahibinin çıkarma hakkı (squeeze-out), kullanım koşulları bakımından herhangi bir haklı sebebe dayanmayan ve şirkette nitelikli bir hâkimiyete sahip olan ortaklara azınlık pay sahiplerini adil bir bedel karşılığında şirketten çıkarma imkânı vermektedir¹⁰. Bu doğrultuda squeeze-out kavramına değinilmesi gereklidir.

II. Haklı Sebep Barındırmayan Çıkarma Türü Olarak Squeeze-Out

A.Tanım

Haklı sebep temeline dayanan çıkarma dışında, hâkimiyet kavramı etrafında şekillenen ve hâkimiyet kavramı etrafında şekillenen ve yabancı hukukta squeeze-out olarak adlandırılan çıkarma türü de kendini hukuku düzeninde göstermeye başlamıştır. Bu yönüyle kavram, AB hukukunda, nitelikli sermaye/oy çoğunluğuna sahip olan hâkim pay sahibi tarafından kullanılabilen ve azınlık pay sahiplerinin şirketle olan ortaklık ilişkisini sona erdiren bir hak olarak ortaya çıkmıştır¹¹.

⁷ KESKİN, s.10.

⁸ ÇELİK, s. 82.

⁹ TTK m. 640/3: *“Şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılması hâli saklıdır.”*

¹⁰ KARABABA, s. 158.

¹¹ ÇELİK, s. 158; YEŞİLTEPE, s. 153.

Squeeze-out, kullanım koşulları bakımından herhangi bir sebebe dayanmayan bir haktır. Nitekim hakkın kullanılması için, azınlık pay sahiplerinin haklarını kötüye kullanması ya da şirket menfaatini tehlikeye düşürmesi gibi bir şart gerekmemektedir. Dolayısıyla burada kastedilen esasında hâkimiyet olgusuna dayanan bir çıkarma hakkıdır.

Haklı sebeple çıkarma düzenlemelerinin temelinde var olan ortakların kişiliğinden kaynaklanan sebeplerden dolayı şirketin sona ermesinin engellenmesi amacı hâkimiyete temelli çıkarmada yerini kurumsal nitelikteki bir amaca bırakmaktadır¹².

B.Kuramsal Amaç

Haklı sebeple çıkarma kurumunda, çıkarmanın temelinde ortağın şahsından kaynaklanan haklı sebepler yer almaktadır. Bu sebeplerin TTK m. 245'te belirtildiği üzere şirketin amacını imkânsızlaştırması, tehlikeye düşürmesi veya şirketin devamının ortaklar bakımından objektif olarak çekilmez hale gelmiş olmasına yol açması gereklidir¹³. O halde haklı sebeple çıkarma kurumunun temelinde yatan amaç; haklı sebep şahsında ortaya çıkan ortağın şirketten çıkarılarak şirketin devamının sağlanmasıdır.

Hâkim pay sahibinin çıkarma hakkı bakımından ise düzenlemelerinden temelinde yatan haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bu düzenlemeler temelinde işletmeyle ilgili kurumsal bir amaç barındırmaktadır. Kuramsal amaç, hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının düzenlendiği şirketler topluluğu hukuku, pay alım teklifleri hukuku ve birleşme hukuku alanları ile ilgilidir. Söz konusu alanlar temelinde düşünüldüğünde şirketin tek elden yönetimi, pay alım teklifleri konusunda cesaretlendirme, şirketi borsa kotundan çıkarma ya da şirketi halka kapalı hale getirme, azınlığın varlığı dolayısıyla sahip olduğu masrafları ortadan kaldırma gibi hususlar, hâkimiyet temelli çıkarmanın temelinde yer alan amaçlardır. Tüm bu amaçların hepsinde ise ekonomik bir gerekçe bulunmaktadır. Nitekim şirket mevcut birtakım masraflardan ya da ortaklar arasındaki menfaat ihtilaflarından kurtarılarak daha etkin bir şekilde yönetimini tesis etmek ekonomik gerekçeyi oluşturmaktadır¹⁴. Nitekim çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasındaki ihtilaflar nedeniyle, azınlık pay sahiplerinin haklarını kötüye kullanmaları söz konusu olacak ve karar ve yönetim organlarının çalışması engellenecektir. Özellikle pay sahiplerinin kişisel menfaat sağlamak amacıyla şirket genel kurul kararları aleyhine açmış oldukları iptal davaları, kararların icra edilememesi nedeniyle şirketin zarar uğramasına neden olmaktadır. Zira bu nedenle gereksiz zaman, emek ve ekonomik kaybı ortaya çıkaran harcamalar oluşmaktadır¹⁵. Sözü edilen bu masraf kalemleri ise şirkete önemli bir maliyet yükleyip etkin yönetim anlayışını sektöre uğratmaktadır.

Çalışmanın devamında bahsedileceği üzere, squeeze-out kurumunun Türk hukukundaki yansımaları olan TTK m. 141 birleşmeye ilişkin hükmün gerekçesinde amaç, *“arzu edilmeyen, devamlı sorun çıkaran azınlığı ve ortağı, ayrılma akçesini ödeyerek şirketten çıkarma hakkını büyük çoğunluğa*

¹² KESKİN, s. 98.

¹³ TTK m. 245: *“Haklı sebep, şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olmasıdır”*.

¹⁴ SEKMEN, Orhan: *“Şirketler Hukukunda TTK m. 208 Hükmü İle Hâkim Şirkete Tanınan Satın Alma Hakkı”*, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 197/16, 2021, s. 40.

¹⁵ SEKMEN, s.40; YEŞİLTEPE, s. 154.

verilmesi”, TTK m. 208 şirketler topluluğuna ilişkin hükmün gerekçesinde, “... bir kararın alınıp uygulanmasına çoğu kişisel çeşitli sebeplerle karşı çıkan ortakların/paysahiplerinin şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip şirket içi barışı sağlamak” ve SerPK m.27 pay alım teklifine ilişkin hükmün gerekçesinde ise, “pay alım teklifi sonucunda başarıya ulaşan kişi ya da grubun, şirketin yapısını değiştirmek, şirketi halka kapatmak gibi” amaçlardan bahsedilmiştir. Görüldüğü üzere kurumsal amacın en net şekilde açıklandığı yer SerPK m.27 hüküm gerekçesidir. TTK m. 208 hüküm gerekçesinde yer alan fiiller hukuki nitelik olarak, haklı sebep kategorisine dahil edilse de, yine gerekçede belirtilen “şirket içi barışı sağlamak”, şirketin etkin yönetimine önemli ölçüde katkı sağlayacak bir husustur ve kurumsal bir amacı nitelediği söylenebilir¹⁶.

III. Türk Hukukunda Squeeze-Out Müessesesi

Yabancı hukukta squeeze-out olarak anılan hâkim pay sahibinin ortaklıktan çıkarma hakkı, Türk hukuku müessesesi, şirket birleşmelerine dair hukuk, şirketler topluluğu hukuku ve pay alım tekliflerine ilişkin hukuk içerisinde düzenlenmiştir. Buna göre, TTK’ da 208. maddede düzenlenen bir şirketin tamamına yakının ele geçirilmesi halinde söz konusu olan hâkim pay sahibinin çıkarma hakkı satın alma hakkı başlığıyla, TTK m. 141/2’ de düzenlenen ve şirketlerin birleşmesi halinde söz konusu olan ortaklıktan çıkarma hakkı ve SerPK m. 27’de düzenlenen ortaklıktan çıkarma ve satma hakkı, squeeze-out müessesesiyle bağlantılı hükümlerdir¹⁷. Bu noktada belirtmek gerekir ki, söz konusu hükümlerin tümü hukuki anlamda çıkarmaya ilişkindir. Nitekim hâkim pay sahibine tanınmış kanuni bir hak vardır ve belli şartlar halinde hâkim pay sahibi azınlık pay sahibini şirketten çıkarabilmektedir.

TTK’ da düzenlenen ve hâkim pay sahibinin çıkarma hakkına ilişkin TTK m. 208 ve TTK m. 141/2 hükmü TTK’nın ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümleri arasında düzenlenmektedir ve bütün ticaret şirketleri açısından uygulanabilirliği mümkündür. Bu doğrultuda hükümlerin sermaye şirketlerinden olan anonim şirket modeli düşünülerek öngörüldüğü kabul edilmiştir¹⁸. Buna dayalı olarak da “*anonim şirkette çıkarılma yoktur*” yönündeki düşünceden hareketle TTK m. 141 ve TTK m. 208 hükümleri birçok yazar tarafından squeeze-out düzenlemelerinin dışında tutup, squeeze-out’a benzer müessese olarak sınıflandırılmıştır¹⁹. Söz konusu düşünce uyarınca, Türk hukukunda sayılan hükümlerin uygulanma şartları ve usule ilişkin farklılıklar, squeeze-out olarak adlandırılan hakkın temelleri, niteliği ve genel görünümü ile örtüşmesine engel olmaktadır. Aynı görüş uyarınca ise SerPK m. 27’de düzenlenen hakkın ise madde başlığı ve hakkın kullanım şartları bakımından tam olarak squeeze-out müessesesinin bir karşılığı olarak düzenlenen hak olarak kabul edilmektedir²⁰.

Sözü edilen bu hükümler, hakkın kullanımına ilişkin şartlar ve usul bakımından birçok farklılıklar içeriyor olsa da, hükümler hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının farklı görünüm biçimlerini

¹⁶ KESKİN, s.175.

¹⁷ ÇELİK, s. 183.

¹⁸ KESKİN, s.76.

¹⁹ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, Vedat Kitapçılık İstanbul 2019, s.809; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.181; KARABABA, s. 159; ÇELİK, s. 218; SEKMEN, s.89.

²⁰ KARABABA, s. 159; ÇELİK, s. 50; SEKMEN, s. 89.

düzenlemektedir²¹. Gerçekten de düzenlemelerin tümünün çıkış noktası hâkimiyet olup, her biri pay sahibine tanınmış çıkarma hakkını düzenlemektedir. Kanun koyucu squeeze-out'u ifade etmek üzere TTK m. 208 satın alma hakkı, TTK m. 141/2 azınlığı şirketten çıkarmaya yönelik birleşme ve SerPK m. 27 ortaklıktan çıkarma hakkı adı altında farklı hukuki terimler kullansa da, neticede hepsi birer hâkim pay sahibinin çıkarma hakkını nitelemektedir²².

Çalışma konumuz TTK m. 208'in squeeze-out müessesesi bakımından değerlendirilmesi olduğundan, TTK m. 208 hükmünün incelenmesi gerekmektedir.

A.TTK m.208 Bağlamında “Squeeze-Out” Müessesesi

TTK m. 208 hükmü uyarınca bağlı ortaklığa mensup azınlık pay sahiplerinin haklarını kötüye kullanmak suretiyle, hâkim veya bağlı ortaklığın işleyişini engelleyecek davranışlarda bulunması halinde, hâkim ortaklığa azınlık pay sahiplerinin paylarını satın alarak ortaklıktan çıkarma hakkı verilmiştir. Buna göre satın alma hakkı başlığı altında düzenlenen çıkarma hakkı, *“Hâkim şirket, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahipse, azlık şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa, hâkim şirket azlığın paylarını varsa borsa değeri, yoksa 202 nci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen şekilde belirlenen değer ile satın alabilir”* şeklinde tanımlanmıştır. O halde Türk hukukunda satın alma hakkı, doğrudan veya dolaylı olarak hedef şirketin payları ve oy haklarının asgari %90'ına sahip olan hâkim şirkete, şirket ve çoğunluk menfaatlerini ihlal eden boyutta azınlıktan kaynaklanan haklı bir sebebin ortaya çıkması halinde, azınlığın payların satın alabilme imkânını tanıyan kanuni, süreye bağlı olmayan seçimlik ve yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanmaktadır. Hükümden anlaşılacağı üzere, düzenleme hem hâkimiyet hem haklı sebep temelli bir çıkarma hakkını konu almaktadır.

TTK m. 208 düzenlemesi çıkarma hakkını belirli koşulların varlığına tabi kılarak şarta bağlı bir hak olarak öngörmüştür. Keza hakkın doğumu ve kullanımı *“azlığın şirketin çalışmasını engellemesi, dürüstlük kurallarına aykırı davranması veya fark edilir sıkıntı yaratması ya da pervasızca hareket etmesi”* koşullarından birinin varlığına bağlanmıştır²³.

Bu doğrultuda hâkim pay sahibinin çıkarma hakkını kullanabilmesi için ulaşılmaması gereken eşik hem sermaye hem oy hakkı göz önünde bulundurularak hesaplanır. Bu halde sadece sermaye veya oy hakkı bakımından eşğin sağlanmış olması, mahkemeden çıkarma talebinde bulunmak için yeterli görülmemiştir²⁴. Bu doğrultuda TTK m. 208 uyarınca çıkarma hakkı, sadece zor duruma sokan davranışları ile ortaklığın çalışmalarını engelleyen azınlık pay sahipleri açısından kullanılabilir.

²¹ KESKİN, s.111.

²² KESKİN, s.112; POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık İstanbul 2019, s. 146.

²³ KARABABA, s. 169; YEŞİLTEPE, s. 170.

²⁴ KARABABA, s. 158; SEKMEN, s. 50.

TTK m. 208 hükmünün kullanım şartları ve usule ilişkin hususlar bakımından değerlendirilmesi ve squeeze-out müessesesinden ayrılan noktalarının tespitinin yapılması gereklidir.

B. Değerlendirme

a. Madde Kenar Başlığı Hususu

TTK m. 208 hükmünün squeeze-out bakımından değerlendirilmesi gereken ilk hususu hükmün madde kenar başlığıdır. TTK'nın "Ticaret Şirketleri" ne ilişkin ikinci kitabının "Genel Hükümler" kısmında "Şirketler Topluluğu" başlığı altında yer alan TTK m. 208 hükmü isabetsiz bir şekilde "*satın alma hakkı*" madde kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak benzer yanlarının bulunmasına karşın squeeze-out kurumunun yansması olarak ifade edilen haklı sebeple ortaklıktan çıkarma hakkının hukuken satın alma hakkı ile aynı müesseseler olmadığını belirtmek gereklidir²⁵. Nitekim satın alma hakkı terimsel olarak tercih edildiğinde, hâkim ortak ile azınlık pay sahibi arasında bir satım sözleşmesinin kurulması gerektiği ve buna istinaden azınlığın ortaklıktan çıkarılmasının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak burada tarafların aralarında bir satın sözleşmesi kurulmamaktadır. Azınlığın ortaklıktan çıkarılmasına yönelmiş olan bu hakkı niteleyen temel öge payların satın alınmasıdır. Bu nedenle belirteceğimiz üzere her ne kadar atipik özellikler gösterse de, TTK m. 208 hükmü bir squeeze-out müessesesini yansıtan bir çıkarma hakkıdır ve madde kenar başlığının başlıkta çıkarma hakkı olarak benimsenmesi isabetli olacaktır.

Satın alma hakkı teriminin madde kenar başlığı olarak kullanılmasının sebebi ise doğrudan çeviriden kaynaklıdır. Nitekim hüküm gerekçesinde bu madde ele alınırken, Forum Europeum'un konzern hukukuna ilişkin öneri metninden esinlendiği ifade edilmektedir. Gerçekten de anılan düzenleme, gerekçelerini AB hukukundan; metnini ise kısmen İsviçre, kısmen de AB hukukundan alan karma bir yapı sergilemektedir. Buna dayalı olarak hem kanun lafzı düzenleme gerekçeleri ile örtüşmemekte hem de madde başlığında yanıltıcı bir ifade kullanılmaktadır²⁶.

b. Hakkın Kullanılmasına İlişkin Esaslar

TTK m. 208 hükmünün gerekçesinde AB üyesi ülkelerde tanınan squeeze-out müessesesinin örnek olarak alındığının ifade edilmesine rağmen, hakkın niteliği ve genel görünümü ile benzeşmediği noktalar bulunmaktadır. Hakkın uygulanmasına yönelik şartlar ve usule ilişkin esaslar squeeze-out müessesesinden birçok yönde ayrılmaktadır.

TTK m. 208 hükmü hâkimiyet temelli bir düzenleme olup, squeeze-outtan farklı olarak, hâkim konumuna erişebilmek için pay alım teklifinin yapılmasını şart koşmamıştır. Başka bir deyişle hükümden belirtilen sermaye ve oy haklarına ilişkin eşğin pay alım teklifi ve başka herhangi bir şekilde aşılması,

²⁵ KESKİN, s.113; YEŞİLTEPE, s. 157.

²⁶ KARABABA, s. 50.

çıkarma hakkının doğması için yeterlidir²⁷. Ancak AB Direktifi ve birçok ülke mevzuatlarında Direktifle uyumlu olarak satın alma hakkı, pay alım teklifine bağlanmıştır.

TTK m. 208 hükmünde hakkın kullanım şekline dair, mahkeme aracılığıyla ya da tek taraflı irade beyanıyla olduğuna dair açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum öğretide haklı olarak eleştirilmiş ve düzenleme olmamasının bilinçli bir tercih olmadığı ve kanun koyucu tarafından unutulduğu belirtilmiştir. Bu nedenle satın alma hakkının kullanılmasının mahkeme aracılığıyla yapılması gerektiği ileri sürülmüştür²⁸. Zira hakkın kullanımı ön şart olarak bazı hususların gerçekleştirilmesine bağlı olduğundan, bunların varlığı ve ispatı ancak bir mahkemede dava yoluyla araştırılabilecektir. Squeeze-out müessesesinde ise tek taraflı irade ile çıkarma hakkı kullanılmakta ve bir genel kurul kararına ya da bir mahkeme kararına gerek duyulmamaktadır.

TTK m. 208 hükmünün squeeze-out temelinde değerlendirilmesi gereken ayırt edici husus ise hükümde bazı fiillerin varlığının şart olarak aranmasıdır.

c. Haklı Sebeplerin Varlığı Şartı

TTK m.208 hükmünde çıkarma hakkının kullanılabilmesi için yer alan ve azınlık pay sahiplerine yüklenen “şirketin çalışmasının engellenmesi, dürüstlük kuralına aykırı davranılması, fark edilir sıkıntı yaratılması veya pervasızca hareket etme” fiillerin haklı sebep teşkil edip etmediğinin belirlenmesi gereklidir.

Haklı sebep kavramı sürekli hukuki ilişkilerin sona erdirilmesi için benimsenen bir hukuki gerekçedir²⁹. Nitekim sürekli hukuki ilişkilerde zamanla ilişkinin tarafları arasında çitak çatışmalarının ortaya çıkması olasıdır. Bu nedenle ilişkinin sürdürülmesi taraflar açısından çekilmez olduğu hallerde haklı neden, sürekli olarak devam edecek olan bu ilişkilerin sona erdirilmesi bakımından önemli ve geçerli bir hukuki sebeptir. Borçlar hukuku kapsamında ortaya çıkan bu geçerli neden, aynı gerekçelerle ortaklıklar hukukunda da ilişkilerin sona erdirilmesi bakımından önemli bir sebep olmuştur. Nitekim sermaye şirketlerine hakim olan ilkelerden çoğunluk ilkesi³⁰ gereğince çoğunluk pay sahipleri ve azınlık pay sahipleri arasında menfaat ihtilafları ortaya çıkmaktadır³¹. Zira hüküm temelinde de değerlendirdiğinde zamanla çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasında ortaya çıkan menfaat ihtilafları,

²⁷ KAYA, Barış: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 38; KAYA, Mustafa İsmail: “Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1-2,2007, s. 328.

²⁸ ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 179; KARAHAN, Sami / BOZGEYİK, Hayri: Şirketler Hukuku, Mimoza Yayınevi, Konya 2015, s. 159.

²⁹ SEKMEN, s.68.

³⁰ Çoğunluk ilkesi, anonim ortaklığın idaresinin, çoğunluk pay sahibi kişi veya kişilerin tekelinde bulunmasıdır. Başka bir deyişle, yönetimin kural olarak sahip olunan sermayenin büyüklüğüne göre belirlenmesine “çoğunluk ilkesi” denmektedir. Bu halde pay sahipleri anonim ortaklıktaki haklarından, oransallık ilkesi gereğince, sahip oldukları sermaye oranına göre faydalanabilmektedirler. KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s. 118.

³¹ BURKART, Mike / Fausto PANUNZI: “Mandatory Bids, Squeeze-Out, Sell-Out And The Dynamics Of The Tender Offer Process”, June 2003, https://Papers.Ssrn.Com/Sol3/Papers.Cfm?Abstract_id=420940, s.17 vd.

azınlık pay sahiplerinin kendisinden kaynaklanan kişisel sebeplerle birtakım olumsuz davranış sergilemesine yol açacaktır. Buna bağlı olarak da şirketin amacının gerçekleşmesi ya da şirketin işleyişinin devamı imkânsız hale gelecektir. Tam bu noktada haklı neden kavramı devreye girecektir.

Haklı sebep kavramı, somut olayın özelliklerine göre ve hukuki ilişkinin niteliğine göre farklı yorumlara tabi tutulabilen ve hâkimin takdir yetkisini kullanmasını gerektiren bir kavramdır. Bu anlamda bir durumun haklı sebep teşkil edebilmesi için ortağın şahsından kaynaklanan bir sebebin ortaklığın devamını imkânsız kılması veya çekilmez derecede güçleştirmesi gereklidir³². O halde haklı sebep, nisbi nitelik arz eden bir kavram olup, somut olayın şartları içinde değerlendirilerek tespit edilmesi gereken bir durumdur.

TTK m. 208' de sayılan fiiller bakımından değerlendirildiğinde, hükümde açıkça haklı sebep kavramından bahsedilmemektedir. Ancak hükümde sayılan hallerin, haklı sebebin içeriği belli olmayan, soyut ve takdire bağlı özelliğiyle haklı sebep kategorisine dahil edilmesi mümkün olacaktır³³. Zira pervasızca hareket etmek, fark edilir sıkıntı yaratmak ya da şirketin çalışmasını engellemek ile kastedilenin ne olduğu açık olmayan, hâkimin takdir yetkisinin kullanarak anlamlandırılması gereken fiillerdir. Söz konusu olumsuz eylemler, ortağın şahsından kaynaklanan ya da onun sebep olduğu eylemlerle bağlantılı olarak ortaya çıkan ve ortaklığın devamını çekilmez derecede güçleştiren haklı sebeplerdir³⁴. Buna bağlı olarak sayılan eylemler örnek niteliğinde olmayıp, hepsi somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından içi doldurulacak çerçeve düzenlemelerdir. Hüküm uyarınca hakim pay sahibinin çıkarma hakkını kullanması için sayılan çerçeve düzenlemelerden birine dahil edilebilen bir davranışın gerçekleşmesi yeterli olacaktır.

Söz konusu davranışın ise süreklilik arz etmesi gerekmemekte, içinde haklı sebebi barındırması yeterli kabul edilecektir. Aynı zamanda haklı sebep teşkil eden davranışın bir zarar ortaya çıkarması zorunlu değildir, zarar amacının bulunması durumunda da haklı sebep doğmuş olacaktır³⁵.

Olumsuz davranışların, azınlığın şirketten çıkarılmasına neden olacak düzeyde olup olmadığına ise mahkeme karar verecektir. Bu davranış oranının tespitinde mahkemelerin belirleyeceği sınır, düzenlemenin uygulanırılığı açısından önemli bir husustur. Mahkeme tarafından azınlık pay sahiplerinin davranışlarının şirket işleyişini önemli düzeyde kilitlemesi şartının aranması durumunda, düzenlemenin uygulama bulması mümkün olmayacaktır³⁶.

TTK m. 208'in gerekçesinde bir squeeze-out düzenlemesi sayılan ve metinde de aynı şekilde müessesenin özüne aykırı olarak, amacın *"bir şirketin sermayesinin ve oy haklarının yüzde doksanbeşinin uygun gördüğü bir kararın alınıp uygulanmasına çoğu kişisel çeşitli sebeplerle karşı çıkan ortakların/paysahiplerinin şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip şirket içi barışı*

³² KARABABA, s. 173; SEKMEN, s. 69.

³³ KESKİN, s. 175.

³⁴ SEKMEN, s. 69.

³⁵ YEŞİLTEPE, Salih Önder: AB ve Türk Hukukunda Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanması, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.

³⁶ AKIN, İrfan: "TTK m.208 Kapsamında Anonim Şirketlerde Azınlığın Ortaklıktan Çıkarılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/1-2,2013, s. 15.

sağlamak” olduğundan bahsedilmiştir. Bu halde gerekçede belirtilen söz konusu fiillerin de mahiyeti itibariyle haklı sebep kategorisine dahil edilebilecek fiilleri çağrıştırdığı söylenebilir.

Bu durumda yabancı hukukta squeeze-out düzenlemesinin, işletmenin sevk ve idaresinin basitleştirmesine hizmet edeceği ve bu yolla büyük pay sahibinin inisiyatifinde olan işletmenin gelişmesinin tam güç kazanacağı ve uzun süren davalardan kaçınılmış olacağı belirtilmekle birlikte, kurumun Türk hukukundaki yansımalarından biri olan TTK m. 208’ de azınlığın daha önce dava açmak ya da benzeri davranışlarla şirketin çalışmasını engellemek gibi kötü niyetli davranışları haklı sebep teşkil edecek nitelikte ön şart olduğundan, söz konusu davranışlar gerçekleşmeden payların cebren satın alınması mümkün olmayacaktır³⁷.

Squeeze-out müessesesinde ise, çeşitli hukuk sistemlerindeki örneklere bakıldığında kanun koyucular özel bir amaçtan hareketle, herhangi bir haklı ya da önemli sebep gösterilmesine gerek olmaksızın kullanılabilen bir çıkarma türü oluşturmuştur. Sebepsiz bir çıkarma türü olarak squeeze-outta, azınlık pay sahiplerinin haklarını kötüye kullanıcı davranışlarda bulunmasına ya da menfaat ihtilaflarının ortaya çıkmasına gerek yoktur³⁸. Nitekim haklı sebeple çıkarma düzenlemelerinin gerekçesini oluşturan ortakların şahsından kaynaklanan sebeplerle şirketin sona ermesinin engellemesi yerine kuramsal amaçlar öne çıkmaktadır. Bünyesinden barındırdığı haklı sebepler nedeniyle TTK m. 208 hükmü, squeeze-out müessesesiyle ne ölçüde bağdaştığı sorgulanır hale gelmiştir.

SONUÇ

Ortaklıklar hukukunda şirketlerin önemli sorununu oluşturan çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasındaki menfaat ihtilaflarına çözüm yollarından biri olarak kanun koyucu hâkim pay sahibinin çıkarma hakkını kabul etmiş ve AB üyesi ülkelerin hukuk sisteminde yer bulan squeeze-out müessesesi olarak TTK M. 208 hükmünü kabul etmiştir.

TTK m. 208 hükmünün gerekçesinde her ne kadar mehzaz olarak AB ve ilgili bazı ülke mevzuatlarında yer bulan “squeeze-out right” müessesesinin kabul edilmesinin uygun olduğu belirtilse de, gerekçe ve mehzazdan oldukça farklı bir düzenleme olarak TTK m. 208 hükmü kabul edilmiştir.

TTK m. 208 hükmünün gerekçe ve mehzazdan en önemli farklılığı haklı neden niteliğinde fiillerin şart olarak aranmasıdır.

Tüm bu hususlara istinaden, düzenlemenin squeeze-out kurumunun amacına uygun olarak etkin bir şekilde kullanılması için azınlık pay sahipleri için öngörülen haklı sebep mahiyetinde şartların kaldırılması uygun olacaktır. Nitekim TTK Tasarısının m. 208 hükmüne dair SPK tarafından verilen görüşte de, squeeze-out olarak yer alan satın alma hakkı ile haklı sebeple ortaklıktan çıkarma müesseselerinin iç içe düzenlenmemesi gerektiği, azınlık haklarını kullanmak isteyen pay sahiplerinin şirketi ızzar ettikleri gerekçesiyle ortaklıktan çıkarılma tehlikesi ile karşı karşıya kalınacağı, bunun ise pay sahipliği haklarının kullanılmasına engel oluşturacak nitelikte olduğu ve satın alma hakkının azınlık

³⁷ PULAŞLI, s. 188.

³⁸ ÇELİK, s. 232.

pay sahiplerinin haklı bir sebebe dayanmadan pay alım teklifinin kapsamında düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir³⁹.

Gerçekten de TTK m. 208’de bizzat kanun koyucu tarafından aranan haklı sebep şartı, bu bakımdan müessesenin ruhuna ve yapısına aykırı düşmektedir. Kuramsal bir amacın ön planda tutulmuş olduğu squeeze-out düzenlemelerinde haklı sebep şartına yer verilmemesi gereklidir.

Buna rağmen söylememiz gerekir ki, squeeze-out müessesesinin çıkış noktasında hâkimiyet kavramı yer almakta olup, hakkın kullanımına ilişkin şartlarda farklılık olması, TTK m. 208 düzenlemesinin squeeze-out’un bir türü olan çıkarma hakkı olduğu gerçeğini değiştirmemelidir. Zira squeeze-out, esasında kural olarak haklı sebep kavramı üzerinde değil, hâkimiyet kavramı üzerine inşa edilmiş bir çıkarma aracıdır. TTK m. 208hükmünde bir hâkimiyet oranına ulaşılmasının aranması bile, hükmü squeeze -out müessesesinin içinde değerlendirilmesine yeterlidir.

Tüm bunlara ek olarak, gerekçede belirtilen şirketin bunaltılması ya da engellenmesi fiillerine son verip şirket içi barışı sağlamak amaçlarının, kurumsal bir amaç niteliğinde sayılıp squeeze-out ile dolaylı bir bağlantısının da olduğunu göstermektedir⁴⁰. O halde bu hakkın, squeeze out müessesesinin tamamıyla dışında tutulmaması ve squeeze-out müessesesinin farklı bir görünüm biçimi olduğu sonucuna varılması gereklidir.

KAYNAKÇA

AKIN, İrfan: “TTK m.208 Kapsamında Anonim Şirketlerde Azınlığın Ortaklıktan Çıkarılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/1-2,2013, 1-20.

ASLAN, Ayşegül: “Hâkim Ortağın Azınlık Paylarını Satın Alma Hakkı”, *Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü*, Ankara 2005.

ÇELİK, Aytekin: *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

KARABABA, Serdar: *Anonim Ortaklıkta Satın Alma ve Çıkarma Hakları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

KARAHAN, Sami / BOZGEYİK, Hayri: *Şirketler Hukuku*, Mimoza Yayınevi, Konya 2015.

KAYA, Barış: *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul 2018.

KAYA, Mustafa İsmail: “Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1-2,2007, 307-332.

KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları*, Ankara 2013.

³⁹ ASLAN, Ayşegül: “Hâkim Ortağın Azınlık Paylarını Satın Alma Hakkı”, *Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü*, Ankara 2005, s. 34

⁴⁰ KESKİN, s. 111.

KESKİN, Harun: Hâkim Pay Sahibinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.

MANAVGAT, Çağlar: “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı Sermaye Piyasası Hukukunda Yeni Yaklaşımlar”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1/2,2015, 93-106.

PALANDUZ, Seda: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan Çıkarma Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.

POROY, Reha, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık İstanbul 2019.

POROY, Reha, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar Hukuku II, Vedat Kitapçılık İstanbul 2019.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

SEKMEN, Orhan: “Şirketler Hukukunda TTK m. 208 Hükmü İle Hâkim Şirkete Tanınan Satın Alma Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 197/16, 2021, 29-93.

ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

YEŞİLTEPE, Salih Önder: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

YEŞİLTEPE, Salih Önder: AB ve Türk Hukukunda Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanması, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.

DİŞ HEKİMLERİNİN REKLAM YASAĞI, BİLGİLENDİRME VE TANITIM FAALİYETLERİ
ADVERTISING BAN, INFORMATION AND PROMOTIONAL ACTIVITIES OF DENTISTS

Şevval KAYNAKLI *

ÖZET

Dış hekimî sayısının her geçen gün çoğalmasıyla birlikte, dış hekimleri arasındaki rekabet de giderek artmaktadır. Yeteneğini sergileme isteği veya kazanç yarışı gibi sebeplerle tanınırlıklarını arttırmak isteyen dış hekimleri, bu kapsamda çeşitli tanıtım ve reklam faaliyetlerinde bulunmaktadır. Oysaki sağlık sektörünün diğer sektörlerden farklı yapılanmaya, işleyişe, korumaya, düzenlemelere tabi olması, ciddiyeti ve toplumsal önem taşıması nedeniyle devlet; reklamların istismarını ortadan kaldırmak amacıyla sağlık alanında reklamı yasaklamıştır. Bilgilendirme ve tanıtımlara ise çeşitli kanun, tüzük, yönetmelik ve etik kurallarla kısıtlamalar getirmiştir. Bu yasak ve sınırlamalara ilişkin olarak 29.7.2023 tarihinde Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

Reklam Kurulu ve meslek odaları çeşitli mevzuatlara dayanarak reklam yasağı kapsamında denetim yapmaktadır. Yönetmelikte sağlık hizmet sunumunda örtülü veya açık reklam yapılması ve yaptırılması yasaklanmış ancak, bazı şartlara uyulması kaydıyla tanıtım ve bilgilendirme yapılabileceği düzenlenmiştir. İlgili Yönetmeliğın 4/d maddesinde reklam; herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen ticari amaçlı pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular olarak tanımlanmaktadır. Tanıtım ve bilgilendirme faaliyeti ise, mesleki ve akademik ünvanı ile ana dal ve yan dal uzmanlıkları, muayene gün ve saatleri, hasta kabul ettiği zaman ve mahal bilgisini ve sunmaya yetkili oldukları sağlık hizmetiyle ilgili sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikteki bilgileri içeren; yanıltıcı ve aldatıcı olmayan, insan sağlığını tehlikeye düşürmeyen, talep ve haksız rekabet ortamı yaratmayan ve reklam tanımı kapsamına girmeyen faaliyetlerdir.

Dış hekimleri Yönetmeliğe uygun şekilde mesleği tanıtılabilir, koruyucu ve tedavi edici ağız ve dış sağlığı konularında halkı bilgilendirebilir. Dış hekimlerinin bilgilendirici ve tanıtıcı faaliyetleri afiş, broşür, kısa mesaj, sosyal medya ve internet sitesi paylaşımları şeklinde gerçekleştirilebilir. Bu faaliyetlerin bilgilendirme amacıyla yapıldığının açıkça yazılması ve mutlaka muayene ve tanı değildir niteliğinde bir uyarı konulması gerekmektedir. Mevzuata uygun biçimde internet sayfası hazırlarken, sosyal medya ortamlarında, arama motorlarına kaydedilirken uyması gereken kurallar Türk Dış Hekimleri Birliği ve her ilin dış hekimleri odası tarafından belirlenmiş olup, denetlenmektedir. Türk Dış Hekimleri Birliği ve Dış Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliğinde uyarı, kınama, para cezası, geçici olarak meslekten men, meslekten alıkonma şeklinde cezai yaptırımları düzenlenmektedir. Reklam yasağı da para cezası yaptırımına tabi olan fiil ve haller kapsamında açıkça belirtilmiştir.

* İzmir Bakırçay Üniversitesi, Sağlık Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, av.sevvalkaynakli@gmail.com, ORCID: 0009-0008-7496-3615

Reklam Kurulunun kararlarında, bilgilendirme ve tanıtımlarda yasak ifadelere yer verilmesi, talep yaratıcı tanıtımların yapılması, yönlendirme yapılması, övücü ve teşekkür gibi ifadeler bulunması, hasta görsellerine ve cihaz tanıtımlarına yer verilmesi gibi durumlarının reklam yasağı ihlali sayıldığını ve yalnızca yetkili olunan sağlık hizmetinin yetki sınırları çerçevesinde verilmesi gerekliliğinin vurgulandığını görülmektedir. Bu bağlamda Reklam Kurulu reklamları durdurma ve idari para cezası yaptırımlarını uygulamaktadır.

Sağlık alanında ticari amaç güderek reklam yapmak oldukça tehlikelidir, doğacak sorumluluğu beraberinde getirecektir. Ekonomik maliyetleri artırmasının yanı sıra dürüstlük, özerkliğe saygı, adalet ilkelerinin; meslek onurunun, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin zedelenmesine sebep olacaktır. Ancak yasakların kontrollü olarak serbest bırakılması gerektiği, toplumların giderek bilinçlendiği ve reklamların yararına inanıldığı görüşü de bulunmaktadır. Hasta sayısı ile ticari amaç güderek reklam yapılmasının yerine mesleki donanımın ortaya konulduğu ve Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'e uygun bilgilendirici ve tanıtıcı faaliyetlerin faydalı olduğu görüşündeyiz.

Bu çalışmada, dış hekimlerinin uyması gereken reklam yasağının kapsamı ve yaptırımları ile tanıtım, bilgilendirme faaliyetlerinde bulunurken uymaları gereken ilkeler incelenmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dış Hekimleri, Sağlıkta Reklam Yasağı, Bilgilendirme ve Tanıtım

ABSTRACT

The increasing number of dentists, competition among them is also on the rise. Dentists seek to enhance their visibility for reasons such as showcasing their abilities, engaging in profit-driven competition, leading them to undertake various promotional and advertising activities. However, due to the unique structure, operation, protection, and regulations of the healthcare sector, and its seriousness and societal significance, the government has banned advertising in the healthcare sector to eliminate its exploitation. Regulations have been introduced governing informative and promotional activities.

On July 29, 2023, the Regulation on Promotion and Information Activities in Health Services came into effect, aiming to control advertising exploitation. The Advertising Board and professional chambers conduct inspections within the scope of advertising bans based on various regulations. While the regulation prohibits explicit or covert advertising in healthcare service provision, it allows for promotional and informative activities under certain conditions. Advertising is defined as commercial communication carried out through any medium, written, visual, auditory, or similar, with the aim of marketing. Information and promotion activities, on the other hand, involve providing non-misleading, non-deceptive, health-preserving and enhancing information related to the authorized healthcare services, within the framework of various laws, regulations, ethical rules, and are not considered advertising.

Dentists can promote their profession in compliance with the regulations, informing the public about preventive and therapeutic oral and dental health issues. Informative and promotional activities by dentists can take various forms such as posters, brochures, text messages, social media, and website postings, provided they are clearly labeled as informational and not diagnostic, with a warning stating their non-diagnostic nature. The rules to be followed while preparing a website, social media presence, being listed on search engines are determined and monitored by the Turkish Dental Association and the dental chambers of each province.

The Disciplinary Regulation of The Turkish Dental Association and Dental Chambers outlines punitive measures: warning, reprimand, fines, temporary suspension, permanent expulsion from the profession. Violations of advertising bans fall within the scope of fines.

Decisions by the Advertising Board highlight the prohibition of certain expressions, creation of demand, direction, use of praising and thanking statements, inclusion of patient visuals and device promotions as violations of advertising bans, emphasizing the necessity of providing authorized healthcare services within the limits of authorization. The Advertising Board enforces measures such as halting advertisements and imposing administrative fines.

Engaging in advertising for healthcare purposes poses significant risks, leading to increased economic costs and compromising principles such as honesty, respect for autonomy, justice, as well as damaging professional integrity and doctor-patient relationships. However, there is an opinion advocating for controlled relaxation of bans, considering the growing awareness of societies and the perceived benefits of advertising. It is believed that promoting professional competence and adhering to regulations governing promotional and informative activities in healthcare services are beneficial, rather than engaging in advertising driven solely by commercial interests.

This study examines the scope and sanctions of advertising bans that dentists must adhere, as well as the principles they must follow in promotional and informative activities.

Keywords: Dentists, Advertising Ban In Health, Information and Promotion

GİRİŞ

Günümüzde sağlık sektöründe hizmet sunan çok fazla diş hekimi bulunmaktadır. Bu diş hekimleri kamu ve özel olarak hizmet veren kurum ve kuruluşlarda görev yapmaktadırlar. Ancak sağlığın bir anayasal hak olması gibi birçok nedenle sağlık hizmetlerinin devlet kontrolünde ve ticari amaç güdülmeyen sunulması gerekmektedir. Yıllar geçtikçe artan diş hekimi sayısı, gelişen teknoloji, estetik kaygılar, değişen alışkanlıklar, mesleki ekonomik beklenti gibi nedenler ise diş hekimlerinin arasında bir rekabet ortamı oluşturmaktadır.

Ülkemizde sağlık alanında reklam yapılması yasaklanmış, bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri ise çeşitli kurullarla sınırlandırılmıştır. Diş hekimleri gerek kanuni düzenlemeler gerekse meslek etik kuralları sebebiyle bu reklam yasağına tabi meslek gruplarındadır. Diş hekimleri bir yandan mesleklerini icra ederlerken, bir yandan da buldukları her mecrada meslekleri ve uzmanlıkları ile

ilgili paylaşımlar yaparken bilgilendirme ve tanıtım faaliyeti kapsamında ve sınırlamalara uygun şekilde düzenleme mecburiyetindedirler. Afiş, broşür, kısa mesaj, tabela, sosyal medya kullanımı, internet sitesi düzenlemeleri, arama motorlarına kayıt gibi hemen hemen her alanda yapılan faaliyetler bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerine yönelik kurallara tabidir. Diş hekimlerince bu kurallara uyulmadığı takdirde başta Reklam Kurulu, Türk Diş Hekimleri Birliği, her ilin diş hekimleri odası olmak üzere çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından cezai ve hukuki yaptırımlar uygulanabileceği gibi, mesleki sorumluluk hükümleri de uygulama alanı bulabilir.

Çalışmamızda öncelikle sağlık alanında reklam ile bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kavramları hakkında ülkemizde uygulanan kurallar ile ilgili mevzuat düzenlemeleri incelenecektir. Diş hekimlerinin tabi olduğu reklam yasağı hakkında diş hekimlerinin haklarına ve yasaklarına değinilecek, sorumluluk ve yaptırımlar açıklanacak, son olarak da konuyla ilgili yargı kararlarıyla reklam yasağının kapsamı somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

I. REKLAM, BİLGİLENDİRME VE TANITIM FAALİYETLERİ İLE İLGİLİ MEVZUAT

A. Mevzuat

Sağlık ihtiyacının ciddiyeti ve hayati önem taşıması nedeniyle, sağlığa yönelik reklamların istismarını ortadan kaldırmak amacıyla reklamlara ilişkin düzenlemeler oldukça detaylı ve kapsamlı şekilde düzenlenmektedir. Tabela boyutlarından el ilanlarının içeriğine, sosyal medya mecralarındaki görüntülerden tedavinin içeriklerinin paylaşımlarına kadar her alan hakkında düzenleme bulunmaktadır. Hatta sağlık alanında "reklam" ifadesinden bile kaçınılarak "bilgilendirme ve tanıtım" ifadesi kullanılmaktadır.¹

Bilgilendirme ve tanıtımların şekil ve içeriği açısından devlet kontrolünün tam olarak sağlanabilmesi amacıyla çeşitli kanun, tüzük, yönetmelik ve etik kurullarla kısıtlamalar getirilmiştir. İlgili mevzuatı incelediğimizde; sözleşmesel açıdan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, ticari kazanç boyutu sebebiyle 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, birçok işlemde taraflardan birinin tüketici olması sebebiyle 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, sağlık alanı olması ve hekimlik sebepleriyle 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 3224 Sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu, 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu ve 9.02.1960 tarihli ve 10436 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ndeki düzenlemeler önem arz etmektedir. Bu kanunlarla bağlantılı olarak 20.05.1991 tarihli ve 20876 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Sağlık Bakanlığı Türk Diş Hekimleri Birliği ve Diş Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği, 15.02.2008 ve 26788 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Sağlık Bakanlığı Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, 15.05.2014 tarihli ve 29001 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu Tıbbi Cihaz Satış, Reklam ve Tanıtım Yönetmeliği, 22.05.2014 tarihli ve 29007 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik, 06.10.2022 tarihli ve 31975 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Sağlık Bakanlığı Ağız ve Diş Sağlığı

¹ GÜRDİN, Bahar: "Sağlık Hizmetleri Sektöründe Reklam Yasağı: Uygulama Örnekleri", *Sosyal ve Beşeri Bilimleri Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2017, s. 19.

Hizmeti Sunan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'teki düzenlemeleri de dikkate almak gerekmektedir.

a. 29.7.2023 Tarihli Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'e göre bilgilendirme ve tanıtım faaliyeti kapsamı

Tüm ulusal mevzuatımıza bakıldığında sağlık alanının bir bütün olarak ele alındığını, hekimlerin ve diş hekimlerinin mesleklerinde uzman olmaları sebebiyle de bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerinde ortak kurallara ve yasalara tabi olduğunu görmekteyiz. Bu yasa ve sınırlamalara ilişkin en yakın tarihli ve içeriği bakımından detaylı düzenleme olarak 29.7.2023 tarihinde Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

Reklam Kurulu ve meslek odaları çeşitli mevzuatlara dayanarak reklam yasağı kapsamında denetim yapmaktadır. 29.7.2023 tarihinde Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelikte sağlık hizmet sunumunda örtülü veya açık reklam yapılması ve yaptırılması yasaklanmış ancak, bazı şartlara uyulması kaydıyla tanıtım ve bilgilendirme yapılabileceği düzenlenmiştir. İlgili Yönetmeliğin 4/d maddesinde "reklam"; herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen ticari amaçlı pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular olarak tanımlanmaktadır. "Tanıtım ve bilgilendirme faaliyetleri" ise, ilgili Yönetmelik uyarınca, mesleki ve akademik ünvanı ile ana dal ve yan dal uzmanlıkları, muayene gün ve saatleri, hasta kabul ettiği zaman ve mahal bilgisini ve sunmaya yetkili oldukları sağlık hizmetiyle ilgili sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikteki bilgileri içeren; yanıltıcı ve aldatıcı olmayan, insan sağlığını tehlikeye düşürmeyen, talep ve haksız rekabet ortamı yaratmayan ve reklam tanımı kapsamına girmeyen faaliyetlerdir.

Diş hekimlerinin hastalarına sağlık hizmeti sunarken fiziki şartlar bakımından ağız ve diş sağlığı hastanesi, merkezi ve polikliniği ile bazı durumlarda özel muayenehane olarak hizmet verdiği özel sağlık kuruluşlarının tabi olduğu Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik madde 24 uyarınca etkin, verimli ve kaliteli sağlık hizmeti sunulmasını sağlamak üzere "Sağlık kuruluşlarında, 29/7/2023 tarihli ve 32263 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanır." hükmü ile Yönetmelik'in önemi bir kez daha vurgulanmaktadır.

b. Türk Diş Hekimleri Birliği ve Diş Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği'ne göre bilgilendirme ve tanıtım faaliyeti kapsamı

Dünya Diş Hekimleri Birliği (FDI) reklamın tanımını yaparken dağıtım şekline bakılmaksızın, el ilanları, web siteleri, sosyal medya paylaşımları, bloglar, duyurular, gazeteler, kartvizitler, ileti örneği, logolar, işaretler, ilanlar veya diş hekimi/diş hekimliği uygulamasına ilişkin diğer bilgileri kapsamaktadır.

Türk Diş Hekimleri Birliği ve Diş Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği incelendiğinde madde 5'te reklam yasağına aykırılık sebebiyle uyarma, kınama, para cezası, geçici olarak meslekten men, meslekten alıkonma şeklinde cezai yaptırımlar düzenlenmektedir.

Türk Diş Hekimleri Birliği ve Diş Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği'nde para cezası yaptırımına tabi olan fiil ve haller kapsamı madde 8'de kapsamlı ve sınırlı sayım biçiminde düzenlenmiştir. Madde 8/a'da para cezası gerektiren fiil ve haller arasında "Reçete kağıtları, el ilanları, promosyon malzemeleri ve benzeri araçlarla reklam yapmak veya sanal ortamlar da dahil olmak üzere

her türlü iletişim araçlarında reklam amacına yönelik veya haksız rekabeti sağlayıcı yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamalarda bulunmak; çalıştığı veya ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığı ile anılan eylemlerin yapılmasını sağlamak veya yapılmasına göz yummak” sayılırken; 8/b bendi “Özel sağlık kuruluşlarının açılışı veya sağlık kuruluşunun adres değişikliği gibi durumlarda; bu durumu takip eden bir ay içinde, mevzuattaki kurallara uygun biçimde en fazla bir hafta süreyle verilen ilanlar hariç, her türlü iletişim araçlarıyla reklam mecraları ve sanal ortamlara ilan vermek”, 8/c bendi “Meslek uygulamasında herhangi bir şekilde haksız kazanç sağlamaya yönelik davranışlarda bulunmak”, 8/d bendi “Tababet Uzmanlık Tüzüğüne göre uzmanı olmadığı konularda uzmanmış gibi herhangi bir şekilde tanıtım yaparak diş hekimliği yapmak”, 8/f bendi “Muayene veya tedavi ücreti üzerinden reklam yahut propaganda yapmak”, 8/k bendi “Herhangi bir şekilde maddi çıkar sağlamak için meslektaşlara muayene ve tedavi için hasta göndermek”, 8/l bendi “Kendisine hasta sağlaması için aracı kullanmak veya herhangi bir kişi veya kuruma bu nedenle çıkar sağlamak”, 8/m bendi “Resmi hasta sevklerinde usulsüz uygulamalar yapmak; sevk edilen hastaları zorunlu haller dışında kendisine, yakınına veya ortağına ait sağlık kuruluşlarına yönlendirici tavır ve davranışlarda bulunmak” hallerini de açıkça saymıştır.

B. Reklam ile Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetleri Arasındaki Kavramsal İlişki

Reklamın bir kitle iletişimi olmasının yanı sıra bilgilendirme, ikna etme ve hatırlatma işlevleri bulunmaktadır.² Reklamlar hukuki olarak değerlendirildiğinde hedef kitlenin dikkatini çekmesi ve bir öneride bulunmasını sağlamaya sevk etmesi ancak bir sözleşme yapılması bakımından da tüm esaslı unsurları taşıması sebebiyle öneriye davet niteliğinde olabileceği görüşü bulunmaktadır.³

Reklamın amaçları arasında bilgi vermek, farkındalık oluşturmak, eğitim vermek, istek oluşturmak, sempati sağlamak, dikkat çekmek gibi birçok amaç sayılabilir. Ancak tanıtım ve bilinirlik sağlaması bir ürün veya hizmet için ihtiyaç yaratmak, arz-talep dengesini değiştirmek reklamların fonksiyonları arasındadır.

Reklam sözleşmesi ile belirli bir ücret karşılığında tüketici bilgilendirilmeye ve ikna edilmeye çalışılır. Bu sebeple reklam sözleşmesi eser sözleşmesi hükümlerine tabidir. Reklamı yapan kurum veya kuruluşlar bellidir, bu yönden bazı meslek gruplarının reklam yasağı bulunmaktadır. Sağlık alanında reklam yapılması sağlık hizmetinin içerisine ticari ve ekonomik bir kaygı da ekleyeceğinden maliyetlerin artmasına da sebebiyet verecektir.

Sağlık sektörü ise diğer tüm sektörlerden oldukça farklı bir dinamiğe sahiptir ve devlet tarafından sürekli olarak denetlenmektedir. Denetlenmesinin yanında çoğu zaman devlet bu sektörde organizasyon görevini üstlenen konumundadır. Sağlık anayasal bir haktır ve kamu hizmeti olması sebebiyle devletin de bu sektördeki rolü oldukça fazladır. Ticari amaç güdülmesinin önüne geçmek amacıyla da kısıtlamalar oldukça katı mahiyettedir.⁴

² ERER, Sezer: “Sağlık Hizmetlerinde Reklam”, *Genel Tıp Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2010/2, s.74

³ TEKELİOĞLU, Numan: “Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, s. 7

⁴ ASLAN, Ece Fatma: “Özel Sağlık Hizmetleri Piyasasındaki Reklam Yasaklarının Temel Hak ve Hürriyetler ile Rekabet Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”, *Bursa Barosu Dergisi*, Cilt 45, Sayı 2020/113, s. 105

Reklamlar ticari amaçlı olması sebebiyle oldukça geniş bir alana sahipken sağlık alanında ticari amaç güdülmesi yasaklandığından sağlık alanında reklam da yasaklanmıştır. Bu sebeple reklam yerine bilgilendirme ve tanıtım faaliyeti kavramı kullanılmaktadır.

II. DIŞ HEKİMLERİNİN BİLGİLENDİRME VE TANITIM FAALİYETLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Diş Hekimlerinin Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetleri Kapsamında Hakları

Diş hekimleri sağlık alanında sundukların hizmetin niteliği gereği reklam yapamazlar ve faaliyetlerine ticari bir görünüm veremezler. Ancak diş hekiminin deneyimlerini paylaşma isteği, hünerini ve yeteneğini sergileme gereği gibi manevi sebeplerin yanı sıra sonuç garantisi, çağın gerektirdiği ekonomik kazanç yarışı gibi maddi sebeplerle de bilgilendirme ve tanıtıma zaman zaman ihtiyaç duymaktadırlar.

Diş hekimlerinin mevzuata uygun biçimde duyuru veya tanıtım yapabilmelerine ilişkin düzenlemeleri Türk Diş Hekimleri Birliği Merkez Yönetim Kurulunun 13-14 Temmuz 2011 tarihli toplantısında kabul edilen Diş Hekimlerinin Her Türü İletişim Ortamında Yayın Yapmalarına İlişkin Kılavuz oldukça detaylı biçimde içermektedir.⁵ Bu Kılavuz tüm diş hekimlerinin faydalanabilmesi amacıyla Türk Diş Hekimleri Birliğinin internet sitesinde açık erişimdedir.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikteki bilgilendirme ve tanıtımlar ancak ruhsatlandırılmış sağlık kuruluşları tarafından ve konusunda yetkili sağlık meslek mensuplarınca verilmesi gerekmektedir.⁶ Diş hekimleri diş hekimliği mesleğini tanıtabilir, koruyucu ve tedavi edici ağız ve diş sağlığı konularında halkı bilgilendirebilir.

Sağlık alanındaki reklamlar hakkında tüketici görüşlerinin belirlenmesi amacıyla yapılan bir araştırmada tüketicilerin sağlık alanında hizmet ve ürün satın alırken öncelikle arkadaş ve akraba tavsiyeleri, sosyal medya ve internet, doktorları, geçmiş deneyimleri, tanıtıcı broşürler, reklamlar olarak belirlenmiştir.⁷ Bu kriterler ve sıralama göz önünde bulundurulduğunda tanıtıcı ve bilgilendirici faaliyetlerinin tümünün tüketici üzerindeki etkisinin genişliği ve önemi oldukça açık bir biçimde görülmektedir.

Diş hekimleri bilgilendirici ve tanıtıcı faaliyetlerini afiş, broşür, kısa mesaj, sosyal medya ve internet sitesi paylaşımları olarak gerçekleştirebilirler. Diş hekimlerinin hizmet alanları ve çalıştıkları yerlerin açılış bilgileri, sunduğu hizmetler ile ilgili konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilmeleri ve ilan verebilmeleri mümkündür. Bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerinin her birinde bu faaliyetin bilgilendirme amacıyla yapıldığı açıkça yazılmalıdır, mutlaka muayene ve tanı değildir niteliğinde bir uyarı konulmalıdır. Buna ek olarak diş hekimlerinin kendi paylaşımlarında meslek

⁵ Diş Hekimlerinin Her Türü İletişim Ortamında Yayın Yapmalarına İlişkin Kılavuz: https://www.tdb.org.tr/mevzuat_goster.php?id=30

⁶ Reklam Kurulunun 08.03.2022 tarih ve D: 2021/5832, T:319 sayılı kararı.

⁷ EKİYOR, Aykut / TENGİLİMOĞLU, Dilaver: "Sağlıkta Reklam Serbest Olmalı Mı? Tüketici Görüşleri", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2014/2, s. 45-71.

kuruluşları veya diğer mesleki sitelere yönlendirici bağlantılar paylaşabilmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Diş hekimlerinin mevzuata uygun biçimde internet sayfası hazırlarken, sosyal paylaşım siteleri ve sosyal medya ortamlarında ve hatta arama motorlarına kaydedilirken uyması gereken kurallar Türk Diş Hekimleri Birliği ve her ilin Diş Hekimleri Odası tarafından belirlenmiş ve duyurulmuş olup denetlenmektedir. Örnekleyecek olursak; diş hekimleri internet sitelerinde site alan adı olarak sadece bilim dalı veya uzmanlık dalı kullanılamaz ancak diş hekiminin ismi uzmanlık alanı ile birlikte kullanılabileceği Türk Diş Hekimleri Birliği tarafından duyurulmuştur. Doğru kullanımı örnekleyecek olursak bir endodonti alanında uzman Taner isimli bir diş hekiminin internet sitesi alan adı “www.endodontitaner.com” olabilir.

Tüm bu düzenlemeler hakkında kapsamlı düşünüldüğünde ortak noktanın “toplumun bilgilendirilmesi” olduğu açıktır. Hastanın en temel haklarından biri bilgi edinme hakkıdır. Tüketici, eser sahibi ya da hasta konumundaki kişilerin diş hekiminden birtakım istekleri ve beklentileri bulunmaktadır. Bu beklentisine ilişkin konularda sürecin başında bir öngörü sunabilmek için bilgilendirme ve tanıtım sadece bir araçtır.

B. Diş Hekimlerinin Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetleri Kapsamında Yasakları

Ulusal mevzuatımızdaki çeşitli düzenlemelerle sağlık alanında reklam yasaklanmıştır. Diş hekimleri de bu yasağa tabidirler. Diş hekimlerinin mevzuata uygun biçimde duyuru veya tanıtım yapabilmelerine ilişkin düzenlemelere reklam yasağı kapsamında değerlendirilecek davranışları da dahildir. Bu konudaki yasakları da ulusal mevzuatımıza ek olarak yine Türk Diş Hekimleri Birliği Merkez Yönetim Kurulunun 13-14 Temmuz 2011 tarihli toplantısında kabul edilen Diş Hekimlerinin Her Türü İletişim Ortamında Yayın Yapmalarına İlişkin Kılavuz içermektedir. Kılavuz kapsamında aşağıda yer alan davranışlar yasaklanmaktadır.

Bir diş hekiminin kendini meslektaşlarından öne çıkarma, hasta kazanma, hastayı yönlendirme amacı gütmesi reklam yasağına aykırılık teşkil etmektedir.

Sağlık hizmetinin mekândan ve coğrafyadan bağımsız olarak ve çağdaş tıbbi teknolojiye dayanılarak sunulmasına hizmet etmek üzere 10.2.2022 tarihi ve 31746 sayılı Resmi Gazetede Sağlık Bakanlığı tarafından Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır. Çağımızın bir getirisi olarak interneti her ne kadar kabul etmiş ve uyum sağlamış olsak da uzaktan tıp hizmeti mahiyetinde bile olsa diş hekimliği açısından söz konusu izinler alınmadığı takdirde internet üzerinden hekimlik yapmak yasaklanmıştır.

Diş hekimlerinin reklam yasağının kapsamına resim, fotoğraf, yazı gibi yazılı ve görsel iletişim araçlarının tümü dahildir. Hiçbir reklam mecrasında hastaların tedavi öncesi ve sonrası fotoğraflarına yer verilemez.

Diş hekimleri tarafından tanı, tedavi, ürün, cihazlar, araçlar veya sunulan hizmete ilişkin herhangi birinin diğerinden daha üstün olduğu yönünde, iyi veya kötü olduğuna dair, ağırlı veya ağırsız

olmasına ya da acılı veya acısız olmasına ilişkin değerlendirmeler ve yönlendirmelerde bulunulamaz. Örtülü olsa dahi reklam yasağına tabidir.

Diş hekimleri çalışma ortamının büyüklüğü, merkeziliği, sessizliği, temizliği gibi fiziki koşullar hakkında ve çalışanların konularında uzman, güler yüzlü olduklarına ilişkin ve buna benzer ifadeler kullanamazlar.

Diş hekimlerinin aldıkları eğitimler ve almaya hak kazandıkları sertifikaları, üye oldukları uzmanlık kuruluşları, danışmanlık görevleri, aldıkları ödüller belirtilemez. Diş hekimleri üye oldukları siyasi parti, dernek, vakıf, cemaat veya grup adlarını paylaşamazlar. Mesleklerini icra ederken din, dil, ırk, siyasi ve ideolojik ayırmda bulunamazlar.

Sağlık alanındaki reklam yasağı konusunda mevzuattaki düzenlemelerin son yıllarda teknolojinin gelişmesi, pandemi sonrasında hızla alışkanlıkların ve özellikle sosyal medya kullanım alışkanlıklarının değişmesi, toplumsal estetik algıların farklılaşması gibi birçok nedenle yetersiz kaldığı aşikardır. Sosyal medyanın sürekli aktif ve sürekli güncel reklam mecrası haline gelmesi ile mevcut yasal düzenlemelerin bu değişime ayak uydurmakta zorlandığını gözlemlemekteyiz. Günümüzde gelişen teknoloji ile birlikte değişen alışkanlıklar reklamlar için mecra kavramının da değişmesi gerektiğini gözler önüne sermektedir. İnternet siteleri veya sosyal medya olarak isimlendirilen Whatsapp, Instagram, Twitter, Facebook, Youtube, LinkedIn, Tiktok gibi araçlarla yapılan paylaşımların da bu kapsama dahil edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Reklam Kurulu kararlarında da reklam mecrasının değerlendirilmesinde kapsayıcı bir bakış açısının benimsenmektedir. Örneğin, “Facebook” ve “Instagram” gibi sosyal medya hesaplarının ve reklama özgü açılmış web sayfalarının kullanıldığının görüldüğü belirtilmiştir ve hekimler adına açılan web sayfaları ve bu kişilerin sosyal medya hesapları da reklam mecrası olarak kabul edilmiştir.⁸

Sağlık alanındaki reklam yasağına tüketiciler veya hastalar açısından bakacak olursak tüketiciler bakımından sağlık alanındaki reklamlar hakkında tüketici görüşlerinin belirlenmesi amacıyla yapılan bir araştırmayı değerlendiren bir makalede tüketiciler açısından sağlık sektöründe reklamlara dair düzenlemelerin yeterli olmadığı, reklamlara ilişkin yasakların belirli bir süreçte kontrollü olarak serbest bırakılması ihtiyacı olduğu, toplumların giderek bilinçlendiği ve reklamların yararına inandığı görüşü bulunmaktadır.

C. Diş Hekimlerinin Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetleri Kapsamında Etik Kodları

Sağlık alanında ticari amaç güderek reklam yapmak oldukça tehlikelidir ve bu sebepten doğacak sorumluluğu beraberinde getirecektir. Reklam yapılması durumunda etik olarak yapılacak bir değerlendirmede diş hekimliği mesleği açısından dürüstlük, özerkliğe saygı, adalet ilkelerinin; meslek onurunun, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin zedelenmesine sebep olacaktır.

⁸ Reklam Kurulunun 11.04.2017 tarih ve D: 2017/506, T: 259 sayılı kararı.

Meslek onuruna aykırı her davranış ayıp sayılmalı, kınanmalı, birlikler ve odalar tarafından mevzuatta düzenlenen gerekli yaptırımlar uygulanmalıdır. Türk Diş Hekimleri Birliğinin ve odaların belirlediği kurallar hiçbir şekilde reklam yasağını bertaraf edecek biçimde yorumlanamaz.⁹

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide hasta zayıf ve hekim güçlü konumdadır. Hastaların reklamlar aracılığıyla tedavileri ile ilgili yönlendirilmeleri, daha iyi ya da daha kötü bir duygu durumuna geçişleri sağlık hizmetinin niteliği gereği bazı durumlarda ciddi tehlikeler oluşturabilir. Bu sebeplerle bazı somut olaylar açıkça dürüstlük kuralına aykırılık dahi teşkil edebilmektedir.

Hastanın durumu ile ilgili yapılan iyi veya kötü, doğru veya yanlış gibi tanımlamalar kişiden kişiye ve durumdan duruma değişiklik gösterebileceğinden çoğu zaman subjektif bir nitelik taşır. Yanıltıcı, paniğe düşürücü, güven sarsıcı veya bilgi noksanlığı sebebiyle hekim-hasta ilişkisini istismar edici tanımlamalarda bulunulması sağlık gibi önem arz eden bir alanda sakıncalı neticeler doğurabilir.

Etik kodlarla bağlantılı olarak diş hekimleri Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 8'e göre diş hekimi kendine ilişkin teşekkür yazısı dahi yazdıramaz. Hiçbir mecrada diş hekimine ilişkin övgü, teşekkür, tavsiye, onay ifadeleri bulunamaz. Diş hekimi hiçbir mecrada kendini ön plana çıkaramaz, talep artırıcı ifadeler ve görsellere yer veremez.¹⁰

III. BİLGİLENDİRME VE TANITIM FAALİYETLERİNİN DENETİMİ, YAPTIRIMLAR VE YARGI KARARLARI

A. Reklamların, Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetlerinin Denetiminde Görev Yapan Kurum ve Kuruluşlar

Reklamların denetimi ile ilgili kurum ve kuruluşlara bakıldığında Ticaret Bakanlığına bağlı olarak Reklam Kurulu Başkanlığı, Reklam Özdenetim Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu aktif olarak görev yapmaktadır. Reklam Kurulu bünyesinde Sağlık Bakanlığı ve Türk Diş Hekimleri Birliğinin görevlendireceği üyeler de olmak üzere çeşitli bakanlıklar, belediyeler, birlikler ve ilgili kurum ve kuruluşlarda görevliler bulunduran başkan dahil 19 üyeden oluşur. Kurul üyelerinin görev süresi 3 yıldır.¹¹

Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapmak, bu düzenlemelerin ilkeler çerçevesinde denetim yapmak ve idari para cezası yaptırımını uygulamak Reklam Kurulunun görevleri arasındadır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61'inci maddesi "Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır." olarak bu hususu düzenler. Ülke koşulları ve evrensel kabul görmüş tanım ve kurullarla gelişmeleri dikkate almak da Reklam Kurulunun görevleri arasında Reklam Kurulu Yönetmeliği madde 7'de belirtilmiştir.

⁹ ÖZDEMİR, Semih Sırrı: "Sağlık Hizmetlerinde Reklama Yönelik Sınırlandırmalar ve Hukuki Sonuçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 2018/34, s. 262

¹⁰ Reklam Kurulunun 14.03.2017 tarih ve D: 2016/3633, T: 258 sayılı kararı, Reklam Kurulunun 10.09.2019 tarih ve D: 2018/7267, T: 288 sayılı kararı.

¹¹ EŞİYOK, Elif: "Türkiye'de Reklamların Denetimi: Reklam Kurulu Kararları Üzerinden Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, Sayı 2018/2, s. 598

Diş hekimlerince mevzuata uygun biçimde tüm mecralarda uyulması gereken kurallar ise Türk Diş Hekimleri Birliği ve her ilin diş hekimleri odası tarafından belirlenmiş olup, düzenli olarak denetlenmektedir.

B. Reklam Kurulu Kararları Işığında Diş Hekimlerinin Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetlerinin Kapsamı

Reklam Kurulunun 2012/1169 Dosya, 208 Toplantı sayılı ve 16.01.2013 tarihli kararında televizyonda yayınlanan sigorta kapsamında yer almayan ancak hediye olarak anlaşmalı diş hekimlerine ve sağlık kuruluşlarına yönlendirme yapılması reklam yasağı kapsamında değerlendirilmiş ve reklamları durdurma cezası verilmiştir. Reklam Kurulunun 2012/1169 Dosya, 208 Toplantı sayılı ve 16.01.2013 tarihli kararında daha önce de reklamları durdurma cezası verilmiş olsa da yeniden yapılan tespitlerde sitede “ağrısız, kanamasız, X cihazını, başarılı, profesyonel vb.” ifadelerine yer verildiği, birtakım kuruluşlara ve doktorlara yönlendirme yapıldığı sebebiyle idari para ve reklamları durdurma cezası verilmiştir. Bu iki karar talep yaratıcı tanıtımların ve yönlendirme yapılmasının reklam yasağı ihlali sayıldığına ilişkindir.

Reklam Kurulunun 2015/1618 Dosya, 248 Toplantı sayılı ve 10.05.2016 tarihli kararında diş hekimlerine yasak olan talep yaratıcı tanıtımların Facebook'ta yayımlanması, sağlık alanında çalışan kuruluşun faaliyetlerine ticari bir görünüm oluşturması, haksız rekabete yol açması sebebiyle reklamların durdurulması kararı verilmiştir. Bu karar ilgilendiren ve tanıtımlarda yasak ifadeler yer verilmesinin reklam yasağı ihlali sayıldığına ilişkindir.

Diş hekimlerinin övücü ve teşekkür gibi ifadeler bulunmasının reklam yasağı ihlali sayıldığına ilişkin olarak çok sayıda karar örneği bulunmaktadır. Reklam Kurulunun 2016/3594 Dosya, 266 Toplantı sayılı ve 21.11.2017 tarihli kararında tıbbi işlemleri uygulama yetkisine sahip olursa bile tıbbi işlemleri övücü ve talep yaratıcı nitelikteki reklamının yapılmasının yasak olması sebebiyle reklamları durdurma cezası uygulanmıştır. Reklam Kurulunun 2016/3633 Dosya, 258 Toplantı sayılı ve 14.03.2017 tarihli kararında hastalara ait tedavi öncesi ve sonrası görüntülere ve “..... sıralamasında Bilim insanı listesinde ilk 5 bine girdiğim için akademik kadrosunda yer aldığım fakültem beni kutlamış. Çok memnunum...” şeklinde ifadeler yer verildiği sebebiyle reklamları durdurma cezası uygulanmıştır. Reklam Kurulunun 2018/7267 Dosya, 288 Toplantı sayılı ve 10.09.2019 tarihli kararında internet sitesinde “Hasta Değerlendirmeleri” kısmında doktorlara yönelik teşekkür, övgü, tavsiye ve onay ifadelerine yer verildiği sebebiyle idari para cezası ve reklamları durdurma cezası uygulanmıştır.

Reklam Kurulunun 2019/9564 Dosya, 311 Toplantı sayılı ve 13.07.2021 tarihli kararında hasta görsellerine, kuruluştaki kullanılan ve satışı yapılan tıbbi cihazların tanıtımına yer verilmesi sebebiyle reklamların durdurulması cezası verilmiştir. Reklam Kurulunun 2023/1680 Dosya, 337 Toplantı sayılı ve 12.09.2023 tarihli kararında ağız ve diş sağlığı polikliniği ruhsatı bulunan adreste güzellik salonu faaliyetleri gerçekleştirilmesi sebebiyle idari para ve reklamları durdurma cezası kararı verilmiştir. Bu kararlarda hasta görsellerine ve cihaz tanıtımlarına yer verilmesinin reklam yasağı ihlali sayıldığı açıkça vurgulanmıştır.

Reklam Kurulunun güncel tarihli kararlarında yalnızca yetkili olunan sağlık hizmetinin yetki sınırları çerçevesinde verilmesi gerekliliğinin vurgulandığını sık sık görmekteyiz. Bu konuya ilişkin olarak Reklam Kurulunun 2021/5832 Dosya, 319 Toplantı sayılı ve 08.03.2022 tarihli kararında sağlık alanında faaliyet gösteren kuruluşlar dahi reklam yasağına tabi iken sağlık alanında faaliyeti bulunmayan kuruluşun ve hekim tarafından uygulanması gereken tıbbi işlemlere yönelik tanıtım yapılması yanıltıcı ve aldatici reklam olarak değerlendirildiğinden idari para ve reklamları durdurma cezaları verilmiştir. Yine aynı konuda Reklam Kurulunun 2022/5597 Dosya, 330 Toplantı sayılı ve 14.02.2022 tarihli kararında bir internet sitesinde sağlık turizmi alanında yetkili bir sağlık kuruluşu izlenimini oluştursa da yetki belgesinin bulunmadığı ve yetki verilse dahi Türkçe dilinde tanıtım yapmaları yasaklandığından reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.¹²

C. Yargı Kararları Işığında Dış Hekimlerinin Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetlerinin Kapsamı

Reklam Kurulu kararları ışığında dış hekimlerinin reklam yasağı ve bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerine ilişkin sınırları yukarıdaki başlıkta inceledik. Reklam Kurulu kararları dışında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay¹³ ve Danıştay¹⁴ kararlarında bu kısıtlamaların kapsamını gözlemleyebiliyoruz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 3636/17 Başvuru Numaralı ve 21.05.2021 Karar tarihli Kışlaoğlu/Türkiye kararını inceleyelim. Bu karara konu olay bir dış hekiminin konuk olarak katıldığı bir televizyon programı sırasında yaptığı açıklamalar nedeniyle Türk Dış Hekimleri Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 8. maddesinin a bendi gereğince dış hekime kesilen para cezasıdır. Başvurma nedeni ise yaptığı açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekliliğidir. Türkiye kendi ilgili iç hukuk kuralları gereğince yaptığı yargılamada dış hekiminin televizyon programında yaptığı açıklamalarda ağız ve diş sağlığı ile ilgili bilgi vermek yerine, sunduğu sözde son teknoloji tedavileri övdüğünü ve dolayısıyla hasta kazanmak için kendi reklamını yaptığını değerlendirmiştir. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurunun kabul edilemezliği kararı vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kışlaoğlu/Türkiye kararı ile benzer mahiyetteki olaylarla ve aynı yönde Anayasa Mahkemesi 2013/316 Başvuru Numaralı ve 20.04.2016 Karar tarihli İlker Erdoğan Başvurusu incelenebilir. Başvurucu dış hekimi implant tedavisi ile ilgili bilgi vermek amacıyla özel bir televizyon kanalında bir programa katılmıştır. Dış hekimi televizyon programındaki açıklamalarında implant tedavisinin bilinen geleneksel yöntemlerinden farklı olarak lazer ile bu tedavinin yapılmasının daha acısız ve kısa sürede sonuç verdiğini ileri sürmüştür. Dış hekimi bu açıklamaları yaparken diğer dış hekimliği yöntemleri hakkında da açıkça olumsuz görüşlerini beyan etmiştir ve kendisini övmek suretiyle çok uzun süredir bu yöntemi uyguladığını, tedavi yöntemlerinin ötesinde kendisinin son teknolojileri kullanarak tedavi yaptığını ifade etmiştir. Bu esnada dış hekiminin

¹² Reklam Kurulu Kararları için: <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>

¹³ Yargıtay 4. HD'nin 19.10.2015 tarih ve E: 2014/13309, K: 2015/11731 sayılı kararı.

¹⁴ Danıştay 15. D'nin 24.10.2018 tarih ve E: 2014/504, K: 2018/7171 sayılı kararı, Danıştay 15. D'nin 31.10.2017 tarih ve E: 2015/2897, K: 2017/6094 sayılı kararı, Danıştay 15. D'nin 31.05.2018 tarih ve E: 2015/1803, K: 2018/5514 sayılı kararı.

telefon numarası verilerek iletişim bilgileri yayınlanmıştır. Programa sorularıyla ve telefonla katılan izleyicilere verilen cevaplar üzerinden de dış hekimi iletişim bilgileri yayınlanmıştır. Anayasa Mahkemesince yapılan değerlendirmede dış hekimi olan başvurunun katıldığı programın somut hedefinin doğrudan başvurunun reklamını yapmak olduğu söylenemez ise de başvurunun program esnasında yaptığı açıklamaların programın amacını aştığı yadsınamaz olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple ilgili açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği, reklam yasağına da aykırılık teşkil etmesi sebebiyle verilen para cezasının da uygun olduğu kararı verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2015/7206 Başvuru Numaralı ve 14.11.2018 Karar tarihli Selçuk Özbölük Başvurusunda ise başvuru dış hekimidir ve bir ağız ve diş sağlığı merkezinde mesul müdür olarak görev yapmaktadır. Dış hekiminin mesul müdürlüğünü yaptığı ağız ve diş sağlığı Merkezinin bulunduğu binaya giydirilen yazılarda 24 saat diş ibaresine ve telefon numaralarına yer verildiği, tabelanın tabela standartlarına uygun olmadığı, binada bulunan yazı ve resimlerin reklam unsuru içerdiği hususlarının dosyada yer alan bilgi ve belgelerden tespit edilmesi üzerine dış hekimine Türk Dış Hekimleri Birliği ve Dış Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği uyarınca İstanbul Dış Hekimleri Odası Disiplin Kurulu idari para cezası uygulanmıştır. Anayasa Mahkemesi idari para cezasının hukuka uygun olduğu kararı vermiştir.

Ek olarak Adana Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi 2018/212 Esas, 2018/164 Karar ve 08.02.2018 tarihli kararı, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi 2020/839 Esas, 2022/920 Karar ve 09.06.2022 tarihli kararı, Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi 2023/1150 Esas, 2023/1190 Karar ve 19.06.2023 tarihli kararları da benzer niteliktedir.

SONUÇ

Sağlık sektörü; toplumsal yaşamdaki önemi sebebiyle diğer sektörlerden farklı yapılmaya, işleyişe, korumaya ve ciddiyete sahiptir. Dolayısıyla diğer sektörlerden farklı kanuni düzenlemelere tabidir. Reklamın sağlık alanındaki yanlıcılığının ve talep oluşumunun hızı toplumsal yaşamda istismar oluşturma potansiyeline sahip olduğundan bu potansiyeli ortadan kaldırmak amacıyla sağlık alanında reklam yasaklanmıştır. Hatta reklam bir yasak olarak anılarak, sağlık alanında yapılan sadece açıklayıcı nitelikteki faaliyetler için bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kavramının kullanılması uygun görülmüştür.

Bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerini reklamlardan ayırmak amacıyla oldukça detaylı ve kapsamlı biçimde çeşitli kanun, tüzük, yönetmelik ve etik kurullarla bu faaliyetlere kısıtlamalar getirilmiştir. Bu kısıtlamalar hekimler ve dış hekimleri bakımından mesleklerinde uzman oldukları gerekçesiyle ortaktır. Dış hekimlerince mevzuata uygun biçimde tüm mecralarda uyulması gereken kurullar belirlenmiş olup Reklam Kurulu ve Türk Dış Hekimleri Birliği ile her ilin dış hekimleri Odası başta olmak üzere bazı kurum ve kuruluşlarca düzenli olarak denetlenmektedir.

Gelişen teknoloji ile mecraların çeşitliliği oldukça artmış, kitlelere ve bilgiye erişim kolaylaşmış, reklam faaliyetlerindeki maliyet azalmış olsa da sağlık alanında reklam yapmak dış hekimlerinin mesleki

sorumluluğu açısından da oldukça tehlikelidir. Diş hekimlerinin bu mesleki sorumluluklarının yanı sıra bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerinin hukuki kapsamına uyulmaması; mesleki etik açısından dürüstlük, özerkliğe saygı, adalet ilkelerinin ihlaline ve zamanla yok olmasına sebep olacak ve meslek onurunun, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin zedelenmesine yol açacaktır.

Sağlık alanında ticari amaç güdülmesi kanuni bir yasak olmasının yanı sıra etik olarak da yasaklandığından reklam yasağı oldukça önem taşımaktadır. Günümüzde artan diş hekimi sayısı ile kazançların bir yarış haline gelmesi, diş hekimlerinin mesleki tecrübesiyle veya yeteneğiyle kendini ön plana çıkarmak isteyişleri, hastaların estetik kaygıların niteliğinin değişmesi, sosyal medyanın etkisinin çok geniş olması gibi birçok nedenle diş hekimlerinin reklam yasağının kapsamı güncel ve kritik bir sorun haline gelmiştir. Sağlık, insanlar arasında satışa konu ve değeri bir miktar para ile ölçülebilen bir husus olmadığından yapılan reklamlar ile sağlık hizmetinde ticari kaygı gütmesinin doğru olmadığı görüşündeyiz. Hasta sayısı ile ticari amaç güderek reklam yapılmasının yerine mesleki donanımın ortaya konulduğu, diş hekimlerinin haklarına ve yasaklarına dikkat etmeleri ile Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'e uygun bilgilendirici ve tanıtıcı faaliyetlerin oldukça faydalı ve hukuka uygun olduğu görüşündeyiz.

Bu çalışmada, diş hekimlerinin uyması gereken reklam yasağının kapsamı ve yaptırımları ile tanıtım, bilgilendirme faaliyetlerinde bulunurken uymaları gereken kurallar yargı kararları ışığında incelenmeye çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

ASLAN, Ece Fatma: "Özel Sağlık Hizmetleri Piyasasındaki Reklam Yasaklarının Temel Hak ve Hürriyetler ile Rekabet Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", *Bursa Barosu Dergisi*, Cilt 45, Sayı 113, Eylül 2020, Sayfa: 103-120.

EKİYOR, Aykut / TENGİLİMOĞLU, Dilaver: "Sağlıkta Reklam Serbest Olmalı Mı? Tüketici Görüşleri", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, 2014, s. 45-71.

ERER, Sezer: "Sağlık Hizmetlerinde Reklam", *Genel Tıp Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 2010, s.73-78.

EŞİYOK, Elif: "Türkiye'de Reklamların Denetimi: Reklam Kurulu Kararları Üzerinden Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2018, s. 593-606.

GÜRDİN, Bahar: "Sağlık Hizmetleri Sektöründe Reklam Yasağı: Uygulama Örnekleri", *Sosyal ve Beşeri Bilimleri Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2017, s. 17-30.

ÖZDEMİR, Semih Sırrı: "Sağlık Hizmetlerinde Reklama Yönelik Sınırlandırmalar ve Hukuki Sonuçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 34, 2018, s. 253-282.

TEKELİOĞLU, Numan: "Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, s. 1-34

Adana BAM 8. HD'nin 08.02.2018 tarih ve E: 2018/212, K: 2018/164 sayılı kararı.



AİHM'nin Çağdaş Kışlaoğlu/Türkiye kararı, Başvuru No: 3636/17, K: 21.05.2021

Danıştay 15. D'nin 31.10.2017 tarih ve E: 2015/2897, K: 2017/6094 sayılı kararı.

Danıştay 15. D'nin 31.05.2018 tarih ve E: 2015/1803, K: 2018/5514 sayılı kararı.

Danıştay 15. D'nin 24.10.2018 tarih ve E: 2014/504, K: 2018/7171 sayılı kararı.

İlker Erdoğan Başvurusu, Başvuru No: 2013/316, K: 20.04.2016.

İstanbul BAM 13. HD'nin 09.06.2022 tarih ve E: 2020/839, K: 2022/920 sayılı kararı.

Kayseri BAM 6. HD'nin 19.06.2023 tarih ve E: 2023/1150, K: 2023/1190 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 16.01.2013 tarih ve D: 2012/1169, T: 208 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 16.01.2013 tarih ve D: 2012/1169, T: 208 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 10.05.2016 tarih ve D: 2015/1618, T: 248 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 11.04.2017 tarih ve D: 2017/506, T: 259 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 14.03.2017 tarih ve D: 2016/3633, T: 258 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 21.11.2017 tarih ve D: 2016/3594, T: 266 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 10.09.2019 tarih ve D: 2018/7267, T: 288 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 13.07.2021 tarih ve D: 2019/9564, T: 311 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 12.09.2023 tarih ve D: 2023/1680, T: 337 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 08.03.2022 tarih ve D: 2021/5832, T: 319 sayılı kararı.

Reklam Kurulunun 14.02.2022 tarih ve D: 2022/5597, T: 330 sayılı kararı.

Selçuk Özbölük Başvurusu, Başvuru No: 2015/7206, K: 14.11.2018.

Yargıtay 4. HD'nin 19.10.2015 tarih ve E: 2014/13309, K: 2015/11731 sayılı kararı.

6183 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ ÖDEME EMRİNE KARŞI DÜZELTME-ŞİKÂyet YOLU
CORRECTION-COMPLAINT METHOD AGAINST THE PAYMENT ORDER UNDER THE SCOPE OF
LAW NUMBER 6183

Av. Damla TURAKTEKİN*

ÖZET

6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da ödeme emrine karşı şikayet ve düzeltme yolu öngörülmemiş olup ödeme emrine karşı yalnızca; borcun zamanaşımına uğradığı, borcun olmadığı veya borcun kısmen ödendiği gerekçeleriyle görevli mahkemelerde dava açılabilmesi hususu düzenlenmiştir. 213 Sayılı Vergi Usul Kanun'unun 116 ve devamı maddelerinde vergi hatalarını düzeltme ve şikayet yoluna başvurulabilmesi müessesesi düzenlenmiştir. İlgili kanunun 116. Maddesinde vergi hatası; "vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması" şeklinde tanımlanmıştır. Bu vergi hatalarını kanun; 'vergilendirme hatası' ve 'hesap hataları' şeklinde iki başlığa ayırmış ve kanunun 117. ve 118. Maddelerinde ayrı ayrı düzenlemiştir. Burada önemle belirtmek gerekir ki düzeltme ve şikayet başvurularına; hukuki inceleme ve yorum gerektirmeyen, bir bakışta fark edilebilecek vergilendirme hataları konu olmaktadır. Yargı uygulamasında ve doktrinde 213 Sayılı Kanun'un kapsamında yer alan kamu alacaklarına ilişkin ödeme emirlerinde düzeltme ve şikayet yoluna gidilip gidilemeyeceği hususunda tartışma yaşanmaktadır. Bu tartışmanın temel nedenleri arasında; güncel yargı kararlarının aksine öğretide vergilendirme sürecinin bir bütün olarak ele alınması gerektiğinden; ödeme emirlerinin sürecin tahsil aşamasına ilişkin olması sebebiyle düzeltme ve şikayet yollarının açık olması gerektiği görüşü, 213 sayılı Kanun'un 116. Maddesinde vergi hatalarının tanımı yapılırken "fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması" denilerek verginin tahsil aşamasını da içeren bir tanım yapılmasına karşın aynı kanunun 126. Maddesinde düzeltme zamanaşımının 114. Maddesinde yer alan tarh zamanaşımı süresi içinde yapılabileceği düzenlemesi, düzeltme ve şikayet müesseselerinin 6183 sayılı Kanun'da yer alan işlemleri kapsamayacağı fakat bu durumda da Anayasa'ya aykırılığın söz konusu olabileceği tartışmaları yer almaktadır. Danıştay'ın güncel kararları, 6183 sayılı kanun kapsamındaki ödeme emirlerinde düzeltme ve şikayet yoluna gidilemeyeceği yönünde olsa da aksi yönde kararları da mevcuttur. Biz bu çalışmamızda 6183 sayılı kanun kapsamındaki ödeme emirlerine karşı düzeltme ve şikayet yoluna gidilip gidilemeyeceğini, ilgili kanun maddelerinin nasıl yorumlanması gerektiğini, nasıl çözümlenebileceğini ve farklı çözüm önerilerini; öğretideki görüşler ve Danıştay kararları ışığında açıklamaya ve netleştirmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: vergi hukuku, ödeme emri, düzeltme ve şikayet yolu, 6183 Sayılı Kanun, 213 Sayılı Kanun

ABSTRACT

In the Law No. 6183 on the Collection Procedure of Public Receivables, the method of complaint and correction against the payment order is not foreseen. Against the payment order; It has been regulated that a lawsuit can be filed in the competent courts only on the grounds that the debt is time-barred, the debt does not exist, or the debt has been partially paid. A method of correcting tax errors and filing a complaint is regulated in Article No. 116 and following articles of the Tax Procedure Law No. 213. In Article 116 of the relevant law, tax error is defined as "unjustly demanding or receiving too much or too little tax due to errors made in tax-related accounts or taxation. These tax errors are divided into two headings as 'taxation error' and 'calculation errors' and regulated separately in Articles No. 117 and 118 of the law. It must be emphasized here that correction and complaint applications are a subject

* Avukat, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, ORCID ID: 0009-0008-1867-7999

to taxation errors that do not require legal review and interpretation and can be noticed at a glance. In trial practice and doctrine, there is a debate about whether filing corrections and complaints can be made for payment orders regarding public receivables within the scope of Law No. 213. The main reasons for this debate include; "contrary to current judicial decisions, the need to consider the taxation process as a whole", "since payment orders are included in the collection phase of the taxation process, the means of correction and complaint should be open", "while defining tax errors in Article No. 116 of Law No. 213, the expression 'collection of tax/overtax' is used and while this definition belongs to the collection phase of the tax, Article 126 of the same law regulates that the correction can be made within the limitation period of assessment in Article No. 114", "correction and complaint methods cannot cover the transactions in Law No. 6183, but in such a case, unconstitutionality may arise". Although the current decisions of the Council of State state that corrections and complaints cannot be filed in payment orders within the scope of Law No. 6183, there are also decisions to the contrary. In this study, we shall examine whether corrections and complaints can be filed against payment orders within the scope of Law No. 6183, how the relevant law articles should be interpreted, how they can be resolved, and different solution suggestions, and try to explain and clarify in the light of the opinions in the doctrine and the decisions of the Council of State.

Key Words: tax law, payment order, correction and complaint method, Law No. 6183, Law No. 213

GİRİŞ

Vergi hataları 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş olup bu hatalara karşı idari yol olan düzeltme ve şikayet yolları da hükme bağlanmıştır. Vergilendirme süreci tarh tebliğ tahakkuk ve tahsil aşamaları şeklinde olup bir bütündür. Bu bütünün ilk üç halkası olan tarh, tebliğ, tahakkuk aşamaları 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir. Tahsil aşamasına ilişkin işlemler ise 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. 213 Sayılı Kanun'da vergi hataları ve düzeltme şikayet yolu tanımlanmış olup tanımda vergilendirme sürecindeki tüm aşamaları içine alan bir tanım olmasına rağmen tahsil aşamasını düzenleyen 6183 Sayılı kanunda düzenlenmiş ödeme emirleri ve haciz işlemleri için bu düzeltme şikayet yolunun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tartışma söz konusudur. Ödeme emrine karşı gidilebilecek kanun yolu 6183 Sayılı Kanun'da yer almaktadır.

6183 sayılı Vergi Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. Maddesinde ödeme emrine karşı idari başvuru yolu öngörülmemiştir. İlgili kanun maddesine göre 15 gün içinde idare mahkemesinde, vergi mahkemesinde veya 5510 Sayılı Kanun kapsamında yer alan ödeme emirleri için iş mahkemesinde dava açılacağı hükme bağlanmıştır.

I. 213 SAYILI KANUN KAPSAMINDA YER ALAN DÜZELTME ŞİKAYET MÜESSESESİ

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu 116. Maddede vergi hatası; " *Vergi hatası, vergiye mütaallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınmasıdır.*" şeklinde tanımlanmıştır. 117. Ve 118 maddelerinde ise bu hatalar hesap hataları ve vergilendirme hataları olarak ayrı ayrı hükme bağlanmıştır.

Kanuni tanımdan anlaşılacağı üzere vergi hatası; fazla alınarak mükellef aleyhine oluşabileceği gibi eksik alınarak idare aleyhine de sonuç doğurmuş olabilir. Yine kanundan anlaşılacağı üzere vergilendirme sürecine sınır getirilmemiş olup vergi hatası vergilendirme sürecinin tarh aşamasında olabileceği gibi tahsil aşamasında da gerçekleşebilir.¹

213 Sayılı Kanun'un 126. Maddesinde düzeltme zamanaşımı başlıklı hükümden;

¹ BATI, Murat: Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 481

"114 üncü maddede yazılı zamanaşımı süresi dolduktan sonra meydana çıkarılan vergi hataları düzeltilemez. Şu kadar ki, düzeltme zamanaşımı süresi:

a) Zamanaşımı süresinin son yılı içinde tarh ve tebliğ edilen vergilerde hatanın yapıldığı;

b) İlan yolu ile tebliğ edilip vergi mahkemesinde dava konusu yapılmaksızın tahakkuk eden vergilerde mükellefe ödeme emrinin tebliğ edildiği;

c) İhbarname ve ödeme emri ilan yoluyla tebliğ edilen vergilerde 6183 sayılı Kanuna göre hacizin yapıldığı; tarihten başlayarak bir yıldan aşağı olamaz." hükmü düzenlenmiş olup beş yıllık zamanaşımı süresi² öngörülmüştür.

A. Vergi Hatası Kavramı

Vergi hatası kavramsal olarak; hukuki ihtilaf içermeyen basit ve açık hataların düzeltme ve şikayet yoluna başvurulmak suretiyle dava konusu edilebilmesi mümkündür.³ Yani VUK'un ilgili maddelerinde sayılan vergi hataları; üzerinde tartışmaya pek gerek olmayan⁴, yoruma ihtiyaç duyulmadan açıkça var olan hatalardır.⁵

Düzeltilme şikayet kurumu; 213 Sayılı kanunda düzenlenmiş olup 6183 Sayılı Kanun kapsamında yer alan ve tahsil aşamasına ilişkin olan ödeme emirlerinde, haciz işlemlerinde düzeltme şikayet yolunun işletilip işletilemeyeceği yargı kararlarında tartışma konusudur.⁶ Düzeltilme şikayet başvurusuna ilişkin düzenlemeler; verginin tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamalarını düzenleyen kanun olan 213 Sayılı VUK'ta yer alırken, vergi tahsilini düzenleyen 6183 Sayılı Kanunu kapsayıp kapsamayacağı ve vergilendirme sürecinin bütünselliği açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiği hem yargıda hem doktrinde tartışılmaktadır.

II. ÖDEME EMRİNE DÜZELTME ŞİKAYET BAŞVURUSU YAPILIP YAPILAMAYACAĞINA İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Danıştay'ın eski kararları incelendiğinde düzeltme şikayet müessesinin 6183 Sayılı Kanun kapsamında yer alan ödeme emri ve haciz işlemlerinde düzeltme şikayet yolunun kullanılabilirdiğini görmekteyiz. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun eski bir kararında "...şirketten tahsil imkanı kalmadığı saptanan kamu alacağının, öncelikle kanuni temsilcilerin mal varlığından aranılması, buna rağmen tahsil edilememesi halinde, konulan sermaye ile sınırlı olmak üzere ortaklardan tahsili yoluna gidilmesi gerekirken, ilgili dönemde kanuni temsilci sıfatı taşımadığı ihtilafsız olan davacının takibata tabi tutulmasının, açık vergilendirme hatası olduğu, mükellefin şahsında ve matrahta hata yapıldığı

² "...Düzeltilmede zamanaşımı" başlıklı 126. maddesinde, 114üncü maddede yazılı zamanaşımı süresi dolduktan sonra meydana çıkarılan vergi hatalarının düzeltilemeyeceği, "Zamanaşımı süreleri" başlıklı 114. maddesinde ise, vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergilerin zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir.... Olayda, düzeltme başvurusuyla aynı konulu tapu harcının iadesine yönelik Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu ve Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine yapılan başvurulara yönelik verilen olumsuz cevaplardan sonra Maliye Bakanlığına şikayet yoluyla müracaat edilmesinin gerektiği, iadeye konu tapu harcına ilişkin düzeltmede zamanaşımınının 31/12/2011 tarihinde sona erdiği, dava konusu zımnen ret işlemine ilişkin yapılan düzeltme başvurusunun zamanaşımı süresini tekrardan canlandırmasına imkan olmadığı için dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, davayı kabul eden Vergi Mahkemesi kararına yöneltilen istinaf başvurusunu reddeden Bölge idare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir."

³ Danıştay 4.D.,T. 22.06.2022, E. 2022/576, K. 2022/4335 sayılı karar

⁴ TANİLLİ, Eda: Vergi Hataları ve Hataların Düzeltilmesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2000, s. 8

⁵ BİNİŞ, Mine: "Vergi Hatalarının Mükellef Ve İdare Açısından Sonuçları Ve Bu Sonuçları Saptamaya Yönelik Yapılan Bir Araştırma", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.17, S.2, 2012, s. 488.

⁶ BALCI, Mustafa: Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul Eylül 2023.

sonucuna varıldığından, uyuşmazlığın düzeltme ve şikayet başvurusuna konu yapılabilecek nitelik taşımadığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki ısrar kararı hukuka uygun görülmemiştir.”⁷

Danıştay’ın güncel kararları incelendiğinde ise 6183 Sayılı Kanun kapsamındaki ödeme emirlerine karşı düzeltme şikayet başvurusu yapılamayacağı yönünde kararlar mevcuttur. Örnek olarak Danıştay 3. Dairesi’nin bir kararında *“Vergi hatalarının düzeltilmesi ve reddiyat, Vergi Usul Kanunu'nun Birinci Kitabı olan "Vergilendirme" adı altında ve bu Kitabın "Vergi Alacağı'nın Kalkması" başlıklı Altıncı Kısmında yer aldığı, ödeme, zamanaşımı ve terkine ilişkin düzenlemelerin de yer aldığı Altıncı Kısmın Üçüncü Bölüm hükümleri gibi "Vergilendirme" kitabında yer alan ve vergi muamelelerindeki hataların giderilmesini amaçlayan düzeltme yolu ile Vergi Usul Kanununun 124. maddesinde öngörülen şikayet yolu ile müracaat, kamu alacaklarının güvenceye bağlanması yahut tahsili amacıyla tahsil dairelerince 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca yapılan işlemleri kapsamadığı anlaşılmaktadır.”⁸* diyerek 213 Sayılı Kanun’da düzenlenen düzeltme şikayet müessesini 6183 Sayılı Kanun’da düzenlenen ödeme emrinde kullanılamayacağı şeklinde karara hükmetmiştir. Yine Danıştay 4. Daire’nin bir başka kararında *“Ödeme emri, amme alacağı niteliğini kazanmış vergi ve cezaların tahsili amacıyla vergi dairelerinin tahsilat aşamasında yaptıkları işlemlerdendir. 6183 sayılı Kanuna göre yapılan bu işleme karşı 213 sayılı Kanunla getirilen bir düzenleme olan düzeltme şikayet yolunun kullanılmasına hukuki olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacı tarafından düzeltme başvurusu kapsamında ileri sürülen iddialar, ancak ödeme emrine karşı süresi içerisinde açılan davalarda ileri sürülebilir.”⁹* diyerek benzer şekilde hüküm kurulmuştur.

Danıştay’ın ödeme emirlerine karşı düzeltme şikayet müessesesinin işletilmeyeceğine ilişkin kararlarındaki gerekçeler¹⁰;

-213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiş düzeltme şikayet hükümlerinin 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’u kapsayamayacağı¹¹

-Ödeme emri, vergi borcunun ödenmesi gereken aşamaya gelmesinden sonra düzenlenmiş olması¹²

-6183 sayılı Kanun’daki işlemlere ilişkin olarak 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiş olan düzeltme şikayet müessesesine atıfta bulunulmamış olması

-6183 Sayılı Kanun neredeyse bütün kamu alacaklarına ilişkin olup geniş kapsamlıdır. 213 Sayılı Kanun ise vergilere ilişkindir. 213 Sayılı Kanun’da düzenlenen vergi alacaklarına ilişkin olarak düzenlenen

⁷ Danıştay VDDK., T: 13.03.2003, E. 2002/610, K. 2003/319 sayılı kararı

⁸ Danıştay 3.D., T. 01.06.2022, E. 2019/4363, K. 2022/2650 sayılı kararı

⁹ Danıştay 4.D., T. 24.03.2022, E. 2018/5588, K. 2022/1851 sayılı kararı

¹⁰DOĞRUSÖZ, Bumin: Ödeme Emrinin Düzeltilmesi İstenebilir mi?

<https://www.bumindogruso.com/article/odeme-emrnn-duzeltlmes-steneblr-m>, (erişim tarihi 01.08.2024)

¹¹ **Danıştay 3.D., T. 31.03.2021, E. 2021/635, K. 2021/1675 sayılı kararında;** *“ Vergi hatalarının düzeltilmesi ve reddiyat, Vergi Usul Kanunu'nun Birinci Kitabı olan "Vergilendirme" adı altında ve bu Kitabın "Vergi Alacağı'nın Kalkması" başlıklı Altıncı Kısmında yer aldığı, ödeme, zamanaşımı ve terkine ilişkin düzenlemelerin de yer aldığı Altıncı Kısmın Üçüncü Bölüm hükümleri gibi "Vergilendirme" kitabında yer alan ve vergi muamelelerindeki hataların giderilmesini amaçlayan düzeltme yolu ile Vergi Usul Kanununun 124. maddesinde öngörülen şikayet yolu ile müracaat, kamu alacaklarının güvenceye bağlanması yahut tahsili amacıyla tahsil dairelerince 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca yapılan işlemleri kapsamadığı anlaşılmaktadır.”*

¹² **Danıştay 4.D., T. 24.03.2022, E. 2018/5587, K. 2022/1850 sayılı kararda;** *“ Ödeme emri, amme alacağı niteliğini kazanmış vergi ve cezaların tahsili amacıyla vergi dairelerinin tahsilat aşamasında yaptıkları işlemlerdendir. 6183 sayılı Kanuna göre yapılan bu işleme karşı 213 sayılı Kanunla getirilen bir düzenleme olan düzeltme ve şikayet yolunun kullanılmasına hukuki olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacı tarafından düzeltme başvurusu kapsamında ileri sürülen iddialar, ancak ödeme emrine karşı süresi içerisinde açılan davalarda ileri sürülebilir.”*

ödeme emirlerinde düzeltme şikayet yolu uygulanırsa 6183 Sayılı Kanun'da düzenlenen vergi alacakları ve diğer kamu alacakları arasında eşitsiz durumlar oluşacak olması; olarak sayılabilir.

III. DÜZELTME ŞİKAYET YOLUNA İLİŞKİN ÖĞRETİDEKİ TARTIŞMALAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Doktrinde konuya ilişkin farklı görüşler olmakla birlikte çeşitli çözüm önerileri de mevcuttur.

Murat Batı'nın konuya ilişkin görüşü, ödeme emirlerinde de düzeltme şikayet yoluna gidilebileceği şeklindedir. VUK'ta yer alan vergi hatası tanımında 'fazla veya eksik vergi alınması' ifadesinin yer almasının tahsil aşamasını da kapsadığı görüşündedir.¹³

Nurettin Bilici de; hatanın tahsil aşamasında yapılmış olmasının düzeltme başvurusuna engel olmaması gerektiği görüşündedir.¹⁴

Mustafa Balcı'nın konuya ilişkin görüşü; 213 Sayılı Kanun'da düzeltme ve şikayet başvurusunun yönünden tarh ve tebliğ zamanaşımının sınır oluşturduğu ve bunun genişletici yorumlanmasının mümkün olmadığı, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer alan düzenlemenin 6183 Sayılı Kanunu kapsamayacağından bahisle ödeme emrine karşı düzeltme şikayet müessesesinin işletilemeyeceği görüşündedir. Önemle belirtmek gerekir ki Balcı; 213 Sayılı Kanunda yer alan tarh zamanaşımı içerisinde yer alıyorsa ödeme emrine değil fakat ödeme emrinin dayanağı vergi ve cezalara karşı düzeltme ve şikayet yolunun işletilebileceği görüşündedir.¹⁵

Yine Balcı'nın görüşüne göre; her ne kadar ödeme emrine karşı düzeltme şikayet başvurusuna gidemiyor olsak dahi bir vergi hatası bulunan halde yapılan ödemelerin geri alınabilmesi gerekir. Aski durum düşünülüğünde; yani vergi hatası sebebiyle ödeme yapıldığında ve bunun geri alınamaz, düzeltilemez olduğu durumda uluslararası anlaşmalarla korunan ve Anayasa'mızda yer alan mülkiyet hakkının ihlali söz konusu olur.¹⁶

SONUÇ

Vergi Usul Kanunu'nda yer alan düzeltme şikayet müessesesinin 6183 Sayılı Kanun'da yer alıp almayacağına ilişkin doktrinde fikir birliği yoktur. Değişen Danıştay kararlarında artık istikrarlı olarak 6183 Sayılı Kanun kapsamındaki ödeme emirlerinde düzeltme şikayet müessesesinin uygulanamayacağı açık olsa da bu durum hukuki tatmin sağlamamaktadır. Yukarıda detaylı olarak izah ettiğimiz üzere; vergi hatası kavramının tanımında tahsil aşamasından bahsederken, tahsil aşamasına ilişkin olan 6183 Sayılı Kanun'da yer alan ödeme emri ve devamı işlemlerine düzeltme şikayet başvurusu yapılamıyor olması hukuki ihtilaflara sebebiyet vermektedir. Başka bir bakış açısıyla da vergilerin ödenmesine ilişkin olarak düzenlenen ödeme emirleri ile diğer kamu alacaklarının ödenmesine ilişkin düzenlenen ödeme emirleri arasında farklılık olması da aynı kanunda düzenlenen alacakların tahsil aşamasına ilişkin eşitsiz bir durum yaratacaktır.

Öte yandan ödeme emirlerine karşı düzeltme şikayet yoluna gidilemeyeceği yönünde kararlar mevcutsa da ödeme yapıldıktan sonra hata hükümlerine gidilebildiği aksi takdirde bunun Anayasa tarafından korunan mülkiyet hakkının ihlali olacağı da açıktır.

Kanaatimizce; vergilendirme sürecinin tahsilden önceki aşamalarında düzeltme şikayet yoluna gidilebiliyor, ödeme yapıldıktan sonra gidilebiliyorken ödeme emri aşamasında gidilemiyor olmasının usul ekonomisi ilkesine de aykırıdır. Vergi hatası idare aleyhine olabileceği gibi idare lehine de olabilir. Vergi hatası tanımında 'fazla veya eksik vergi alınması' şeklinde tanımlandığı için hata, idare aleyhine de lehine de olabilir. Bu hatanın düzeltilebilmesinin vergilendirme sürecinin bir bütün olması sebebiyle

¹³ BATI, s. 435

¹⁴ BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, Savaş Yayınevi, 2022, s. 211

¹⁵ BALCI, s. 1077-1078

¹⁶ BALCI, s. 1079

her aşamada yapılabilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple doktrinde yer alan görüşlere ve çözüm önerilerine de katlıyoruz. 6183 Sayılı Kanun içerisinde vergi alacakları ve diğer kamu alacaklarına yönelik tahsil aşamasındaki ödeme emri ve haciz işlemleri esnasında da düzeltme şikayet yolunun kullanılabilmesine ilişkin kanun maddesi eklenebilir veya 213 Sayılı Kanundaki düzeltme şikayet başvurusuna ilişkin maddelere atıfta bulunulabilir. Böylece hem doktrinde hem yargıda yer alan tartışmalar son bulur hem de usul ekonomisi gereği; zaten bir bakışta anlaşılabilir nitelikte olan vergi hataları hızlı bir şekilde çözüme kavuşabilir.

KAYNAKÇA

BALCI Mustafa: Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, B. 3, İstanbul Eylül 2023

BATI Murat: Vergi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 481

BİLİCİ Nurettin: Vergi Hukuku, Savaş Yayınevi, 2022.

BİNİŞ, Mine: “Vergi Hatalarının Mükellef Ve İdare Açısından Sonuçları Ve Bu Sonuçları Saptamaya Yönelik Yapılan Bir Araştırma”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.17, S.2, 2012, ss. 485-508.

DOĞRUSÖZ Bumin: Ödeme Emrinin Düzeltilmesi İstenebilir mi? <https://www.bumindogrusoaz.com/article/odeme-emrnn-duzeltlmes-steneblr-m>, (erişim tarihi 01.08.2024)

TANILLI Eda: Vergi Hataları ve Hataların Düzeltilmesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2000.

Danıştay VDDK'nın 13.03.2003 tarihli, E. 2002/610, K. 2003/319 sayılı karar.

Danıştay 3.D'nin 01.06.2022 tarihli, E. 2019/4363, K. 2022/2650 sayılı karar.

Danıştay 4.D'nin, 24.03.2022 tarihli, E. 2018/5588, K. 2022/1851 sayılı karar.

Danıştay 3.D'nin, 31.03.2021 tarihli, E. 2021/635, K. 2021/1675 sayılı karar.

Danıştay 4.D'nin, 24.03.2022 tarihli, E. 2018/5587, K. 2022/1850 sayılı karar.

Danıştay 4.D'nin, 22.06.2022 tarihli, E. 2022/576, K. 2022/4335 sayılı karar.

**AHLAKİ KODLARIN KISKACINDA CİNSEL TACİZ SUÇU: SUÇUN MADDİ UNSURU BAĞLAMINDA
YARGITAY UYGULAMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR**

**SEXUAL HARASSMENT IN THE GRIP OF MORAL CODES: PROBLEMS IN THE DECISIONS OF COURT OF
CASSATION IN THE CONTEXT OF THE MATERIAL ELEMENT OF THE CRIME**

Arş. Gör. Rabia İBİŞ*

ÖZET

TCK'nın 105. maddesinde maddi unsur "bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etme" şeklinde tanımlanan cinsel taciz suçu; vücut teması olmaksızın işlenmekte ve cinsel özgürlüğe karşı suçlar arasında en hafif ihlale karşılık gelmektedir. Soyut olduğu gerekçesiyle eleştirilere konu olan suçun maddi unsurunun somutlaştırılması; öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik bakımından elzemdir.

Suçun maddi unsurunun soyut bir şekilde tanımlandığı yönündeki eleştiriler haklı olmakla birlikte; Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere, cinsel taciz suçuna ilişkin uygulamanın genel itibariyle oturduğunu, yerleşik uygulamanın önemli ölçüde öngörülebilir çizgide, istikrarlı bir şekilde seyrettiğini söylemek mümkündür. 5237 sayılı TCK kapsamında cinsel taciz suçunun uygulaması öncelikle Yargıtay 5. Ceza Dairesi, ardından 2012 yılı itibariyle esas olarak 14. Ceza Dairesi tarafından şekillendirilmiş; son olarak 2021 yılından bu yana 9. Ceza Dairesi, yerleşik uygulamaya devam etmiştir.

Bununla birlikte, cinsel özgürlüğe karşı suçlara ilişkin temyiz davalarına bakan Yargıtay ceza dairesi değişse dahi; cinsel taciz suçu bağlamında kanunilik ilkesine açıkça aykırı bazı hatalı uygulamaların istikrarlı bir şekilde devam ettiği görülmektedir. Bu bağlamda biz, cinsel taciz suçunda "vücut teması" kriterinin gerekli ve tek başına yeterli olduğu kabulüyle; bu hatalı uygulamaların maddenin lafzından değil, Mahkeme'nin benimsediği "ahlakçı" eğilimden kaynaklandığını düşünüyoruz. Nitekim bu çalışmanın amacı; Mahkeme'nin "ahlaken kınanabilir" gördüğü ancak aslında meşru olan ve bireyler arasında sosyal ilişkiler kurma amacıyla yapılan hareketlerin cinsel taciz suçu kapsamında nasıl cezalandırıldığını göstermek; medeni çizgiyi yok eden, hukukun sınırlarını aşan ve cezalandırılabilir alanı genişleten ahlakçı dayatmayı gözler önüne sermektir.

Bu noktada Yargıtay uygulamasında sıklıkla karşılaşılan temel sorun; mağdura arkadaş veya sevgili olma veya beraber yemeğe çıkma teklifinde bulunma, evlilik teklifi etme, hediye, çiçek vs. yollama, aşk mektubu yazma veya bu içerikte mesajlar atma/arama gibi pek çok örnekte failin cinsel taciz suçundan cezalandırılıyor olmasıdır. Zira bu hâllerde söz konusu hareketler; mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmemesine, "cinsel amaç" içermemesine rağmen cezalandırılmakta; Mahkeme, sosyal hayat içerisinde bireysel kanılarla "ahlaken kınanabilir" gördüğü bu hareketlerin önünü kesmeye çalışmakta, bu noktada da ceza hukukunu araç olarak kullanmaktadır.

Faille yönelik "ahlaki kınama", mağdurun evli/nişanlı kadın olduğu ve failin bu durumu bildiği veya mağdurdan yaşça büyük olan failin mağdurla medeni bir ilişki kurmaya çalıştığı hâllerde daha da artmaktadır. Benzer şekilde, 105. maddenin gerekçesinde yer alan "ahlak temizliği" kavramının, cinsel taciz suçunun oluşup oluşmadığının tespitinde bir ölçüt olarak kullanıldığı veya kararların gerekçesinde

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: ibisrabis@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6536-5604

“ahlaki kurallara uygun evlenme teklifi, tanışma isteği veya beğeni ifadeleri”nden söz edildiği görülmektedir. Öyleyse temelde, söz konusu ifadelerin neye karşılık geldiği veya nasıl somutlaştırılacağı ve ayrıca arkadaşlık/flört girişimlerinin cinsel taciz suçundan nasıl ayırt edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun geliştirdiği; “mağdurun rızasının olup olmadığı, söz konusu davranışın veya sözün ısrarcı, sırnaşıkça, kaba veya incitici bir nitelik taşıyıp taşımadığı, arkadaşlık/flört ilişkisi kurmak isteyen kişi ile mağdur arasında ilişkinin kurulmasını engelleyecek nitelikte hukuki veya ahlaki bir engelin bulunup bulunmadığı” şeklindeki kriterler ayrıca ele alınacaktır.

Sonuç olarak; cinsel suçların artık genel ahlaki değil, bireylerin cinsel özgürlüklerini hedef aldığı kabulüyle, Yargıtay’ın benimsediği bu ahlakçı genel eğilim; tarihsel değişim ve dönüşüm çerçevesinde eleştirel bir şekilde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Cinsel Taciz, Ahlak, Yargıtay, Suçun Maddi Unsuru

ABSTRACT

The material element of the crime of sexual harassment is defined as "harassing a person for sexual purposes" in Article 105 of the TPC. Concretization of this definition, which has been subject to many criticisms on the grounds that it is abstract, is of great importance in terms of preventing arbitrary and inconsistent practices and ensuring predictability and legal security.

Although the criticisms that the material element of the crime is defined in an abstract manner are justified; as seen in the decisions of the Court of Cassation, it is possible to say that the practice regarding the sexual harassment has been established in general, and the established practice has followed a stable course in a predictable line.

However, some erroneous practices regarding the sexual harassment, which are consistent but clearly contrary to the principle of legality and legal security, persist. These erroneous practices stem not from the wording of the article, but from the "moralistic" tendency adopted by the Court. As a matter of fact, the aim of this study is to show how acts that the Court considers "morally reprehensible" but are in fact legitimate and are done for the purpose of establishing social relations between individuals are punished within the scope of the sexual harassment; to reveal the moralistic imposition that destroys the civilized line, crosses the boundaries of the law and expands the punishable area.

At this point, the main problem frequently encountered in the practice of the Court of Cassation is that the perpetrator is punished for sexual harassment in many cases such as asking the victim to be friends or lovers or to have dinner together, proposing marriage, sending gifts, flowers, etc., writing love letters or sending/calling messages with this content. These acts are punished even though they do not violate the sexual freedom of the victim and do not contain a "sexual purpose"; the Court tries to prevent these acts, in social life, through criminal law.

The "moral condemnation" against the perpetrator increases in cases where the victim is a married/engaged woman and the perpetrator knows this or where the perpetrator, who is older than the victim, tries to establish a civil relationship with the victim. Similarly, it is observed that the concept of "moral purity" in the justification of Article 105 is used as a criterion in determining whether the crime of sexual harassment has occurred or that the justification of the decisions refers to "marriage proposals, requests for acquaintance or expressions of admiration in accordance with moral rules".

Therefore, the problem of how to distinguish friendship/flirt attempts from the sexual harassment arises. In this context, the criteria developed by the Court will be discussed separately.

As a result, the moralistic general tendency adopted by the Court will be analyzed on the basis of the fact that the acceptance that sexual crimes are no longer committed against "society" and "public morality" but against the sexual freedom of individuals represents an important stage in the transformation of the value violated by sexual crimes.

Keywords: Sexual Harassment, Morality, Court of Cassation, Material Element of Crime

GİRİŞ

TCK'nın 105. maddesinde maddi unsuru "bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etme" şeklinde tanımlanan cinsel taciz suçu; vücut teması olmaksızın işlenmekte ve cinsel özgürlüğe karşı suçlar arasında en hafif ihlale karşılık gelmektedir. Soyut olduğu gerekçesiyle eleştirilere konu olan suçun maddi unsurunun somutlaştırılması; öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik bakımından elzemdir.

Bu kapsamda çalışmanın ilk kısmında; cinsel tacizi suç olarak düzenleyen normun uygulama alanını net bir şekilde çizmek ve sınırlamak amacıyla, suçun maddi unsurunun TCK'nın 105. maddesinde nasıl ifade edildiği, bu tanımlamanın neden somutlaştırılması gerektiği ve bu somutlaştırmanın nasıl yapılacağı üzerinde durulacaktır. Ancak çalışmanın amacı cinsel taciz suçunun unsurlarını bir bütün olarak incelemek olmadığından, suçu unsurlarına ayırarak baştan sona inceleme şeklinde klasik bir metot benimsenmeyecek; yalnızca çalışmanın esasını oluşturan sorun üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın ikinci kısmında, Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere; cinsel taciz suçu bağlamında kanunilik ilkesine aykırı açıkça hatalı ancak istikrar kazanmış ve çalışmanın esasını oluşturan soruna değinilecek; Mahkeme'nin benimsediği ahlakçı eğilimin cinsel taciz suçunun uygulamasını nasıl şekillendirdiği ele alınacaktır. Bir başka ifadeyle arkadaşlık/flört girişimi ile cinsel tacizin birbirinden ayrılamaması sorunu üzerinde durulacak, bu çerçevede Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun geliştirdiği ancak yine birbirinden hatalı kriterler detaylı olarak incelenecektir.

Son olarak, cinsel tacizi düzenleyen TCK'nın 105. maddesinin gerekçesinde yer alan "ahlak temizliği" kavramının ve bağlayıcı olmadığı hâlde gerekçeyi Kanun'a dâhil ederek yorumlamanın nasıl bir çıkamaz yarattığı ele alınacak; Mahkeme kararlarında sıklıkla kullanılan "ahlaki kurallara uygun evlenme teklifi, tanışma isteği ve beğeni ifadeleri" şeklindeki sorunlu ifadeler üzerinde durulacaktır. Nitekim cinsel taciz suçunun oluşumu bakımından "ahlakiliğin/ahlaka uygunluğun", mağdurun medeni hâlinin veya yaşının önemli olup olmadığının altı çizilerek çalışma tamamlanacaktır.

CİNSEL TACİZ SUÇUNUN MADDİ UNSURUNUN SOMUTLAŞTIRILMASI: NEDEN VE NASIL?

TCK'nın 105. maddesinde cinsel taciz suçuna vücut veren fiil; *“bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etme”* şeklinde ifade edilmektedir. Soyut bir tanımlama olduğu, cinsel tacize vücut veren hareketlerin nelerden ibaret olduğu konusunda bir sınırlama içermediği ve kanunilik ilkesini ihlal ettiği için öğretide pek çok eleştiriye konu olan cinsel taciz suçunun maddi unsurunun somutlaştırılmasına ihtiyaç duyulmuş¹, hatta söz konusu düzenleme bu sebeple somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 102 ve 103. maddeden yola çıkarak cinsel taciz suçunun *“cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri”* olduğunu ve her olayın kendine özgü şartlarının ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirterek; söz konusu hükmün belirsiz olmadığı sonucuna varmış ve itirazı reddetmiştir.²

TCK'nın 105. maddesinin gerekçesinde yer alan *“cinsel tacizin yalnızca mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği”* ifadesinden, Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçeye paralel kararından ve Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamasından da görülebileceği üzere, öğretide “temas kriteri” olarak adlandırılan husus esas alınmış³; mağdurun vücuduna temas içeren bir hareketin olması hâlinde mağdurun yaşına göre “çocukların cinsel istismarı” veya “cinsel saldırı” suçunun, mağdurun vücuduna temas olmaması hâlinde ise “cinsel taciz” suçunun oluştuğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda öğretide cinsel taciz suçunun maddi unsuruna yönelik pek çok tanımlama olmakla birlikte, bizce cinsel taciz *“vücut teması içermemekle birlikte mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmeye elverişli her türlü hareket”* olarak tanımlanabilir.⁴

Uygulamada da görüldüğü üzere temas kriteri; somut, gerekli ve tek başına yeterli bir ölçüt olduğu için cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel taciz suçları arasında bir ayırım yapma bağlamında büyük bir zorlukla karşılaşılmamaktadır. Ancak kişilerin arkadaşlık ilişkisi kurmak veya flört etmek amacıyla yaptığı temas içermeyen hareketlerin cinsel taciz, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma veya ısrarlı takip suçları kapsamına girip girmediğinin tespiti bağlamında Mahkeme'nin uygulamasının hatalı ve öngörülemez bir şekilde geliştiği görülmektedir. Nitekim bu noktada karşılaşılan temelde iki problem bulunmaktadır.

¹ Söz konusu hükmün belirsiz ve kanunilik ilkesine aykırı olduğuna yönelik görüşler için bkz. BAŞ, Eylem: “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 1160, 1161; BAYRAKTAR, Köksal / KESKİN KİZİROĞLU, Serap / YILDIZ, Ali Kemal / MEMİŞ KARTAL, Pınar / ALTUNÇ, Sinan / BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah / ERMAN, Barış / EROĞLU ERMAN, Fulya / KURT, Gülşah / SINAR, Hasan: Özel Ceza Hukuku (Cilt II: Madde 81-105), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 559; KURT, Gülşah: “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu”, *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, Cilt 1, İstanbul 2008, s. 514 vd.; PAMUK, Gülfem: “Fransız ve Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu (Kanunilik İlkesi Bakımından Bir Değerlendirme)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 1473, 1474; ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu (Cilt I: Madde 1-140), Vedat Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 410, 414; YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2016, s. 18; YOKUŞ SEVÜK, Handan: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 57, 2005, s. 270, 271.

² Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2010 tarih ve E: 2008/55 K:2010/41 sayılı kararı.

³ Temas kriterinin tek başına yeterli bir ölçüt olup olmadığına yönelik detaylı tartışmalar için ayrıca bkz. İBİŞ, Rabia: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 100-105.

⁴ Öğretide cinsel taciz suçuna ilişkin yapılmış çeşitli tanımlamalar için ayrıca bkz. İBİŞ, s. 105-109.

İlk sorun; cinsel taciz, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma ve ısrarlı takip suçları birbirlerinden doğru bir şekilde ayrılmadığı ve özellikle 7406 sayılı Kanun değişikliğine kadar “ısrarlı takip/stalking” bağımsız bir suç olarak TCK’da düzenlenmediği için, bu tür hareketlerin kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde cinsel taciz veya kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu kapsamında cezalandırılmasıdır.

İkinci sorun ise; neredeyse her türlü arkadaşlık/flört girişiminin, cinsel bir amaç içermemesine ve mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmiyor olmasına rağmen, cinsel taciz suçu kapsamında cezalandırılmak istenmesidir. Bu çerçevede aslında meşru olan ve bireyler arasında sosyal ilişkiler kurma amacıyla yapılan hareketler, “ahlaken kınanabilir” görülmesi sebebiyle cezalandırılmakta, cezalandırılabilir alan öngörülemez ve hatalı bir şekilde genişletilmektedir. Bir başka ifadeyle; mahkemeler özellikle kadın-erkek ilişkilerinin (ya da daha geniş bir bağlamda romantik ilişkilerin) nasıl kurulacağına veya gelişeceğine kendileri karar vermek istemekte; hatta daha açık bir ifadeyle, ancak kendi arzu ettikleri gibi şekillendiği sürece bu ilişkilerin kurulmasını uygun gördükleri anlaşılmaktadır. Aksi bir durumda failin cinsel tacizden cezalandırılması yoluna gidilmekte; mahkemelerin ahlakçı dayatmaları için ceza hukuku ise bir araç olarak kullanılmaktadır. Nitekim mağdura arkadaş veya sevgili olmayı veya beraber yemeğe çıkmayı teklif etmek, evlilik teklif etmek, hediye, çiçek, çikolata, yemek vs. yollamak, aşk mektubu yazmak veya bu içerikte mesajlar atmak/aramak gibi arkadaşlık/flört ilişkisi kurmak amacıyla yapılan pek çok örnekte durum böyledir.

Bu çalışmada esas olarak ikinci sorun ele alınacak; dolayısıyla özellikle arkadaşlık/flört girişimleri ile cinsel tacizin uygulamada birbirinden nasıl ayrıldığı ve aslında nasıl ayrılması gerektiği, ancak ahlakçı eğilimlerin uygulamayı nasıl tamamen yanlış bir şekilde şekillendirdiği üzerinde durulacaktır. Bahsi edilen ilk sorun; cinsel taciz, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma ve ısrarlı takip suçlarının birbirlerinden nasıl ayrıldığı ve uygulamanın nasıl şekillendiği hususu, çalışmanın konusunu oluşturmadığından ayrıca ele alınmayacaktır.

II. ARKADAŞLIK/FLÖRT GİRİŞİMLERİ İLE CİNSEL TACİZ BİRBİRİNDEN NASIL AYRILIR?: YARGITAY CEZA GENEL KURULU’NUN GELİŞTİRDİĞİ KRİTERLER VE BU KRİTERLERE YÖNELİK BÜTÜNCÜL BİR DEĞERLENDİRME

Cinsel taciz suçunun maddi unsuru bağlamında Yargıtay kararlarında karşılaşılan en temel sorunlardan biri; arkadaşlık veya flört girişimleri ile cinsel tacizin birbirinden nasıl ayrılacağıdır. Bir başka ifadeyle; yapılan davranış veya söylenen söz ne zaman meşru alanda kalacak veya ne zaman suç oluşturacaktır? Özellikle mağdura arkadaş veya sevgili olmayı veya beraber yemeğe çıkmayı teklif etmek, evlilik teklif etmek, hediye, çiçek, çikolata, yemek vs. yollamak, aşk mektubu yazmak veya bu içerikte mesajlar atmak/aramak gibi pek çok örnekte failin cinsel taciz suçundan dolayı cezalandırıldığı görülmektedir. Öyleyse somut olay bağlamında yapılacak bu ayırımın tespitinde göz önünde bulundurulması gereken bir kriterin varlığından söz etmenin mümkün olup olmadığı ve eğer mümkünse, bu kriterlerin nelerden ibaret olduğunu belirlemek önem kazanmaktadır. Zira bir fiilin suç olup olmadığının tespitini soyut ve göreceli kriterlere veya hâkimin tamamen sübjektif değerlendirmesine bırakmak, öngörülebilirliği ve hukuki güvenliği ortadan kaldırmaktadır.

Bu bağlamda öncelikle Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun arkadaşlık/flört girişimleri ile cinsel tacizi birbirinden ayırt etmek için ortaya koyduğu bazı kriterlerden söz etmek gerekmektedir. Yakın tarihli kararlarda dahi sıklıkla görüldüğü üzere Mahkeme öncelikle *“Eylemin cinsel amaçla işlenip işlenmediği ya da hangi fiilin cinsel taciz suçunu oluşturacağı belirlenirken sosyal hayatın gerekleri, failin sarf ettiği söz ve davranışların niteliği, gerçekleşme biçimi, tarafların konumları, aralarındaki ilişki ile eylemin gerçekleştiği tüm koşulların birlikte değerlendirilmesi gerektiğini”* belirtmekte ve ardından *“mağdurun rızasının bulunup bulunmadığı, yapılan davranışın veya söylenen sözün ısrarcı veya sırnaşıkça olup olmadığı, yapılan davranışın veya söylenen sözün kaba veya incitici olup olmadığı ve arkadaşlık/flört ilişkisi kurmak isteyen kişi ile mağdur arasında, bu ilişkinin kurulmasını engelleyecek nitelikte hukuki veya ahlaki bir engelin bulunup bulunmadığı”* şeklinde dört kriter sayılmaktadır.⁵

Mahkeme'nin geliştirdiği kriterleri tek tek incelemeye geçmeden önce, şu hususun altını çizmek gerekir. Elbette Mahkeme'nin bir eylemin cinsel amaçla işlenip işlenmediğinin ya da hangi fiilin cinsel taciz suçunu oluşturacağının belirlenmesinde *“sosyal hayatın gerekleri, failin sarf ettiği söz ve davranışların niteliği, gerçekleşme biçimi, tarafların konumları, aralarındaki ilişki”* gibi hususların dikkate alınması ve eylemin gerçekleştiği koşulların birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmesinde bir sakınca yoktur, hatta isabetlidir. Zira öğretilerde fiilin cinsel taciz suçuna vücut verip vermediğinin tespitinde sadece objektif, sadece sübjektif veya hem objektif hem sübjektif kriterlerin ele alınması gerektiğini ileri süren çeşitli görüşler⁶ bulunmakla birlikte; suçun mahiyeti gereği, bu hususların göz önünde bulundurulması bir zorunluluktur. Ancak bu tespit yapılırken göz önünde bulundurulacak olan Mahkeme'nin kriterleri hiçbir işe yaramadığı gibi, aslında birbirinden hatalı pek çok kabulü içerdiği için sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır.

Mahkeme'ye göre; bir fiilin arkadaşlık/flört girişimi mi yoksa cinsel taciz mi olduğunun belirlenmesinde dikkate alınacak ilk husus; failin davranışına veya söylediği söze yönelik olarak *“mağdurun rızasının bulunup bulunmadığı”*dır. Cinsel özgürlüğe karşı suçlar kural olarak (reşit olmayanla cinsel ilişki suçu hariç olmak üzere) mağdurun rızası hilafına işlenmekte, dolayısıyla mağdurun rızasının bulunması suçun oluşumunu engellemektedir. Bir başka ifadeyle; mağdurun cinsel özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunabildiği, geçerli bir rıza vermeye ehil olduğu kabulüyle, mağdurun rızasının bulunduğu hâllerde ortada zaten cinsel taciz suçunun oluşup oluşmadığına yönelik bir tartışma yoktur. Esas sorun; mağdurun rızasının bulunmadığı hâllerde, failin fiilinin cinsel tacize vücut verip vermediğinin nasıl belirleneceğidir. Öyleyse *“mağdurun rızasının bulunup bulunmadığı”* şeklinde ifade edilen kriter; bahsi geçen esas sorunu çözmekten uzaktır.

Mahkeme'ye göre; bir fiilin arkadaşlık/flört girişimi mi yoksa cinsel taciz mi olduğunun belirlenmesinde dikkate alınacak ikinci husus; *“fail tarafından yapılan davranışın veya söylenen sözün ısrarcı veya sırnaşıkça olup olmadığı”*dir. Cinsel taciz suçunu düzenleyen 105. maddeye bakıldığında;

⁵ Örneğin bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02.06.2021 tarih ve E: 2019/500 K:2021/250 sayılı; 22.04.2021 tarih ve E: 2019/170 K: 2021/166 sayılı; 04.06.2020 tarih ve E: 2020/63 K: 2020/258 sayılı; 27.02.2020 tarih ve E: 2017/668 K: 2020/141 sayılı; 26.11.2019 tarih ve E: 2015/208 K: 2019/666 sayılı; 24.03.2015 tarih ve E: 2014/669 K: 2015/68 sayılı kararları.

⁶ Bu hususta detaylı bilgi için ayrıca bkz. İBİŞ, s. 106-108.

örneğin kişilerin huzur ve sükûnunu bozma (m. 123) veya ısrarlı takip (m. 123/A) suçlarının aksine, “ısrar” unsurunun suçun oluşumu bakımından bir önemi olmadığı görülmektedir. Bir başka ifadeyle; cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için fiilin ısrarcı olması; tekrar tekrar birden çok kez sürekli olarak tekrarlanması aranmamaktadır. Nitekim mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmeyen bir fiilin “ısrarcı” bir şekilde tekrarlanması da, fiile cinsel bir içerik kazandırmamakta; dolayısıyla hâlâ mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmediği için cinsel taciz suçu oluşmamaktadır. Ancak Mahkeme, örneğin bir arkadaşlık, flört veya evlilik teklifinin reddedilmesine karşın, failin bu eylemlerini mağduru rahatsız edecek bir şekilde sürdürmesini cinsel taciz suçunun oluşumu için yeterli görmektedir.

Bu bağlamda biz söz konusu fiilin, mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmese dahi sırf ısrarla tekrarlandığı için cinsel tacize vücut verdiğini kabul etmenin⁷ hatalı olduğunu düşünüyoruz. Zira aksi bir kabul, suça aslında olmayan bir unsur eklemek anlamına gelir; suçun uygulama alanını bu şekilde genişletmek ise kanunilik ilkesini açıkça ihlal etmekte ve kanuni tipi aşındırmaktadır. Bu noktada “ısrarcı” bir şekilde gerçekleştirilen fiilin, eğer diğer şartları da varsa ancak ve ancak kişilerin huzur ve sükûnunu bozma veya ısrarlı takip suçunu oluşturabileceğinden söz etmek gerekir. Ancak söz konusu fiiller tipik olmadığı için bu suçlar kapsamında da cezalandırılmıyorsa; bu fiilleri gerçekleştiren kimsenin meşru alanda kaldığını, cezalandırılabilir alana girmediğini, cezalandırmanın muhatabı olamayacağını kabul etmek gerekir. Zira biçimsel kanunilik ilkesinin benimsendiği bir sistemde hâkimin, kanunda açıkça suç olarak düzenlenmeyen ancak kendi kanaatine göre antisosyal olduğunu kabul ettiği bir fiili cezalandırma yetkisi yoktur.

Failin davranışının veya söylediği sözün sırnaşıkça olup olmadığı hususuna gelince; cinsel taciz suçunun 765 sayılı mülga TCK’da tam olarak karşılığı bulunmamakla birlikte, suçun maddi unsuruna bakıldığında, 421. maddede düzenlenen “söz atma” ve “sarkıntılık” suçlarıyla büyük ölçüde benzerlik gösterdiği anlaşılmaktadır.⁸ Söz atma fiillerinin kısa aralıklarla tekrarlanması, devamlılık arz etmesi ve bu yüzden “sırnaşıkça bir hâl alması” durumunda; bu fiiller bir bütün olarak sarkıntılık suçuna vücut vermektedir.⁹ Dolayısıyla 5237 sayılı TCK itibarıyla yalnızca mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal

⁷ Aynı yönde görüşler için bkz. KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 379; TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 528, 529, 534-538, 553, 554; YOKUŞ SEVÜK, Handan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 403. Farklı yöndeki görüşler için bkz. TUĞRUL, Ahmet Ceylani: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 575; UZUN, Elif: Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz Suçu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırşehir 2020, s. 25.

⁸ ARTUK, Mehmet Emin: “Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı 11, 2006/4, s. 30, 42; ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 208, 224, 225; BAŞ, s. 1145; BAYTEMİR, Erdal: Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 397, 398; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 378; KURT, s. 508, 509, 513; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku – Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 389; TUĞRUL, s. 569; YAŞAR, Osman / GÖKCEN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (Cilt 3: Madde 86-140), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 3515; YENİDÜNYA, Ahmet Caner: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı 33, Yıl 3, 2005, s. 3310, 3311; YOKUŞ SEVÜK, *Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları*, s. 269, 272.

⁹ ARTUK, s. 39; ARTUK, Mehmet Emin / ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Sarkıntılık Fiili”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2014, s. 3246; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 233; BAKICI, Sedat: Genel

etmeyen cinsel davranışlarla işlenebilen cinsel taciz suçu; 765 sayılı mülga Kanun'da yer alan "söz atma" suçunu ve "sarkıntılık" suçunun tekrarlanan, devamlılık arz eden ve bu yüzden sırnaşıkça hâl aldığı kabul edilen söz atma fiilleriyle işlenmesi hâlini kapsamakla birlikte, "sarkıntılık" suçunun temas içeren, ani ve kesintili cinsel davranışlarla işlenmesi hâlini kapsamamaktadır.¹⁰ Bir başka ifadeyle, sarkıntılık suçuna vücut veren hareketler mağdurun vücuduna temas içerebileceği gibi, içermiyor da olabilir.¹¹ 765 sayılı mülga Kanun'a dair yapılan bu genel açıklamalardan sonra, şu hususun özellikle altını çizmek gerekir; 5237 sayılı TCK'da cinsel taciz suçu bakımından "yapılan davranışın veya söylenen sözün sırnaşıkça olup olmadığı" önem arz etmemektedir. Zira hareketlerin sırnaşıkça bir hâl alması, mülga Kanun'un aksine, cinsel taciz suçunun unsuru değildir. Dolayısıyla bir fiilin arkadaşlık/flört girişimi mi yoksa cinsel taciz mi olduğunu belirlerken; fiilin tekrarlanması, devamlılık arz etmesi ve bu yüzden sırnaşıkça hâl alması hususu dikkate alınmaz. Söz konusu fiilin bu içerikte olması; bu fiilin cinsel taciz suçuna vücut vereceği anlamına gelmemektedir. Aksi bir kabul, yine suça aslında olmayan bir unsur eklemek anlamına gelmekte; suçun uygulama alanını bu şekilde genişletmek ise kanunilik ilkesini açıkça ihlal etmektedir.

Mahkeme'ye göre; bir fiilin arkadaşlık/flört girişimi mi yoksa cinsel taciz mi olduğunun belirlenmesinde dikkate alınacak üçüncü husus; *"fail tarafından yapılan davranışın veya söylenen sözün kaba veya incitici olup olmadığı"* dır. Bir davranışın veya sözün "kaba veya incitici" olması ne anlama gelir veya bir davranış veya sözün "kaba veya incitici" olup olmadığı kime göre, nasıl belirlenir? Bu sorulara cevap vermek zordur ve üstelik bir bilinmeyi başka bir bilinmeyen yaratarak açıklamaya çalışmak; doğru, akılcı veya en azından pratik bir yöntem değildir. Kaldı ki bir davranış veya sözün "kaba veya incitici" olması; mutlaka cinsel taciz suçuna vücut vereceği anlamına gelmez. Mahkeme bu bağlamda *"evlenme veya arkadaşlık isteğinin iç çamaşırı hediye etme veya cinselliğe yönelen sözlerle gerçekleştirilmesi örneklerinde olduğu gibi kaba ve rahatsız edici bir üslupla yapılması"*nı örnek olarak vermekte; bu durumlarda cinsel taciz suçunun oluşacağında "hiçbir tereddüt bulunmadığını" belirtmektedir. Evlenme veya arkadaşlık isteğinin iç çamaşırı hediye etme veya cinselliğe yönelen sözlerle gerçekleştirilmesi gibi örneklerde cinsel taciz suçunun oluştuğu elbette doğrudur, ancak bu durumun söz konusu eylemin "kaba veya incitici" olmasıyla veya "ahlaka uygun olup olmaması" ile hiçbir ilgisi yoktur. Bu gibi örneklerde cinsel taciz suçunun oluşmasının sebebi; diğer örneklerin aksine, mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal eden bir fiilin bulunmasıdır.

Mahkeme'ye göre; bir fiilin arkadaşlık/flört girişimi mi yoksa cinsel taciz mi olduğunun belirlenmesinde dikkate alınacak dördüncü ve aslında en problemlisi husus; *"arkadaşlık/flört ilişkisi kurmak*

Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yayınevi, Ankara 1994, s. 231; BAŞ, s. 1180; BAYTEMİR, s. 412; DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Hukuku Özel Kısım – Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s. 187; GÜNDÜZ, Remzi: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 105; ÖZBEK, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Cilt II: Özel Hükümler: Madde 76-169), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 644; ÖNDER, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 1985, s. 319; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 389; ÜNVER, Yener: "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar", *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı – Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, s. 306, 307; YENİDÜNYA, s. 3313.

¹⁰ ARTUK, s. 39, 42; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 213, 233; BAYTEMİR, s. 407, 412; GÜNDÜZ, s. 105; ÖZBEK, s. 644; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 389; ÜNVER, s. 306, 307, 322; YENİDÜNYA, s. 3310, 3313.

¹¹ İBİŞ, s. 96.

isteyen kişi ile mağdur arasında, bu ilişkinin kurulmasını engelleyecek nitelikte hukuki veya ahlaki bir engelin bulunup bulunmadığı”dır. “Hukuki engel” veya özellikle “ahlaki engel” ifadesinin neye karşılık geldiği bilinmemekle birlikte; Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere Mahkeme, “*Medeni Kanun hükümlerine göre mağdurun evlenme imkânı bulunmayan bir çocuk olması veya taraflardan birinin evli olması*” gibi örneklerde evlilik veya arkadaşlık ilişkisinin önünde kanuni veya ahlaki engellerin bulunduğunu ve cinsel taciz suçunun oluşacağını belirtmektedir. Kısacası Mahkeme, mağdurun evlenme imkânı bulunmayan bir çocuk olması veya taraflardan (fail veya mağdur) birinin evli olması hâlinde; fail ve mağdur arasında herhangi bir arkadaşlık veya flört ilişkisi kurulamayacağına kanaat getirdiği için ya da daha doğru bir ifadeyle böyle bir ilişki kurulmasına izin vermediği, bunu uygunsuz bulduğu için, bu yöndeki girişimleri cinsel taciz suçu kapsamında cezalandırmakta ve önünü kesmeye çalışmaktadır.

Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere Mahkeme, mağdurun Medeni Kanun hükümlerine göre evlenme imkânı bulunmayan bir çocuk olması hâlinde; mağdurun 18 yaşından küçük olmasını anlamakta ve kendisiyle çelişmekte, bir başka ifadeyle evlenme yaşını değil reşit (ergin) olma yaşını esas almaktadır. Bu hâlde Mahkeme, mağdurun çocuk olması hipoteziyle; mağdurun cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf etmeye ehil olmadığı, geçerli bir rıza gösteremeyeceği durumları (mağdurun 15 yaşını doldurmadığı ve fiilin anlam ve sonuçlarını anlayamadığı hâller gibi) anlıyor olsaydı, böyle bir kabul yine kısır bir döngü yaratıyor ve sorunu çözümüyle olsa dahi, daha isabetli veya en azından yanlış olmamış olurdu. Zira ister mağdurun cinsel özgürlüğü üzerinde hiçbir şekilde tasarruf edemediği hâllerde, ister rıza göstermeye ehil olduğu hâllerde esas sorun devam etmektedir; arkadaşlık veya flört girişimleri ile cinsel taciz birbirinden nasıl ayrılacaktır? Mağdurun rıza göstermeye ehil olduğu ve geçerli bir rızasının bulunduğu hâllerde; fail ile mağdur arasındaki yaş farkı kaç olursa olsun, cinsel taciz suçu oluşmayacaktır. Bir başka ifadeyle; fail ve mağdur arasındaki yaş farkının hiçbir önemi yoktur.

Fail veya mağdurun evli olması sebebiyle tarafların arasında bir arkadaşlık/flört ilişkisi kurulmasının önünde hukuki veya ahlaki bir engel olduğu ve dolayısıyla bu girişimlerin cinsel tacize vücut vereceği kabulüne gelince; bu kabulün nasıl bir akıl yürütmeye dayandığını anlamak güçtür. Nitekim kararlarda sıklıkla görülen “failin, evli/nişanlı bir kadın olduğunu veya evleneceğini bildiği mağdura karşı” cinsel özgürlüğü ihlal etmeyen davranışlarda bulunulması hâlinin cinsel taciz kapsamında cezalandırılması; açık bir şekilde taraflardan birinin ve hatta özellikle mağdurun evli olmasına dayanmaktadır. Bir başka ifadeyle; failin evli olan mağdurla veya evli failin evli olan mağdurla arkadaşlık veya flört ilişkisi kurma girişimi cezalandırılmaktadır. Zira aslında failin veya mağdurun medeni hâli veya failin, mağdurun evli/nişanlı olup olmadığını bilip bilmemesi cinsel taciz suçunun oluşumu bakımından önem arz eden bir husus değildir¹², ancak kararlarda özellikle bu hususa vurgu yapılması; tersine bir akıl yürütmeye bizi fail veya mağdurun evli olmadığı durumlarda suçun oluşmayacağı kabulüne götürmektedir. Hâlbuki evli kişiler de elbette bir başkasıyla flört edebilir veya arkadaşlık kurabilir, somut olayda Türk Medeni Kanunu bağlamında sadakat yükümlülüğünü ihlal eden bir durum varsa; bu durum ceza hukukunun değil, ancak bir boşanma davasının konusunu oluşturabilir.

¹² Aynı yönde bir görüş için bkz. TUNÇ, Kübra: “Yargıtay Kararlarında Flört Girişiminin Cinsel Taciz Suçundan Ayırımı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 45, 2021, s. 187-192.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararlarda sürekli olarak değindiği kriterlere yönelik bütün bu açıklamalardan sonra; özellikle şu hususun altını çizmek gerekir. Bir fiilin arkadaşlık/flört girişimi mi yoksa cinsel taciz mi olduğunu belirlemek için mucizevi bir yöntem bulmak mümkün olmadığı gibi, esasen böyle bir yönleme ihtiyaç da yoktur. Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken yegane kriter; suçun hukuki konusudur. Cinsel suçların artık genel ahlak, genel adap, aile düzeni gibi değerleri değil, bireylerin cinsel özgürlüklerini hedef aldığı kabulüyle hareket etmek gerekmektedir zira bu zihniyet dönüşümü, aslında tarihsel bir süreci ve önemli bir kazanımı ifade etmektedir. Öyleyse cinsel taciz suçunun hukuki konusu; cinsel özgürlüktür. Bir başka ifadeyle; normun koruduğu hukuki değer veya menfaat, mağdurun cinsel özgürlüğüdür. Dolayısıyla ceza hukukunun son çare olması gerekliliği her zaman göz önünde bulundurularak, hukuki konuyu ihlal etmeyen fiilleri cezalandırmaya çalışmaktan kaçınmak gerekmektedir. Daha kısa ve öz bir anlatımla; bir fiil mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmediği sürece, failin cinsel taciz kapsamında cezalandırılması mümkün değildir. Nitekim aslında bütün bu somut olaylarda, mağdurun cinsel özgürlüğünün ihlal edildiğinden ve dolayısıyla cinsel tacizden söz etmek mümkün değildir.

III. "AHLAK TEMİZLİĞİ" NİN YARATTIĞI ÇIKMAZLAR: "AHLAKİ KURALLARA UYGUN EVLENME TEKLİFİ, TANIŞMA İSTEĞİ VE BEĞENİ İFADELERİ" SORUNU VE CİNSEL TACİZ SUÇUNUN OLUŞUMU BAKIMINDAN MAĞDURUN MEDENİ HÂLİ VE YAŞI

TCK'nın 105. maddesinin gerekçesinde cinsel taciz; "*mağdurun, ahlak temizliğine aykırı olarak cinsel yönden rahatsız edilmesi*" olarak tanımlanmaktadır. Cinsel taciz fiilini tanımlamanın zorluğu veya cinsel tacizi bağlı hareketli bir suç olarak düzenlemenin faydasızlığı bir yana; "ahlak temizliği" gibi içeriği ve kapsamı ne olduğu belli olmayan, soyut, göreceli, kişiye, zamana ve yere göre değişen muğlak bir kavramla tanımlama yapmaya çalışmak, daha büyük sorunlar doğurmaktadır.

Üstelik madde gerekçesinin bağlayıcı olmadığı göz önünde bulundurulduğunda; "ahlak temizliği" gibi bir kavram kullanmanın sakıncası bir yana, gerekçedeki bu kavramı esas almak ve adeta kurucu unsur gibi suçun maddi unsuruna dâhil etmek ve suçun oluşup oluşmadığını "ahlak temizliğine aykırı olup olmama" ile tespit etmek, açıkça hatalıdır. Böylelikle cinsel taciz suçunun oluşup oluşmadığı, hâkimin söz konusu fiili "ahlaka uygun" bulup bulmamasına indirgenmekte; daha önce de belirtildiği üzere, cinsel suçların artık genel ahlaka ve topluma karşı değil, bireylerin cinsel özgürlüğüne karşı işlendiği yönündeki tarihsel bir süreç ve zihniyet dönüşümünün önemli bir sonucu olan kabulü yok saymaktadır. Bir fiilin ahlaka uygun olup olmadığına göre suç oluşturup oluşturmadığına karar vermek, hukuki bir temeli olmayan ve tamamen sübjektif kriterler kullanmak; hukuki güvenlik açısından büyük bir tehlike oluşturmaktadır.

Nitekim Yargıtay kararlarında; mağdurun evli/nişanlı bir kadın olduğu ve failin bu durumu bildiği veya mağdurdan yaşça büyük olan failin mağdurla tanışmak, arkadaş veya sevgili olmak istediği, mağdura aşkını ilan ettiği, hediye, çiçek, yemek vs. yolladığı, yemeğe çıkmayı veya buluşmayı teklif ettiği örneklerde, faile yönelik "ahlaki kınama"nın giderek arttığı görülmektedir. Ayrıca "ahlak temizliğine aykırılık" hâlinin, cinsel taciz suçunun oluştuğuna yönelik kararlarda bir gerekçe olarak yer aldığı çeşitli

örneklere rastlanmaktadır.¹³ Aynı şekilde, herhâlde evli kadınların cinsel özgürlüklerinin korunmasının daha önemli olduğu kabulünden hareketle Mahkeme; aslında failin gerçekleştirdiği fiil mağdurun cinsel özgürlüğünü hiçbir şekilde ihlal etmediği hâlde, mağdurun evli/nişanlı olduğu durumlarda çok büyük çoğunlukla cinsel taciz suçunun oluştuğuna ama mağdurun evli/nişanlı olmadığı bazı hâllerde suçun oluşmadığına karar vermektedir. Bir başka ifadeyle Mahkeme tarafından hem öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik yok edilmekte, hem de evli kadınların cinsel özgürlüklerinin daha kıymetli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Yine bu bağlamda değinilmesi gereken bir başka husus ise şudur; Mahkeme'ye göre, bir fiilin arkadaşlık/flört girişimi mi yoksa cinsel taciz mi olduğunu belirlenirken *“fail tarafından yapılan davranışın veya söylenen sözün sırnaşıkça olup olmadığı”* hususunun dikkate alındığı daha önce belirtilmişti. Ancak 5237 sayılı TCK'da cinsel taciz suçu bakımından *“yapılan davranışın veya söylenen sözün sırnaşıkça olup olmadığı”* önem arz etmediği, zira hareketlerin sırnaşıkça bir hâl almasının, mülga Kanun'un aksine, cinsel taciz suçunun unsuru olmadığı; dolayısıyla fiilin tekrarlanması, devamlılık arz etmesi ve bu yüzden sırnaşıkça hâl alması hususunun dikkate alınamayacağı da yukarıda ifade edilmişti. Bütün bu açıklamalarla ilgili olarak, kararlarda görülen bir başka yanlış uygulamaya özellikle değinmek gerekmektedir. Mahkeme, özellikle mağdurun evli/nişanlı bir kadın olduğu ve bu durumu faile belirttiği durumlarda; failin tek seferlik flört girişiminin dahi cinsel taciz suçuna vücut verdiğine, çünkü flört girişiminin *“sırnaşıkça”* bir hâl aldığına karar vermektedir. Bir başka ifadeyle; flört girişimi niteliğindeki fiil tekrarlanmamış, devamlılık arz etmemiş olsa dahi, bu hâllerde Mahkeme; *“failin kendi ahlaki düşüklüğü sebebiyle mağdurun evli/nişanlı olduğu beyanına kayıtsız kaldığı”* kabulüyle hareket etmekte, *“aralarında medeni hâl sebebiyle evlenme engeli bulunan failin, evli mağdurla flört etmek isteme ahlaksızlığını”* cezalandırmaktadır.¹⁴

Benzer şekilde Mahkeme'nin *“ahlaki kurallara uygun evlenme teklifi, tanışma isteği veya nazikâne beğeni ifadelerinin cinsel taciz suçunu oluşturmayacağı”* yönündeki kabulü de sakıncalıdır. Mahkeme bu bağlamda söz konusu davranışların *“bazen toplumun temelini oluşturan ailenin kurulmasına veya saygın bir arkadaşlığın oluşmasına da vesile olan, insani ilişkiler bağlamında gerçekleştirilen, cinsel özgürlüğü ihlal amacı taşımayan ve esasen buna elverişli de olmayan türde davranışlar”* olduğunu belirtmektedir. Yukarıda sayılan örneklerde cinsel taciz suçunun oluşmadığı açıktır ancak bunun sebebi söz konusu fiillerin *“ahlaki kurallara uygun olması”* değil; mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmiyor olmasıdır. Cinsel taciz suçunun oluşup oluşmayacağı fail ile mağdurun evlenmesinin mümkün olup olmamasına göre belirlenemeyeceğine veya evli kişilerin flört edemeyeceği-arkadaşlık kuramayacağı kabulüne dayanamayacağına göre; *“aile”* kurumuna ne kadar değer atfedilirse atfedilsin, kararlarda sıklıkla rastlanılan bu ifadelerin yanlış olduğunun altını yeniden çizmek gerekir.

¹³ Örneğin bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.12.2018 tarih ve E: 2017/244 K: 2018/601 sayılı kararı; Yargıtay 14. CD'nin 25.09.2017 tarih ve E: 2014/9576 K: 2017/4167 sayılı; 16.06.2014 tarih ve E: 2012/11724 K: 2014/8294 sayılı; 08.04.2014 tarih ve E: 2012/7488 K: 2014/4678 sayılı; 03.04.2014 tarih ve E: 2012/6797 K: 2014/4518 sayılı; 20.02.2014 tarih ve E: 2012/15137 K: 2014/2021 sayılı kararları.

¹⁴ TUNÇ, s. 187-192.

Sonuç olarak; cinsel taciz suçunun oluşumu bakımından failin veya mağdurun medeni hâli bir önem arz etmediği gibi mağdurun geçerli bir rıza göstermeye ehil olduğu kabulüyle, fail ile mağdur arasındaki yaş farkının da önemi bulunmamaktadır. Nitekim bu sebeple failin, mağdurun evli/nişanlı olup olmadığını bilip bilmemesi önem arz etmez; kararlarda bu hususun özellikle ifade edilmesi ve Mahkeme'nin, failin mağdurun evli/nişanlı olduğunu "bildiği"ne vurgu yapması açıkça hatalıdır.

SONUÇ

Her şeyden önce ve öncelikle, cinsel suçların artık genel ahlak, genel adap, aile düzeni gibi değerleri değil, bireylerin cinsel özgürlüklerini hedef aldığı kabulüyle hareket etmek gerekmektedir. Çünkü bu zihniyet dönüşümü, aslında tarihsel bir süreci ve önemli bir kazanımı ifade etmektedir. Bir fiilin ahlaka uygun olup olmadığına göre suç oluşturup oluşturmadığına karar vermek, hukuki bir temeli olmayan ve tamamen sübjektif kriterler kullanmak; hukuki güvenlik açısından büyük bir tehlike oluşturmakta, öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır.

Cinsel taciz suçunun maddi unsuru bağlamında Yargıtay kararlarında karşılaşılan en temel sorunlardan biri; arkadaşlık veya flört girişimleri ile cinsel tacizin birbirinden nasıl ayrılacağıdır. Ancak bu belirleme yapılırken Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun geliştirdiği ve göz önünde bulundurulması gereken kriterler faydasız olduğu gibi, aslında birbirinden hatalı pek çok kabulü içerdiği için sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin cinsel taciz suçunun oluşup oluşmayacağı fail ile mağdurun evlenmesinin mümkün olup olmamasına göre belirlenemeyeceğine veya evli kişilerin flört edemeyeceği- arkadaşlık kuramayacağı kabulüne dayanamayacağına göre; "aile" kurumuna ne kadar değer atfedilirse atfedilsin, kararlarda sıklıkla rastlanılan bu ifadelerin yanlış olduğunun altını yeniden çizmek gerekir. Nitekim bu sebeple failin, mağdurun evli/nişanlı olup olmadığını bilip bilmemesi önem arz etmez; kararlarda bu hususun özellikle ifade edilmesi ve Mahkeme'nin, failin mağdurun evli/nişanlı olduğunu "bildiği"ne vurgu yapması açıkça hatalıdır. Benzer şekilde, mağdurun geçerli bir rıza göstermeye ehil olduğu kabulüyle, fail ile mağdur arasındaki yaş farkının da önemi bulunmamaktadır.

Aslına bakılırsa; meşru olan, sosyal hayatın gerekleri kapsamında doğal karşılanması gereken ve insanların çeşitli ilişkiler kurma amacıyla yaptıkları hareketlerin, "cinsel taciz" adı altında cezalandırılmaması gerekir. Ceza hukukunun, ahlakçı bir dayatmanın aracı olarak kullanılması açıkça hatalıdır. Nitekim cezalandırılabilir alanın bu kadar genişletilmesi, insanlar arasında sosyal ilişkiler kurulmasına imkân veren medeni çizginin yok edilmesi doğru değildir.

Cinsel taciz suçunun oluşup oluşmadığının tespiti bağlamında; failin hareketlerinin mağdurun doğrudan cinsel özgürlüğüne yönelip yönelmediğinin ve bu hareketlerin cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli nitelikte olup olmadığını incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda; "hareketlerin gerçekleştiği yer ve zaman, hareketlerin içeriği, fail ve mağdur arasında bir ilişkinin bulunup bulunmadığı, eğer bir ilişki varsa bu ilişkinin muhtevası" gibi somut olayın özelliklerine göre tamamen objektif bir şekilde cinsel özgürlüğün ihlal edilip edilmediğine yönelik bir değerlendirme yapılmalıdır. Yapılan bu değerlendirme; failin cinsel taciz suçuna vücut verebilecek hareketleri cinsel bir amaçla

gerçekleştirip gerçekleştirmediğinden, mağdurun bu hareketleri algılayış biçiminden ve uygulamacıların ahlak anlayışlarından bağımsız olmalıdır.

Nitekim bir fiilin arkadaşlık/flört girişimi mi yoksa cinsel taciz mi olduğunu belirlemek için mucizevi bir yöntem bulmak mümkün olmadığı gibi, esasen böyle bir yönetime ihtiyaç da yoktur. Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken yegane kriter; suçun hukuki konusudur. Cinsel taciz suçunu düzenleyen normun koruduğu hukuki değer veya menfaat, mağdurun cinsel özgürlüğüdür. Dolayısıyla ceza hukukunun son çare olması gerekliliği her zaman göz önünde bulundurulurken, hukuki konuyu ihlal etmeyen fiilleri cezalandırmaya çalışmaktan kaçınmak gerekmektedir. Daha kısa ve öz bir anlatımla; bir fiil mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmediği sürece, failin cinsel taciz kapsamında cezalandırılması mümkün değildir.

KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin: “Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, *Çalışma ve Toplum*, S. 11, 2006/4, s. 29-44.

ARTUK, Mehmet Emin / ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Sarkıntılık Fiili”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2014, s. 3243-3270.

ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

BAKICI, Sedat: *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 1994.

BAŞ, Eylem: “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 1135-1215.

BAYRAKTAR, Köksal / KESKİN KİZİROĞLU, Serap / YILDIZ, Ali Kemal / MEMİŞ KARTAL, Pınar / ALTUNÇ, Sinan / BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah / ERMAN, Barış / EROĞLU ERMAN, Fulya / KURT, Gülşah / SINAR, Hasan: *Özel Ceza Hukuku (Cilt II: Madde 81-105)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

BAYTEMİR, Erdal: *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

DÖNMEZER, Sulhi: *Ceza Hukuku Özel Kısım-Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983.

GÜNDÜZ, Remzi: *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

KURT, Gülşah: “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C.1, İstanbul 2008, s. 507-525.

İBİŞ, Rabia: *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.

PAMUK, Gülfem: “Fransız ve Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu (Kanunilik İlkesi Bakımından Bir Değerlendirme), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 1453-1476.

ÖNDER, Ayhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul 1985.

ÖZBEK, Veli Özer: *TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Cilt II: Özel Hükümler: Madde 76-169)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku – Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ŞEN, Ersan: *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu (Cilt I: Madde 1-140)*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2006.

TANER, Fahri Gökçen: *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

TUĞRUL, Ahmet Ceylani: *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

TUNÇ, Kübra: “Yargıtay Kararlarında Flört Girişiminin Cinsel Taciz Suçundan Ayırımı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 45, 2021, s. 175-194.

UZUN, Elif: *Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz Suçu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırşehir 2020.

ÜNVER, Yener: “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı – Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008.

YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (Cilt 3: Madde 86-140)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2016, s. 3-21.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner: “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı 33, Yıl 3, 2005, s. 3284-3316.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 57, 2005, s. 243-282. [Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları]

YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020. [Özel Hükümler]

**4857 SAYILI İŞ KANUNU AÇISINDAN DEVAMSIZLIK SÜRELERİNİN İŞVERENİN DERHÂL FESİH HAKKINA
ETKİSİ**

**IN TERMS OF LABOUR LAW NO. 4857, THE EFFECT OF PERIODS OF ABSENTEEISM ON THE
EMPLOYER'S RIGHT OF IMMEDIATE TERMINATION**

Dr. Öğretim Üyesi, Faruk Barış MUTLAY*

ÖZET

İşçinin devamsızlığının derhâl fesihle ilişkisi açısından akla gelen ilk düzenleme, 4857 Sayılı İş Kanunu (İŞK) madde (m.) 25/II, (g)'dir ancak konunun sadece anılan düzenleme çerçevesinde değerlendirilmesi isabetli olmaz. İŞK m.25/I, İŞK m.25/III ve IV düzenlemeleri de esasen devamsızlıkla ilgilidir. Konunun kanun koyucu tarafından farklı bentlerde ve farklı başlıklar altında düzenlenmesi ulaşılan sonucu değiştirmez. Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında -İŞK m.25/III hariç- devamsızlık sürelerinin özellikle "iş günü" ve "bildirim süreleri" ile ilişkilendirildiği anlaşılır. İŞK m.25/III'te yer alan bir haftalık sürenin hesaplanmasına ilişkin uygulamada sorunlarla karşılaşıldığını söylemek pek mümkün değildir. Dolayısıyla konu "iş günü ile ilişkilendirilen devamsızlık süreleri" ve "bildirim süreleri ile ilişkilendirilen devamsızlık süreleri" başlıkları altında ele alınmıştır.

Açıkladığımız biçimde temelde iki ana başlık altında incelenecek konu, öğretideki görüşler, Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemesi kararları doğrultusunda değerlendirilmiştir. Ancak ne var ki, söz konusu görüşleri, kararları ve bunlar doğrultusunda ulaşılan sonuçları özet metinde belirtmek mümkün değildir. Gerekçelerin belirtilmediği bir metinde sadece sonuçların açıklanması ise, konunun yanlış anlaşılmasına sebebiyet verir ve metnin hukuki niteliğini ortadan kaldırır. Dolayısıyla özet metinde konuya ilişkin sadece hukuki sorunların açıklanması ile yetinilmiştir.

Konunun "iş günü ile ilişkilendirilen devamsızlık süreleri" başlığı altında incelenmesinde, İŞK m.25/I, (a) ve İŞK m.25/II (g) düzenlemeleri dikkate alınmıştır. Bu noktada hükümlerde geçen "ardı ardına" ve "arka arkaya" ifadelerinden neyin anlaşılması gerektiği önemlidir. Örneğin işçinin haftanın beş günü çalıştığı, cumartesi gününün hafta tatili olmadığı ve pazar gününün hafta tatili olduğu bir olasılıkta, işçinin cuma ve pazartesi günleri işe gelmediği durumunda "arka arkaya ya da ardı ardına" gerçekleşen bir devamsızlık olgusundan bahsedilip bahsedilemeyeceği açıklanmalıdır. Aynı şekilde kısmi süreli iş sözleşmesi ile haftanın salı ve perşembe günleri çalışan işçinin bir hafta salı günü ve takip eden hafta

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, mutlay@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4331-6550.

yine salı günü işe gelmemiş olması durumunda, “arka arkaya veya ardı ardına” gerçekleşen devamsızlığın söz konusu olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Şüphesiz farklı olasılıklar doğrultusunda örnekleri çoğaltmak mümkündür ancak her ihtimalin tek tek belirtilmesi suretiyle değerlendirme yapmak imkân dahilinde değildir. Bu nedenle hukuki soruna ilişkin genel yaklaşım ortaya konarak sorunlar açıklığa kavuşturulmalıdır.

Konunun “iş günü ile ilişkilendirilen devamsızlık süreleri” başlığı altında incelenmesinde değerlendirilmesi gereken bir diğer konu da İşK m.25/II, (g)’de yer alan “herhangi bir tatil günü” ifadesidir. Farklı bir deyişle, hükümde geçen “tatil günü” ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Örneğin sözleşmeden doğan tatil günlerinin, işyerindeki çalışmanın haftanın bir veya birkaç gününde işveren tarafından tatil edilmesi durumunda çalışılmayan günlerin, İşK ek m.2’de sayılan izin günlerinin, işveren veya doktor tarafından verilen izin günlerinin hükümde geçen tatil günü ifadesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açıklanmalıdır.

Konunun “iş günü ile ilişkilendirilen devamsızlık süreleri” başlığı altında “iş günlerinin” ve “bir aylık sürenin” ne şekilde hesaplanacağı da açıklığa kavuşturulmalıdır.

Konunun “bildirim süreleri ile ilişkilendirilen devamsızlık süreleri” başlığı altında değerlendirilmesinde özellikle bildirim sürelerinin nasıl tespit edileceği açıklanmalıdır. Bildirim sürelerinin taraflarca eşit ya da farklı artırılması durumunda hangi sürelerinin dikkate alınacağı önemli bir hukuki sorundur. Bildirim sürelerinin işçinin çalışma süresi ile ilişkili olması karşısında, işçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışması hâlinde bildirim sürelerine esas çalışma sürelerinin ne şekilde belirleneceği önemlidir.

Anahtar Kelimeler: derhâl fesih, devamsızlık, haklı neden, bildirim süreleri, fesih

ABSTRACT

The topic is discussed under the headings of 'periods of absence associated with working days' and 'periods of absence associated with notification periods'.

The legal issues related to the subject matter will be examined under two main headings, in accordance with the views expressed in the legal literature and the judgments of the Court of Cassation and the Regional Court of Appeal. However, due to the limited scope of this summary text, it is not possible to provide detailed explanations of these views, judgments, and conclusions. The summary text will only outline the legal issues related to the subject matter.

When considering the matter of 'periods of absence associated with the working day', it is necessary to take into account the regulations set forth in Article 25/I (a) and Article 25/II (g) of the Labour Code. It is essential to provide clarification on the definitions of the terms 'consecutively' and 'concurrently' as they are used in these provisions. For example, it is worth clarifying whether an absence on Friday and Monday would be considered 'consecutive' or 'successive', as Saturday is not typically considered a week holiday, while Sunday is. While there are numerous examples that could be provided, it is not feasible to evaluate each possibility individually. It is imperative to provide a comprehensive overview of the legal issue in order to address the concerns at hand. Therefore, it is crucial to clarify the intended meaning of this term.

Another issue that should be evaluated in the examination of the subject under the title of "periods of absence associated with the working day" is the expression "any holiday" in Article 25/II, (g) of the Labour Code. In other words, it should be explained what should be understood from the expression "holiday" in the provision. For example, it should be explained whether contractual holidays, days not worked in the event that the workplace is suspended by the employer on one or more days of the week, days of leave listed in Additional Article 2 of the Labour Law, days of leave granted by the employer or a doctor can be considered within the scope of the term "holiday" in the provision.

The definitions of 'working days' and 'one-month period' under the section 'periods of absence associated with working days' require clarification.

In the evaluation of the subject under the heading of "periods of absence associated with notification periods", it should be explained how the notification periods will be determined. In cases where the notification periods are increased equally or differently by the parties, which periods will be taken into consideration is an important legal problem. Since the notification periods are related to the working period of the employee, it is important to determine the working time (period) based on the notification periods in case the employee works intermittently in the same or different workplaces of the same employer.

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanununun¹ "İşverenin Haklı Nedenle Derhâl Fesih Hakkı" başlıklı 25. maddesinde devamsızlıkla ilgili derhâl fesih nedenlerine yer verilmiştir. İşK m.25/I, m.25/II, (g), m.25/III ve IV düzenlemeleri devamsızlıkla ilgili olan hükümlerdir. Anılan düzenlemeler doğrultusunda -İşK m.25/III

¹ RG. T. 10.06.2003, S. 25134.

hariç olmak üzere- devamsızlık sürelerinin özellikle “iş günü” ve “bildirim süreleri” ile ilişkilendirildiği ifade edilmelidir. İşK m.25/III’te yer alan bir haftalık sürenin hesaplanmasına ilişkin uygulamada sorunlarla karşılaşıldığını söylemek çok mümkün değildir. Bu bakımdan çalışmamızda konu, “bildirim süreleri ile ilişkilendirilen devamsızlık süreleri” ve “iş günü ile ilişkilendirilen devamsızlık süreleri” olmak üzere iki temel başlık altında incelenmiştir.

I. BİLDİRİM SÜRELERİ İLE İLİŞKİLENDİRİLEN DEVAMSIZLIK SÜRELERİ

İş Kanunu madde 25/I, (2) hükmünde, düzenlemenin (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hâllerden dolayı işe gidememesi durumunda, işveren için iş sözleşmesini bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı hükme bağlanmıştır. Doğum ve gebelik hâllerinde ise bu sürenin İşK m.74 hükmündeki sürenin bitiminden itibaren başlayacağı belirtilmiştir². Ayrıca İş Kanunu madde 25/IV hükmünde, işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşmasından sonra bildirim sürelerini doğacağı hükme bağlanmıştır³.

Kısacası bildirim sürelerinin aşılması için İşK m.25/I, (2) hükmünde devamsızlık süresi “bildirim süresi + 6 hafta”, İşK m.25/IV’te ise devamsızlık süresi “bildirim süresi” şeklinde kabul edilmiştir. Söz konusu devamsızlık sürelerinin aralıksız biçimde gerçekleşmesi gerektiği unutulmamalıdır. Nitekim Yargıtayın kararına konu olan bir olayda da yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...*Davalı işveren tarafından raporlu olduğu sürenin ihbar önelini altı hafta aşması üzerine 4857 sayılı Kanun'un 25/I-(b) fıkrasının 2. bendi uyarınca feshedilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının 11.08.2016 - 21.09.2016, 22.09.2016 - 19.10.2016, 20.10.2016 - 23.11.2016, 24.11.2016 - 28.12.2016, 29.12.2016 - 26.01.2017, 27.01.2017 -*

² Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 2023, s.648 vd.; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2022, s. 692 vd.; TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınları, İstanbul 2022, s. 243 vd.; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 438 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara 2022; s. 854 vd.; EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.248 vd.; SÜMER, Haluk Hâdi: İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 285 vd.; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 452 vd.; EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2023, s. 778 vd.; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s.268 vd.; UŞAN, Fatih / ERDOĞAN, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 171 vd.; SAVAŞ, Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.51 vd.

³ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 673; SÜZEK, s. 707; NARMANLIOĞLU, s. 465 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 891 vd.; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s.255; SÜMER, s. 279 vd.; SENYEN KAPLAN, s. 465; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 808; AKYİĞİT, 292; UŞAN / ERDOĞAN, s. 175; SAVAŞ, s. 136 vd.

22.02.2017, 23.02.2017 - 30.03.2017 tarihleri arasında geçirdiği trafik kazası nedeniyle raporlu olduğu görülmektedir. Buna göre; davacının kesintisiz biçimde raporlu olduğu sürenin, ihbar önelini altı hafta aştığı ve bunun üzerine işverence yasadan doğan bildirimli fesih hakkını kullanarak iş sözleşmesinin sonlandırıldığı anlaşılmaktadır. Davacının iş sözleşmesi davalı tarafından haklı sebeple feshedildiğinden [...] davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”⁴

A. İş Kanunu Madde 25/I, (2) ve Madde 25/IV Hükümleri Açısından Bildirim Sürelerinin Artırılmasının Geçerli Olup Olmadığı Sorunu

Taraflar İş Kanunu m.25/I, (2) ve m.25/IV hükümlerindeki süreleri özellikle iki şekilde artırabilirler. Buna göre taraflar, İş Kanunu m.17 hükmünde yer alan süreleri doğrudan artırmış ve bu artırılmış sürelerin İşK m.25 açısından da dikkate alınacağını açıkça kararlaştırmış veya İşK m.17 hükmündeki süreleri artırmadan, doğrudan İşK m.25/I, (2) veya İşK m.25/IV açısından devamsızlık sürelerini uzatmış olabilirler. Öyle ki bildirim süreleri artırılmadan veya bildirim süreleri ile birlikte İşK m.25/I, (2) hükmünde bahsi geçen altı haftalık süre de artırılmış olabilir.

İfade ettiğimiz şekilde yapılan bir anlaşma ile esasen işverenin derhâl fesih hakkı sınırlandırılmış olur. Dolayısıyla bunun geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere, İşK m.17 hükmünde bildirim sürelerinin asgari olduğu düzenlendiğinden, taraflar süreli fesih hakkını bildirim sürelerini artırmak suretiyle kısıtlayabilmektedirler⁵. Hiç şüphesiz sürelerin artırılması ile işçinin ve işverenin fesih hakkının ölçsüz biçimde sınırlandırılmaması gereklidir. Yargıtaya tarafından konuya ilişkin azami sınır en fazla ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamı şeklinde kabul edilmiştir⁶.

İşK m.17 ile kabul edilen yani bildirim sürelerinin arttırılması yolu ile süreli fesih hakkının sınırlandırılabilmesine ilişkin getirilen anlayışın İşK m.25/I, (2) ve m.25/IV açısından da dikkate alınıp alınmayacağı önemlidir. Bu noktada İşK m.25'te derhâl fesih nedenlerinin düzenlendiği, İşK m.17'de ise süreli fesih hakkının hükme bağlandığı ve aynı esasların kabul edilemeyeceği zira İşK m.25'teki nedenlerin iş ilişkisinin devamını işveren açısından çekilmez hâle getirdiği düşüncesi ortaya çıkabilir. Söz konusu düşünce doğrultusunda İşK m.25'teki bildirim sürelerinin arttıramayacağı ya da süreli fesih hakkının sınırlandırıldığı ölçüde İşK m.25'teki fesih hakkının sınırlandırılmayacağı ileri sürülebilir. Ancak anılan hükümlerdeki (İşK m.25/I, (2) ve IV) derhâl fesih nedenleri, İşK m.25/II hükmündeki fesih nedenleri ile aynı ağırlıkta değildir. Başka bir deyişle, İşK m.25/III ve IV özellikle de İşK m.25/I, (2) hükümlerinde bulunan nedenlerin iş ilişkisini

⁴ Yargıtay 22. HD'nin 08.11.2018 tarih ve E: 2018/8363 K: 2018/23924 sayılı kararı.

⁵ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 487 vd.; SÜZEK, s. 545 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 360 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 941 vd.; SENYEN KAPLAN, s. 378 vd.; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 630; UŞAN / ERDOĞAN, s. 150.

⁶ Yargıtay 9. HD'nin 14.07.2008 tarih ve E:2007/2449 K:2008/20203 sayılı kararı.

işveren açısından çekilmez hâle getirdiğini ileri sürmek çok isabetli değildir. Nitekim 1475 sayılı İş Kanununun⁷ hâlen yürürlükte olan 14. maddesi gereği, İşK m.25/I, III ve IV hükümlerine göre yapılan fesihlerde de işçi kıdem tazminatına hak kazanmaktadır. Bu durum da, İşK m.25/II hükmünde belirtilen nedenlerin iş ilişkisini daha fazla çekilmez hâle getirdiğini göstermektedir. Açıklananlar doğrultusunda İşK m.25/I, (2) veya İşK m.25/IV hükümlerinde yer alan devamsızlık sürelerinin arttırılmasının mümkün olduğu ancak hiç şüphesiz kararlaştırılan sürelerin işverenin bildirimsiz fesih hakkını ölçüsüz biçimde sınırlayacak şekilde olmaması gerektiği göz ardı edilmemelidir.

Geçerlilik denetimi sadece işveren açısından değil, işçi açısından da yapılmalıdır. Zira iş sözleşmesinin İşK m.25/I, (2) ve m.25/IV hükümlerine göre feshedildiği durumlarda işçi kıdem tazminatına hak kazanmaktadır (1475 sayılı İş Kanunu m.14). Bekleme süresinin (devamsızlık süresinin) artırılması ise, işçinin kıdem tazminatını elde etme süresini uzatacaktır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, İşK m.17 hükmü gereğince tarafların ihbar sürelerini arttırmaları mümkündür. İş sözleşmesinin işverence süreli feshi hâlinde işçi kıdem tazminatına hak kazanacak ve önel boyunca çalışmak zorunda kalacaktır. Kısacası süreli fesih bakımından ihbar sürelerinin artırıldığı durumda işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı süre yine uzamış olacak ve ayrıca söz konusu süre içinde işçi çalışmak zorunda kalacaktır. İşK m.25/I, (2) ve m.25/IV'te yer alan sürelerin artırılması hâlinde ise -süreli fesihte ortaya çıkan ihbar önelinde çalışma zorunluluğunun aksine- işçinin bildirim süreleri içinde çalışma zorunluluğu olmayacak ve süre sonunda da kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Öyle ki İşK m.25/I, (2) açısından bildirim süresine eklenecek altı haftalık süre içinde çalışma olmamasına rağmen, bildirim süresi+altı haftalık süre işçinin kıdem tazminatına esas çalışma süresine dahil edilecektir. Bu noktada İşK m.25/I, (2) ve m.25/IV hükümlerinde yer alan sürelerin artırılmasının, süreli fesih hâlinde uyulması gereken sürelerin artırılmasına göre işçinin daha aleyhine olduğunu söylemek güçtür. Bütün bunların yanında işveren, İşK m.25/I, (2) veya İşK m.25/IV hükümleri uyarınca sözleşmeyi feshetmek yerine, süreli fesih hakkını kullanabilir. Bu durumda askı süresi içinde ihbar süreleri işlemeyecekse de askı sonrasında süreler işlemeye başlayacak (TBK m.432/VI) ve işçi yine kıdem tazminatına hak kazanacak ancak ihbar tazminatına hak kazanamayacaktır. Dolayısıyla süreli fesih açısından ihbar önellerinin artırılması kanun koyucu tarafından açıkça kabul edildiğinden, derhâl fesih hakkının doğmasına ilişkin bekleme sürelerinin arttırılabileceği bunun işçi açısından da geçerli olacağı evleviyetle kabul edilebilir düşüncesindeyiz.

B. Bildirim Sürelerinin Arttırılmasının Derhâl Fesih Hakkına Etkisi

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, taraflar İş Kanunu madde 17'deki süreleri arttırılabilirler ve arttırılmış bu sürelerin İşK m.25 açısından da dikkate alınmasını kararlaştırabilirler. Böyle bir anlaşmanın geçerli olduğu açıklanmıştı. Bu başlık altında özellikle ele almak istediğimiz husus ise, tarafların sözleşme ile bildirim

⁷ RG. T. 01.09.1971, S. 13943.

sürelerini artırdıkları ancak artırılmış sürelerin derhâl fesih hakkına etkisini sözleşmede açıkça düzenlemedikleri durumlarda, derhâl fesih hakkı açısından devamsızlık süresinin ne kadar olacağına ilişkindir. Aynı hukuki sorun altında bildirim sürelerinin farklı ve aşırı artırılmasının da derhâl fesih hakkına etkisi değerlendirilmiştir.

a. Ortak Sözleşme İradesinin Araştırılması Gerekliği

İşK m.25/I, (2) ve İşK m.25/IV'te işverenin derhâl fesih hakkını kullanabilmesi için devamsızlık süreleri, farklı bir deyişle işveren açısından bekleme süreleri kabul edilmiştir. Devamsızlık sürelerinin uzunluğu ise, İşK m.17 hükmü ile ilişkilendirilmiştir. Bilindiği üzere, İşK m.17 hükmünde bildirim süreleri düzenlenmiştir. Söz konusu süreler ise, işçinin işyerindeki çalışma süresine göre değişiklik göstermektedir. Buna göre, işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta, işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta, işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta, işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta uzunluğunda bildirim öneli tanınmalıdır⁸. Dolayısıyla işçinin kıdemine göre, işverenin derhâl fesih hakkını kullanabilmesi için beklemesi gereken sürelerin (devamsızlık sürelerinin) uzunluğu farklı olacaktır.

İşK m. 17 hükmünde bildirim sürelerinin asgari olduğu belirtilmiştir. Sürelerin Kanuna uygun bir biçimde artırılması hâlinde İşK m.25/I, (2) ve m.25/IV hükümlerinin uygulama alanı bulması için hangi sürelerin esas alınacağı üzerinde durulmalıdır. Daha net bir deyişle, tarafların sözleşme ile bildirim sürelerini artırdıkları ancak artırılmış sürelerin derhâl fesih hakkına etkisini sözleşmede açıkça düzenlemedikleri durumlarda, İşK m.25/I, (2) ve m.25/IV hükümleri bakımından artırılmış sürelerin doğrudan dikkate alınıp alınmayacağı değerlendirilmelidir.

Konuya ilişkin görüşümüzü açıklamadan önce ifade edelim ki, Yargıtay “...*Bildirim önellerinin sözleşme hükmü ile arttırılmış olması hâlinde, değinilen maddenin uygulaması yönünden arttırılmış sürelerin dikkate alınması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin derhâl fesih hakkı ancak, tutukluluk süresinin arttırılmış ihbar önellerini aşması hâlinde ortaya çıkar. Ancak, işçinin gözaltına kaldığı veya tutuklu olduğu sürenin ihbar önelini aşması hâlinde, sözleşmeyi Yasanın değinilen 25/IV maddesi uyarınca*

⁸ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 484 vd.; SÜZEK, s. 544 vd.; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 217 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 360 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 939 vd.; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, 187 vd.; SENYEN KAPLAN, s. 377 vd.; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 629 vd.; AKYİĞİT, 233 vd.; UŞAN / ERDOĞAN, s. 149 vd.

fesheden işverenin, bildirim şartına uyma ve ihbar tazminatı yükümlülükleri bulunmamakla birlikte, kıdem tazminatı ödemesi gerekir...” sonucuna ulaşmaktadır⁹.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinde İşK m.17’de hükmünde yer alan sürelerin açıkça artırıldığı bir ihtimâlde, tarafların öncelikli amacının süreli fesih açısından ihbar önelinin uzunluğunu ve ihbar tazminatının miktarını düzenlemek olduğu düşüncesi akla gelir. Ancak İşK m.17 hükmündeki sürelerin doğrudan artırıldığı her olayda, Kanunda bildirim süreleri ile ilişkilendirilmiş sürelerin de arttırıldığını kabul etmek makul olmaz. Tarafların iş sözleşmesinde İşK m.17 düzenlemesinde yer alan bildirim sürelerini arttırdıkları bir durumda, konunun hangi amaçla düzenlendiği araştırılarak sonuca varılması isabetli olur. Farklı bir deyişle, ortak sözleşme iradesi araştırılarak değerlendirme yapılmalıdır. Tarafların amaçlarının araştırılması neticesinde ulaşılabilecek sonucun ise, her olay açısından aynı olması şüphesiz beklenemez. Ulaşılabilecek sonuç, bazen “sadece süreli fesih açısından ihbar önelinin artırılmış olduğuna ilişkin olacakken”; bazen “hem süreli feshe ilişkin ihbar önellerinin hem de bu önellerle Kanunda ilişkilendirilen diğer sürelerin artırılmasına ilişkin olacaktır.” Ortak sözleşme iradesinin belirlenemediği durumlarda işçi lehine yorum yapılarak sonuca ulaşılması isabetli olacaktır.

b. Bildirim Sürelerinin Farklı Arttırılmasının Derhâl Fesih Hakkına Etkisi

İş Kanunu m.17 hükmünde düzenlenen bildirim sürelerinin arttırıldığı durumlarda, arttırılmış sürelerin Yargıtay kararı uyarınca doğrudan İşK m.25/I, (2) ve m.25/IV için de uygulanabileceği veya görüşümüz doğrultusunda ortak sözleşme iradesinin tespiti şartıyla bu sürelerin esas alınabileceği sonucuna varıldıktan sonra, açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer hukuki sorun bildirim sürelerinin farklı arttırılmış olmasına ilişkindir¹⁰.

Bildirim süreleri Kanuna uygun biçimde farklı arttırılmış olabilir. Buna göre işçinin uyacağı bildirim süresi, işverenin uyacağı bildirim süresine göre daha az kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda İşK m.25/I, (2) ve m.25/IV açısından hangi sürenin esas alınacağı önemlidir. İşK m.25 hükmündeki devamsızlık süreleri işverenin derhâl fesih hakkı bakımından düzenlenmiştir. Dolayısıyla işverenin tabi olacağı bildirim sürelerinin bahsi geçen hükümlerin uygulanması için de dikkate alınması isabetli olur.

Bildirim süreleri Kanunda benimsenen anlayışa aykırı biçimde farklı arttırılmış olabilir. Örneğin işçinin uyacağı süre, işverenin uyması gereken süreye göre daha fazla kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir olasılıkta taraflarca yapılan anlaşma, İşK m.17 hükmünün nispi emredici nitelik taşıması nedeniyle

⁹ Yargıtay 9. HD’nin 16.09.2019 tarih ve E: 2017/13378 K: 2019/15897 sayılı kararı.

¹⁰ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 487 vd.; SÜZEK, s. 545 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 360 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 941 vd.; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, 188-199; SENYEN KAPLAN, s. 378 vd.; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 630 vd.; AKTYİĞİT, 233-234; UŞAN / ERDOĞAN, s. 150; SAVAŞ, 53 vd., 138 vd.

geçersiz olacaktır. Sözleşme hükmünün geçersiz olması nedeniyle öncelikle uygulanması gereken sürelerin tespiti gerekecektir. Hukuki sorunun çözümüne ilişkin ortaya çıkacak görüşlerden biri, kanuni bildirim sürelerinin (İşK m.17) uygulanması gerektiğine ilişkin olacakken; bir diğer görüş ise, bu konuda boşluk olduğu ve boşluğun Türk Borçlar Kanunu¹¹ (TBK) ile doldurulması gerektiği yönünde olacaktır. Gerçekten İşK m.17 hükmünde her ne kadar sürelerin asgari olduğu ve arttırılabileceği düzenlenmişse de, sürelerin ne şekilde arttırılabileceğine yer verilmemiştir. Bu noktada yukarıda da değindiğimiz üzere, hükmün nispi emredici yapısı nedeniyle işçinin uyacağı sürenin daha az olabileceği mümkünse de, aksi mümkün değildir. Burada ifade etmek istediğimiz husus, sürelerin farklı kararlaştırılması ve işçinin uyacağı sürenin daha fazla olacak biçimde belirlenmesi hâlinde hukuki sorun, İşK m.17 hükmü ile açıklığa kavuşturulamamaktadır. Dolayısıyla hükmündeki boşluğun TBK ile giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bilindiği üzere, TBK m.432/V hükmünde, fesih bildirim sürelerinin her iki taraf için de aynı olmasının zorunlu olduğu ve sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresinin uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla işçinin uyacağı süre işverene göre daha fazla kararlaştırılmışsa, TBK m.432 hükmü gereğince İşK m.25/I, (2) ve m.25/IV hükümlerinin uygulama alanı bulması için arttırılmış sürelerin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz.

c. Bildirim Sürelerinin Aşırı Arttırılmasının Derhâl Fesih Hakkına Etkisi

İş Kanunu madde 17 hükmüne göre süreler arttırılabilecekse de sürelerin ne kadar arttırılabileceği Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kanunda azami bir sınır getirilmemiş olması nedeniyle sürelerin sınırsız bir biçimde arttırılacağı düşünülemez. Zira sürelerin aşırı arttırılması süreli fesih hakkının ölçsüz biçimde sınırlandırılması anlamına gelir. Kanun koyucunun azami bir süre hükme bağlamadığı bir durumda önceden genel geçer bir süre belirlemek kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla sürelerin aşırı biçimde arttırılmış olup olmadığı her somut olay nezdinde değerlendirilmelidir. Yapılan değerlendirme sonucunda sürelerin aşırı arttırılmış olduğu belirlenirse, kararlaştırılan sürelerin geçersiz olduğu gerekçesi ile kanuni bildirim sürelerin dikkate alınması isabetli olur. Buna karşılık Yargıtay, sürelerin arttırılmasına ilişkin azami bir sınır kabul etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre İşK m.17 hükmündeki süreler en fazla ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamı şeklinde arttırılabilir¹². Bunu aşacak şekilde taraflarca süre belirlenirse, kararlaştırılan süreler geçersiz olacaktır.

İş Kanunu m.17 hükmünde düzenlenen bildirim sürelerinin arttırıldığı durumlarda, arttırılmış sürelerin Yargıtay kararı uyarınca doğrudan İşK m.25/I, (2) ve m.25/IV için de uygulanabileceği veya görüşümüz

¹¹ RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

¹² Yargıtay 9. HD'nin 14.07.2008 tarih ve E:2007/2449 K:2008/20203 sayılı kararı.

doğrultusunda ortak sözleşme iradesinin tespiti şartıyla bu sürelerin esas alınabileceği sonucuna varıldıktan sonra, derhâl fesih hakkının doğumu açısından aşırı artırılmış olan süreler esas alınmayacak; Yargıtay uygulaması gereğince ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamına ilişkin süreler, İşK m.25/1, (2) ve m.25/IV için de göz önünde bulundurulacaktır.

C. Aralıklı Çalışmaların Bildirim Süresinin Tespiti Açısından Derhâl Fesih Hakkına Etkisi

İş Kanunu madde 17 hükmünde yer alan bildirim süreleri işçinin işyerindeki kıdemine göre değişmektedir. İşçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışmasının madde 17 hükmündeki sürelerle etkisi değerlendirilmelidir. Konu esas itibarıyla süreli fesihte uyulması gereken ihbar sürelerinin dolayısıyla ihbar tazminatının miktarını ilgilendirmektedir. Aşağıda yer verdiğimiz Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere, uygulamada da konu bu yönüyle tartışılmaktadır. Konumuz açısından incelediğimiz derhâl fesih hakları da ilgili hükümlerde doğrudan madde 17 hükmü ile ilişkilendirildiğinden, aralıklı çalışmada İşK m.17 hükmündeki sürelerin belirlenmesine ilişkin ortaya konacak esas, İşK m.25/1 ve m.25/IV açısından da geçerli olacaktır.

Bilindiği üzere, İşK m.18/IV hükmünde “*İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerle birleştirilerek hesap edilir*” ve İşK m.54/1 hükmünde “*Yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürelerin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önünde alınır*” düzenlemelerine yer vermiştir. Söz konusu bu düzenlemelerin aralıklı çalışmaları ilgilendirdiğini söylemek yanlış olmaz. Gerçekten hükümde her ne kadar aralıklı çalışma ifadesine açıkça yer verilmemişse de bir işyerinde geçen ve “birleştirilen” süreler, doğal olarak sadece aralıklı geçen çalışmalarda söz konusu olur¹³. 1475 sayılı İş Kanunu m.14 hükmünde de “*İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır*” düzenlemesi bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, burada da açıkça aralıklı çalışmadan bahsedilmiş ve bunların birleştirilmesi gerektiği açıklanmıştır.

Ortaya koyduğumuz madde hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, gerek 4857 sayılı İş Kanununda gerekse 1475 sayılı İş Kanununda kanun koyucu aralıklı çalışmaları gözeterek bazı kurumları düzenlemiştir. Sonuç olarak aralıklı çalışmaların varlığına ilişkin bilinçli davranan kanun koyucunun, İşK m.17 hükmünde konuya ilişkin açıkça değinmemesinin nedeninin bilinçli olduğu ve maddede bir boşluk olmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla aralıklı çalışmaların birleştirilmesi suretiyle İşK m.17 hükmündeki

¹³ ÖZKARACA, Ercüment: “Aralıklı Çalışmalarda İhbar Tazminatı (Karar İncelemesi)”, *Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası İş Hukuku ile İlgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Karar İncelemeleri 2022*, İstanbul 2023, s. 9-19.

sürelerin belirlenmesi mümkün olmayacağından, İşK m.25/l, (2) ve İşK m.25/IV açısından da ulaşılan sonuç farklı olmayacaktır.

İfade edelim ki, Yüksek Mahkemenin aralıklı çalışma hâlinde İşK m.25/l, (2) ve İşK m.25/IV hükümlerinin uygulanması bakımından herhangi bir kararı tarafımızca tespit edilememiştir. Buna karşılık Yüksek Mahkemenin süreli fesih ve ihbar tazminatı açısından aralıklı çalışmaya ilişkin kararları bulunmaktadır. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, İşK m.25/l, (2) ve İşK m.25/IV hükümleri doğrudan İşK m.17 hükmüne atıfta bulunduğundan, Yargıtayın bahsedeceğimiz kararlarında aralıklı çalışmaya ilişkin benimsemiş olduğu anlayış İşK m.25/l, (2) ve İşK m.25/IV açısından da dikkate alınabilecektir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 15.05.2017 tarihinde verdiği bir kararında “...İhbar tazminatı bakımından da hizmetlerin birleştirilmesi ve tüm süre için 6 haftalık ihbar tazminatı hesabı yapılması, ihbar tazminatı kurumunun amacına uygun olur. Aksi hâlde aralıklı çalışmalarda her bir fesih tarihinden itibaren ayrı ayrı ihbar tazminatı talebi gündeme gelebilecek olup, bu durum kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesini öngören mülga 1475 sayılı Kanun'un 14/ 2. fıkrasına aykırılık oluşturur...” sonucuna ulaşmıştır¹⁴. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 14.09.2020 tarihinde verdiği bir kararında benzer yaklaşımı göstermiştir¹⁵.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin konuya ilişkin sonradan verdiği kararlarında ise, geçen ifadeler isabetli biçimde şu şekildedir: “...İhbar tazminatı bakımından ise, mülga 1475 sayılı İş Kanunu 14. maddesinde kıdem tazminatı yönünden getirilen bu düzenlemeye paralel bir düzenleme mevzuatta yer almadığından, aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan sürelerin birleştirilmesi suretiyle ihbar tazminatı hesaplaması yapılması mümkün bulunmamaktadır...”¹⁶. Buna göre, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, söz konusu kararlarında -14.09.2020 tarihli kararında ve 22. Hukuk Dairesinin 15.05.2017 tarihli kararında ulaştığı sonucun aksine- genel açıklama ile kıdem ve ihbar tazminatlarına esas çalışma sürelerinin aynı esaslar doğrultusunda belirlenemeyeceği görüşünde olduğunu açıklamış ve bu bakış açısı ile de karara konu olan olaylarda sonuca varmıştır¹⁷. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme

¹⁴ Yargıtay 22. HD'nin 15.05.2017 tarih ve E: 2017/7963 K: 2017/11040 sayılı kararı.

¹⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında “...Dairemizin kökleşmiş içtihatları uyarınca, fasilalı çalışmalar arasında 10 yıllık sürenin geçmemesi hâlinde 1475 sayılı Kanun'un 14/2. maddesi uyarınca hizmetler birleştirilmek sureti ile tüm hizmet süresi üzerinden kıdem ve ihbar tazminatı hesaplanması gerekmektedir...” sonucuna ulaşmıştır. Karar için bkz. Yargıtay 9.HD'nin 14.09.2020 tarih ve E: 2016/19800 K:2020/7438 sayılı kararı. Başka bir kararı için bkz. Yargıtay 9.HD'nin 13.10.2020 tarih ve E: 2016/27098 K: 2020/11592 sayılı kararı.

¹⁶ Yargıtay 9.HD'nin 03.06.2021 tarih ve E: 2021/5562 K: 2021/9893 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Yargıtay 9. HD'nin 29.03.2022 tarih ve E: 2022/2888 K: 2022/4083 sayılı kararı; Yargıtay 9. HD'nin 24.03.2021 tarih ve E: 2021/2563 K: 2021/6777 sayılı kararı.

¹⁷ Yargıtay 9. HD'nin 01.10.2020 tarih ve E: 2020/2695 K: 2020/10160 sayılı kararı.

bahsi geçen kararlarında ihbar tazminatı bakımından çalışma sürelerinin birleştirilmemesine hükmetmiştir.

Yargıtayın son yaklaşımının devam ettirilmesi durumunda, İşK m.25/I, (2) ve İşK m.25/IV hükümlerinde yer alan bildirim sürelerinin tespit edilebilmesi bakımından çalışma süreleri birleştirilmeyecek ve işverenin derhâl fesih hakkını kullanmak istediği son ilişkide geçen süre esas alınarak devamsızlık süresi (bildirim süresi) belirlenecektir.

II. İŞ GÜNLERİ İLE İLİŞKİLENDİRİLEN DEVAMSIZLIK SÜRELERİ

İş Kanunu madde 25/I, (a) hükmünde, işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın *ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden* fazla sürmesi durumunda iş sözleşmesinin işverence derhâl feshedilebileceği hükme bağlanmıştır¹⁸. Bunun dışında İş Kanunu madde 25/II, (g) hükmünde, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın *ardı ardına iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü* yahut *bir ayda üç iş günü* işine devam etmemesi hâlinde, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhâl feshedebileceği düzenlenmiştir¹⁹.

A. Devamsızlık Süresinin Belirlenmesi Açısından “İş Günü” Kavramı ve İş Gününün Belirlenmesi

a. İş Günü Kavramı

İşverenin İşK m.25/I ve m.25/II, (g) hükümleri uyarınca fesih hakkının doğması için devamsızlığın iş gününde olması gerekir. Esasen eşyanın tabiatı gereği devamsızlık olgusu iş günleri için tartışılabilir bir durumdur. Dolayısıyla hükümlerin uygulama alanı bulması için iş günü kavramından neyin anlaşılması gerektiği öncelikli olarak açıklanmalıdır.

Bilindiği üzere, kanun koyucu tarafından İş Kanununun “hafta tatil ücreti” başlıklı 46. maddesinde yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme hakkı verileceği düzenlenmiştir. Anılan maddenin gerekçesinde “...yeni getirilen iş süreleri sistemine göre cumartesi günleri çalışılıp

¹⁸ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 647 vd.; SÜZEK, s. 692 vd.; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 243; NARMANLIOĞLU, s. 436 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 854 vd.; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, 248 vd.; SÜMER, s. 285 vd.; SENYEN KAPLAN, s. 452 vd.; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 600; AKYİĞİT, s.265 vd.; UŞAN / ERDOĞAN, s. 171; SAVAŞ, 45 vd.

¹⁹ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 662 vd.; SÜZEK, s. 701 vd.; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 249-250; NARMANLIOĞLU, s. 451 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 871 vd.; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 253; SÜMER, s. 277 vd.; SENYEN KAPLAN, s. 461; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 600; AKYİĞİT, s. 284 vd.; UŞAN / ERDOĞAN, s. 173; SAVAŞ, 109 vd.

çalışılmadığına bakılmaksızın iş günü sayıldığından..." ifadelerine yer verilmek suretiyle İş Kanunu açısından iş gününün tespitinde fiilen çalışılıp çalışılmamasının önemli olmadığı açıklanmıştır. Kanun koyucunun bu yaklaşımı, *bir haftadaki iş günü sayısının 4857 sayılı İş Kanunu açısından kural olarak altı gün olduğunu göstermektedir*. Ancak bu anlayışın derhâl fesih hakkının düzenlendiği hükümler bakımından da esas alınması beklenemez. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, devamsızlık olgusu iş günleri içinde gerçekleşebileceğinden, maddelerin uygulama alanı açısından iş günü kavramı, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır.

b. İş Gününün Belirlenmesi

Çalışılması gereken günler taraflarca belirlenir. Belirlemenin ne şekilde yapılacağına ilişkin öncelikli olarak İşK m.63 hükmü dikkate alınmalıdır. İşK m.63 hükmünde çalışma süresinin haftada en çok 45 saat olduğu ve aksi kararlaştırılmadığı sürece bu sürenin işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit bölünerek uygulanabileceği düzenlenmiştir. Diğer taraftan İş Kanunu madde 46 hükmünde yedi günlük bir zaman dilimi içinde en az yirmidört saat hafta tatili verileceği hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemeler uyarınca, tarafların haftanın altı gününü aşmamak koşulu ile çalışılması gereken günleri serbestçe belirleyebilecekleri sonucu ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, haftanın yedi gününün iş günü olarak belirlenmesi mümkün değildir. Bu bakımdan hafta tatil gününde de işçinin çalışması gerektiğine dair sözleşmede yer alan bir hüküm geçersiz olacak ve söz konusu gün iş günü olarak kabul edilmeyecektir.

İşçinin haftanın altı günü veya haftanın beş günü ya da daha az çalışması gerektiğinin belirlendiği durumlarda, işçinin çalışmasının kararlaştırılmadığı günlerde işe gelmemesi hiç şüphesiz devamsızlık olarak nitelenemez. Bu noktada işverenin sözleşme ile kararlaştırılan günler dışında, diğer günlerde de işçinin iş gelmesini talep etmesi hâlinde, söz konusu günlerin de bu talep uyarınca iş günü olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açıklanmalıdır. Örneğin hafta içi beş gün çalışan işçinin cumartesi günü de çalışması işverence talep edilirse, cumartesi gününün çalışılması gereken bir gün (iş günü) olarak kabul edilip edilmeyeceği üzerinde durulmalıdır. Hukuki sorunun açıklığa kavuşturulmasında, somut olay açısından çalışılmayan gün ya da günlerin niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer çalışılmayan günler taraflarca akdi tatil günü (hafta tatili) olarak kararlaştırmışsa artık işverenin bu yöndeki bir talimatının işçi tarafından karşılanması beklenemez. Daha net bir deyişle, söz konusu günler çalışılması gereken gün vasfını kazanmaz. Buna mukabil, söz konusu gün açıkça hafta tatil günü olarak kararlaştırılmamışsa işverenin bu yöndeki bir talimatı ile ilgili günün iş günü olarak kabul edilip edilmeyeceği ayrıca değerlendirilmelidir. İşverenin böyle bir talimatı somut olay nezdinde esaslı değişiklik oluşturmuyorsa ya da esaslı değişiklik oluştursa bile konuya ilişkin

değişiklik yapma hakkı işverence iş sözleşmesi ile saklı tutulmuşsa ve bu hak kötüye kullanılmamışsa çalışılmayan ve hafta tatili niteliğinde olmayan günün işverenin talimatıyla iş günü olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir.

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinin iş günü olarak kabul edilip edilmeyeceği de her somut olay nezdinde değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere İşK m.44 hükmü uyarınca ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural bulunuyorsa, söz konusu günler iş günü olarak kabul edilir. Kanaatimizce sözleşmede açıkladığımız yönde şüpheye yer bırakmayacak bir düzenleme bulunması hâlinde işverenin ulusal bayram ve genel tatil gününde çalışma yapılacağını ayrıca bildirmesi gerekmez. Dolayısıyla ilgili günlerde çalışılmaması işverene haklı fesih imkânı tanır. Ancak somut olayın özelliğine göre, sözleşmede hüküm bulunsa dahi işverenin ulusal bayram ve genel tatil gününde çalışma yapılacağını bildirmesi gerekebilir.

Yargıtayın bir kararında yer verilen ifadeler şu şekildedir: *“...Buna göre kural olan işçinin tatil günü çalışmamasıdır. İşyerinde tatil günü çalışma yapılacaksa, bunun önceden belirlenmesi ve işçiye tebliğ edilmesi gerekir. Dosya içeriğine göre davacının 2429 sayılı yasaya göre Ramazan Bayramı’na gelen tatil günleri gelmediği anlaşılmaktadır. Mahkemece yasal tatil günü olması nedeni ile davacı işçinin gelmemesinin devamsızlık olarak nitelendirmemesi yerindedir. Ancak imzalanan sözleşmede çalışacağını belirtmesine rağmen, gelmemesinin geçerli neden kabul edilmesi doğru değildir. Zira işveren iç yazışma ile “Ramazan Bayramında işletmede tüm bölümlerde üretim faaliyetlerinin devam edeceği, tatil süresince birimlerin iş durumunu göz önünde tutarak iş durumu müsait olan elamanlara tatil yaptıracakları, ünitelerin iş durumuna göre çalışacak ve nöbetçi görevi yapacak elemanları belirlemeleri” gerektiğini belirtmiştir. Bu yazıya göre çalışacak işçilerin belirlenmesi ve önceden tebliğ edilmesi gerekirdi. Somut uyuşmazlıkta bu yönde bir belirleme olmadığı gibi davacıya tatil günü çalışması gerektiği bildirilmiş değildir. Bu durum karşısında tatil günü işe gelmeyen davacı işçinin devamsızlığından söz edilemez...”²⁰. Öncelikle kararda her ne kadar “İşyerinde tatil günü çalışma yapılacaksa, bunun önceden belirlenmesi ve işçiye tebliğ edilmesi gerekir” ifadelerine yer verilmişse de, söz konusu ifadelerden yola çıkarak işverenin tek taraflı beyanı ile işçiye ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yapmaya zorlayacağını kabul etmek mümkün değildir. Esasen karardan da anlaşıldığı üzere, sözleşmede hüküm bulunmaktadır. Ancak işveren konuya ilişkin belirleme ve sonrasında da bildirim yapacağını iç yazışma ile açıklamıştır. Bu nedenle karara konu olan olayda işverence tebliğ şartının aranması isabetli olmuştur.*

²⁰ Yargıtay 9. HD’nin 28.09.2009 tarih ve E: 2008/43213 K: 2009/24415 sayılı kararı.

Bir günün iş günü olarak değerlendirilmesi için işçinin o gün fiilen çalıştığı ya da çalışması gereken saatin uzunluğunun önemi yoktur. Örneğin işçinin çalışması gereken günde çalışması gereken toplam sürenin uzunluğu dört saat ise söz konusu gün yine bir iş günü olarak kabul edilir.

c. İş Günlerinin Belirlenmesi Açısından İş İlişkisinin Varlığının Önemi

İşçinin iş sözleşmesinin sona erdiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatlarının ya da kıdem tazminatının tahsiline ilişkin dava açması durumunda, işverenin işçinin iş sözleşmesinin sona erdiğini iddia ettiği tarih sonrası için düzenlediği devamsızlık tutanaklarına değer verilip verilmeyeceği uygulama açısından önemlidir. Hukuki sorun, iş sözleşmesinin sona erip ermediğinin şüpheye yer kalmayacak şekilde ortaya konması ile açıklığa kavuşturulmalıdır. Yapılacak değerlendirme sonrasında ortaya çıkabilecek olasılıklar, “işverenin iş sözleşmesini eylemli/sözlü haksız feshettiğine” veya “işçinin iş sözleşmesini eylemli feshettiğine” ya da “iş ilişkisinin sona ermediği ve işçinin iş günlerinde devamsızlık yaptığı gerekçesiyle işverence yapılan feshin haklı olduğuna” ilişkin olacaktır.

Somut olayda “işverenin iş sözleşmesini haksız feshi” veya “işçinin eylemli feshi” nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirildiği belirlenirse, artık iş günü olmadığından devamsızlık olgusundan da bahsedilemez. Bir günün iş günü olarak değerlendirilmesi için hiç şüphesiz iş sözleşmesinin sona erdirilmemiş olması gereklidir. İş ilişkisinin bulunmadığı bir dönem açısından iş gününden bahsedilmeyeceğinden devamsızlık olgusunun gerçekleşmesi de imkânsız olur.

İşverence tutulan devamsızlık tutanaklarının içeriğinin doğrulanması hâlinde artık işçinin devamsızlık yapmadığını (işe gittiğini) veya iş sözleşmesinin işverence sona erdirilmesi nedeniyle işe gitmediğini ya da iş sözleşmesini eylemli şekilde feshettiğini ispatlaması gerektiği Yargıtay tarafından bazı olaylar için kabul edilmektedir. Yargıtay bir kararında “...Somut uyuşmazlıkta, davacının iş sözleşmesi 02.12.2014, 03.12.2014 ve 04.12.2014 tarihlerinde devamsızlık yaptığı gerekçesiyle haklı nedenle feshedilmiştir. Davalı işveren tarafından davacı işçinin 02.12.2014, 03.12.2014 ve 04.12.2014 tarihlerinde devamsızlık yaptığına ilişkin tutanaklar tutulduğu, tutanakların altında davalı tanıklarının tutanak mümzisi olarak imzalarının bulunduğu ve davacının devamsızlığını doğruladıkları, davacı tanığının ise fesih konusunda görgü ve bilgisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dosya kapsamına göre iş sözleşmesinin devamsızlık sebebi ile işverence haklı nedenle feshedilmesi sonucu kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır...” sonucuna ulaşmıştır²¹.

İşverence ibraz edilen devamsızlık tutanaklarının her zaman düzenlenebilir nitelikte olduğu ve tutanakta imzası olan işçilerin yargılama sırasında tanık olarak dinletilmesinin de her zaman imkân

²¹ Yargıtay 9. HD'nin 22.09.2020 tarih ve E: 2016/20863 K:2020/8754 sayılı kararı.

dahilinde olduğu unutulmamalıdır. İşçinin, iş sözleşmesinin işverence eylemli veya sözlü şekilde feshedildiği durumlarda işçinin işe gelmemesi ve işverenin de belirttiğimiz şekilde davranabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla salt tutanak tanıklarının davada dinletilmiş olmasına dayanılarak sonuca varılması isabetli olmaz.

Yargıtay aşağıda yer verdiğimiz bazı kararlarında ise, olayın bütününe değerlendirmek suretiyle sözleşmenin feshinden sonra düzenlenen devamsızlık iddiasının dikkate alınamayacağına hükmetmiştir. Karara konu olan olayların bazılarında işçi, iş sözleşmesinin işverence sona erdirildiğini ileri sürmüş ve devamsızlık tutanakları da işçinin sözleşmenin sona erdirildiğini iddia ettiği tarihten sonrası için düzenlenmiştir. Söz konusu olayların bazılarında devamsızlık tutanaklarına değer verilmemiş ve iş sözleşmesinin işverence önceden haksız feshedildiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Yargıtay bir kararında “...Somut olayda, davacı iş sözleşmesinin 15.12.2003 tarihinde işverence feshedildiğini iddia etmektedir. Davalı işveren 19.1.2004 sonrası devamsızlık yaptığını 29.1.2004 de ihtar çektiğini gelmeyince devamsızlıktan akti feshettiğini savunmaktadır. Tarafların dayandığı hizmet tesbiti dosyasında da fesih tarihinin 15.12.2003 olduğu yazılıdır. Böyle olunca fesih tarihinden bir ay kadar sonra işverence düzenlenen devamsızlık tutanaklarının önemi yoktur. İspat yükü kendisinde olan davalı işveren devamsızlığı kanıtlayamadığından davacının kıdem ihbar tazminatı isteklerinin kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır...” sonucuna ulaşmıştır²². Olayda işverence gerçekleştirilen fesih tarihinin 15.12.2003 olduğu tarafların hizmet tespit davasındaki beyanlarından sabit olduğundan ulaşılan sonuç isabetlidir.

Bazı olaylar açısından işçinin iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia ettiği tarihte veya hemen sonrasında özellikle fesih olgusuna dayanarak haklarını talep etmesi de feshin gerçekleştiği tarihin belirlenmesi açısından önemli bir adımdır. Örneğin bir kararında Yüksek Mahkeme “...20.05.2014 tarihli ... 10. Noterliğinin 14380 yevmiye numaralı “İş sözleşmesinin feshi ihbarnamesi” başlıklı belgede, davacının 12.05.2014 tarihinden sonraki devamsızlığına dayanıldığı, ancak davacının iş sözleşmesinin 12.05.2014’te feshedildiğinin dosya içerisinde yer alan mesaj içeriği, 13.05.2014 tarihli ... Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne yapılan şikayet dilekçesi içeriği ile sabit olduğu anlaşılmalı, fesih tarihinden sonraki tarihli devamsızlık tutanaklarına dayanılması mümkün olmadığından 20.05.2014 tarihli ihtarın sonuca etkili olmayacağı anlaşılmalı, davalı tarafça yapılan 12.05.2014 tarihli feshin haklı nedene dayandığı yönünde dosyada bir delil bulunmadığından, fesih sebepleri ile bağlılık ilkesi uyarınca davalı feshinin geçersizliğinin kabulü ile davacının kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarına hak kazandığının

²² Yargıtay 9. HD’nin 16.11.2009 tarih ve E: 2008/11323 K: 2009/31915 sayılı kararı.

kabulü gerekirken, aksi gerekçe ile söz konusu taleplerin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” sonucuna ulaşmıştır²³.

B. Devamsızlık Süresinin Belirlenmesi Açısından “Ardı Ardına” Kavramı

Kanun koyucu İşK m.25/I, (a) hükmünde “ardı ardına üç iş günü” ve İşK m.25/II, (g) hükmünde “ardı ardına iki iş günü” kavramlarına yer vermiştir. Hükümlerin uygulama alanı bulması için devamsızlığın arka arkaya gerçekleşmesi gereklidir. “Ardı ardına/arka arkaya” gerçekleşen devamsızlıktan neyin anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır.

İşçinin çalışması gereken günlerin arasına herhangi bir “çalışılmayan/çalışılması gerekmeyen gün” dahil olmadığı sürece, devamsızlık olgusunun arka arkaya gerçekleşmiş olduğunun belirlenmesi zorluk göstermez. Örneğin işçinin çalışması gereken pazartesi, salı ve çarşamba günleri veya çalışması gereken cuma ve cumartesi günleri işe hiç gelmemesi durumunda devamsızlığın arka arkaya gerçekleştiği kabul edilmelidir. Devamsızlık yapılan günlerin arasına dahil olan iş günlerinden birinde işçinin işe gelmesi

²³ Yargıtay 9. HD’nin 11.11.2020 tarih ve E: 2020/2690 K:2020/15878 sayılı kararı. Yargıtayın başka bir kararında yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...Somut olayda davacı işçi 16.11.2007 tarihli ihtarname ile iş sözleşmesinin aynı gün bildirimsiz ve haksız olarak işverence feshedildiğini ileri sürmüştü ve yasal haklarının ödetilmesini talep etmişti. Davalı işveren ise 19.11.2007 tarihinden sonraki devamsızlık tutanaklarına dayalı olarak önce işe dönmesi için çağrı yapmış saha sonra 17.12.2007 tarihinde iş sözleşmesini feshettiğini bildirmiştir. Davacı tanıklarının fesih konusunda açık beyanları olmasa da, davalı işveren tarafından davacı işçinin fesih tarihi olarak açıkladığı tarihten sonrasına ait devamsızlık tutanaklarına göre sonuca gidilmesi doğru olmaz. Davacının iş sözleşmesinin 16.11.2007 tarihinde feshedildiği kabul edilmeli ve buna göre istek konusu ihbar ve kıdem tazminatları hüküm altına alınmalıdır...”, karar için bkz. Yargıtay 9. HD’nin 24.04.2012 tarih ve E: 2009/38454 K:2012/14065 sayılı kararı. Başka bir olayda da yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...Somut olayda, davacı işçinin 24.5.2006 tarihinde P.T.T. yolu ile çektiği ihtarda İş Sözleşmesinin 20.5.2006 günü feshedildiğini belirttiği görülmüştür. Davalı işverenin bu tarihten sonra tuttuğu devamsızlık tutanaklarına itibar etmek mümkün değildir. Öte yandan davalı tanıkları da davacının işveren tarafından çıkarıldığını belirttikleri hâlde mahkemece davacının devamsızlık yaparak işyerinden ayrıldığı gerekçesi ile kıdem, ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi hatalıdır...”, karar için bkz. Yargıtay 9. HD’nin 02.03.2009 tarih ve E: 2007/38396 K: 2009/5510 sayılı kararı. Başka bir kararında “...Somut olayda; davacı işçi, iş akdinin 03.08.2009 tarihinde feshedildiğini bildirerek ertesi gün 04.08.2009 tarihinde dava açmıştır. Dosyaya getirilen hizmet cetveline göre davacının Ağustos ayında bildirilen çalışılan gün sayısı 3 gün olup davacının dava açtıktan sonra işe gitmesi söz konusu olamaz. 03.08.2009 tarihinden sonra tutulan devamsızlık tutanakları fesih tarihinden sonra tutulmuş olup hukuki sonuç doğurmaz. Bu itibarla davalı işverenin devamsızlık gerekçesine bağlı feshi haksız nitelikte olup davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarının kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır...” şeklinde sonuca ulaşılmıştır, karar için bkz. Yargıtay 9. HD’nin 08.11.2013 tarih ve E: 2011/36844 K: 2013/28726 sayılı kararı. Yüksek Mahkemenin kararına konu olan bir olayda ise, kararın içeriğinden anlaşıldığı kadarıyla işçi fesih sonrasında herhangi bir başvuruda bulunmamış, buna rağmen Yargıtay “...Somut olayda, davacı iş akdinin 01.02.2008 tarihinde feshedildiğini ileri sürmüştü, davalı işverence 01-04.02.2008 tarihlerini kapsayan devamsızlık tutanakları dosyaya ibraz edilmiştir. Mahkemece feshin haklı olduğu gerekçesiyle davacının kıdem ve ihbar tazminatları talepleri reddedilmiştir. Dinlenen davacı tanıkları fesihle ilgili beyanda bulunmamışlar, davalı ise tanık dinletmemiştir. Feshin haklı olduğunu ispat yükü davalı işverenedir. Davalı tarafça 01-04.02.2008 tarihlerinde davacının gelmediğinden bahisle tutanaklar tutulmuşsa da tutanaklar, işçinin işyerinden ayrıldığını belirttiği 01.02.2008 tarihinden sonrasına aittir. Bu durumda tutanaklara değer verilemez. O hâlde, feshin haklı olduğundan söz edilemeyeceğinden kıdem ve ihbar taleplerinin reddi hatalıdır...” şeklinde sonuca ulaşılmıştır; karar için bkz. Yargıtay 9. HD’nin 28.03.2012 tarih ve E: 2010/1309 K: 2012/10513 sayılı kararı.

durumunda ise, artık arka arkaya gerçekleşen devamsızlıktan bahsedilemez. Örneğin pazartesi ve çarşamba günleri işe gelmeyen ancak salı günü çalışmış olan işçinin arka arkaya devamsızlık yaptığı ileri sürülemez.

Devamsızlık yapılan günlerin arasında kalan günlerin çalışılması gereken gün olmadığı durumlar açısından arka arkaya gerçekleşen bir devamsızlık olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır. Örneğin işçinin cuma günü işe hiç gelmemesi ve cumartesi günü çalışılmayan bir gün olması, işçinin pazartesi günü de işe gelmemesi hâlinde arka arkaya gerçekleşen bir devamsızlık olgusundan bahsedilebilecek midir? Şüphesiz örnekleri çoğaltmak mümkündür. Devamsızlık yapılan günlerin arasında kalan çalışılması gerekemeyen günün hukuki niteliği farklı olabilir. Söz konusu gün Kanundan doğan bir tatil günü olabilir. Hafta tatili veya aksi kararlaştırılmamışsa ulusal bayram ve/veya genel tatil günleri devamsızlık yapılan günlerin arasına dahil olmuş olabilir. Bunların yanında hafta tatili ve veya ulusal bayram ve genel tatil günü olmaksızın haftanın çalışılmayan başka bir günü de bulunabilir. Öyle ki sözleşmeden doğan tatil günlerinin, işyerindeki çalışmanın haftanın bir veya birkaç gününde işveren tarafından tatil edilmesi durumunda çalışılmayan günlerin, İşK ek m.2’de sayılan izin günlerinin, işveren veya doktor tarafından verilen izin günlerinin de devamsızlık yapılan günler arasında olması olasılık dahilindedir. Bunun dışında, yukarıda da ifade ettiğimiz şekilde tarafların hafta tatilini bir gün olacak şekilde ancak çalışılması gereken gün sayısını beş gün ya da daha az olacak biçimde belirlemeleri de mümkündür. İşte söz konusu bu günlerin de devamsızlık yapılan günler arasında bulunması imkân dahilindedir.

İşçinin devamsızlık yaptığı günlerin arasına dahil olan çalışılmayan günün niteliği ne olursa olsun devamsızlığın arka arkaya gerçekleştiğinin kabulü isabetli olur. Her şeyden önce böyle bir sonuç kanun koyucunun amacına uygundur. Zira işçi, her iki olasılıkta da çalışılması gereken iki gün hiç işe gitmeden devamsızlık yapmış sayılır. Öyle ki devamsızlık yapılan günlerin arasına çalışılmayan günlerin dahil edilmesi hâlinde arka arkaya devamsızlık koşulunun gerçekleştiğini kabul etmemek, somut olayın özelliğine göre işçinin daha uzun süre işten uzaklaşmasına yol açar. Böyle bir olasılıkta da işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhâl feshedilemeyeceğini savunmak adalet duygusunu sarsar. Örneğin cumartesi günü çalışılmayan ve pazar gününün hafta tatili olduğu bir işyerinde işçinin perşembe ile pazartesi günleri işe hiç gelmemesi hâlinde kendisi işten dört gün uzaklaşmış olacakken; farklı bir işçinin hafta içi örneğin salı ve çarşamba günleri işe gelmemesi durumunda kendisi iki gün işten uzaklaşmış olacaktır. Bu durumda ilk işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhâl feshedilemeyeceğini ancak ikinci işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilebileceğini savunmak makul olmaz. Bütün bunların yanında ulaşılan sonuç kısmi süreli iş ilişkilerinin yapısına da uygundur.

Yargıtay bir kararında “...Mahkeme kabulünde olduğu gibi davacı cumartesi ve pazartesi olmak üzere iki iş günü devamsızlık yapmıştır. Pazar günü işyerinde çalışma olmaması nedeniyle işyerine gelmemiştir. Kanuni tanımdaki “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki iş günü işine devam etmemesi” eyleminde olaydaki cumartesi ve pazartesi günleri arasına denk gelen hafta tatili gününün bulunması hukuki kesinti yaratmaz. Bu nedenle İş Kanununun 25/II-g maddesindeki işverenin haklı feshi nedeni tahakkuk etmiştir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarının reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir...” sonucuna ulaşmıştır²⁴.

C. Devamsızlık Süresinin Belirlenmesi Açısından “Herhangi Bir Tatil Günü” Kavramı

İş Kanunu madde 25/II, (g) hükmünde, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü işine devam etmemesi hâlinde, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhâl feshedebileceği düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, devamsızlığın herhangi bir tatil gününden sonraki iş gününde gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla tatil günü niteliği gününde olmayan bir günden sonra yapılan devamsızlıklar toplamı bir ay içinde iki gün olsa bile, hüküm uygulama alanı bulmaz. Yargıtay kararında “...Somut olayda, davacı işçinin 09 Ağustos 2003 ve 22 Ağustos 2003 tarihlerindeki devamsızlığının haklı bir mazerete dayanmadığı tartışmasızdır. Ancak devamsızlık yapılan bu günler herhangi bir tatil gününden sonraki gün değildir...” sonucuna varılmıştır²⁵.

Hükümde yer alan herhangi bir tatil günü sonraki tatil gününden neyin anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Bahsi geçen kavrama hafta tatili ve veya ulusal bayram ve genel tatil günlerinin dahil olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak kavramın içeriğini bunlarla sınırlı tutmak isabetli olmaz. Sözleşmeden doğan tatil günlerinin, işyerindeki çalışmanın haftanın bir veya birkaç gününde işveren tarafından tatil edilmesi durumunda çalışılmayan günlerin, İşK ek m.2’de sayılan izin günlerinin, işveren veya doktor tarafından verilen izin günlerinin herhangi bir tatil günü ifadesi içinde değerlendirilmesi kanun koyucunun amacına uygun olur.

Bunun dışında, yukarıda da ifade ettiğimiz şekilde tarafların hafta tatilini bir gün olacak şekilde ancak çalışılması gereken gün sayısını beş gün ya da daha az olacak biçimde belirlemeleri mümkündür. İşte söz konusu bu günlerin de devamsızlık yapılan günler arasında bulunması imkân dahilindedir. Böyle bir ihtimâlde de varılan sonuç farklı olmamalıdır.

²⁴ Yargıtay 9. HD’nin 12.03.2012 tarih ve E: 2009/49454 K: 2012/8046 sayılı kararı. Aksi yöndeki karar için bkz. Yargıtay 9. HD’nin 02.10.2006 tarih ve E: 2006/17602-25668 sayılı kararı.

²⁵ Yargıtay 9. HD’nin 09.05.2008 tarih ve E: 2007/16956 K:2008/11983 sayılı kararı.

D. Devamsızlık Süresinin Belirlenmesi Açısından “Ay” Kavramı

Maddede geçen “bir ay” ifadesi takvim ayını değil, ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder. İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçınıcı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması hâlinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olur. Sonraki devamsızlar söz konusu ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir. Örneğin 31 ocaktan itibaren bir aylık sürenin sonu 28 Şubat ya da 29 Şubat olur.

SONUÇ

Tarafların İş Kanunu m.17 hükmünde yer alan süreleri doğrudan artırmaları ve bu artırılmış sürelerin de İşK m.25 açısından dikkate alınacağını açıkça kararlaştırmaları veya İşK m.17 hükmündeki süreleri artırmadan, doğrudan İşK m.25/I, (2) veya İşK m.25/IV açısından devamsızlık sürelerini uzatmaları mümkündür. Bunun yanında, tarafların sözleşme ile bildirim sürelerini artırmaları ancak artırılmış sürelerin derhâl fesih hakkına etkisini sözleşmede açıkça düzenlememiş olmaları da imkân dahilindedir. Bu durumda derhâl fesih hakkının kullanılabilmesi için ortaya çıkması gereken devamsızlık sürelerinin ortak sözleşme iradesi araştırılarak belirlenmesi isabetli olacaktır. Bildirim sürelerinin geçerli biçimde farklı artırılması ancak bunun İşK m.25’de yer alan devamsızlık sürelerine etkisinin ne şekilde olacağını sözleşmede açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda işverenin uyacağı bildirim sürelerinin İşK m.25 açısından da göz önünde bulundurulması gereklidir. Bildirim sürelerinin farklı ancak geçersiz artırıldığı hâllerde ise TBK’daki düzenleme ile sonuca varılması isabetli olur. Bütün bunların yanında işçinin aynı işverene ait aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı çalışması durumunda, İşK m.25’te yer alan bildirim sürelerinin her çalışma ilişkisi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

İş Kanunu m.25’te yer alan ve çalışmamızda incelediğimiz devamsızlık sürelerinin bir kısmı da iş günleri ile ilişkilendirilmiştir. İş günleri ile ilişkilendirilen maddelerin uygulama alanı bulması açısından iş günü kavramından işçi bakımından çalışılması gereken gün anlaşılmalıdır. İş günleri taraflarca emredici hükümler doğrultusunda belirlenir. Devamsızlık süreleri bakımından iş günleri ile ilişkilendirilen ilgili hükümlerin uygulama alanı bulması için sadece iş günü kavramı değil, “ardı ardına”, “herhangi bir tatil günü”, “ay” kavramlarının içeriği de önemlidir. Söz konusu kavramların içeriği açısından da çalışmada sonuca ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nursen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 2023.

EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2023.

EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara 2022.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

ÖZKARACA, Ercüment: "Aralıklı Çalışmalarda İhbar Tazminatı (Karar İncelemesi)", *Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası İş Hukuku ile İlgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Karar İncelemeleri 2022*, İstanbul 2023, s. 9-19.

SAVAŞ, Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

SÜMER, Haluk Hâdi: İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2022.

TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınları, İstanbul 2022.

UŞAN, Fatih / ERDOĞAN, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Yargıtay 9.HD'nin 02.10.2006 tarih ve E: 2006/17602-25668 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 09.05.2008 tarih ve E: 2007/16956 K:2008/11983 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 14.07.2008 tarih ve E:2007/2449 K:2008/20203 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 28.09.2009 tarih ve E: 2008/43213 K: 2009/24415 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 16.11.2009 tarih ve E: 2008/11323 K: 2009/31915 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 12.03.2012 tarih ve E: 2009/49454 K: 2012/8046 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 28.03.2012 tarih ve E: 2010/1309 K: 2012/10513 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 24.04.2012 tarih ve E: 2009/38454 K:2012/14065 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 08.11.2013 tarih ve E: 2011/36844 K: 2013/28726 sayılı kararı.

Yargıtay 22. HD'nin 15.05.2017 tarih ve E: 2017/7963 K: 2017/11040 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 16.09.2019 tarih ve E: 2017/13378 K: 2019/15897 sayılı kararı.



Yargıtay 9.HD'nin 14.09.2020 tarih ve E: 2016/19800 K:2020/7438 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 22.09.2020 tarih ve E: 2016/20863 K:2020/8754 sayılı kararı.

Yargıtay 9. HD'nin 01.10.2020 tarih ve E: 2020/2695 K: 2020/10160 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 13.10.2020 tarih ve E: 2016/27098 K: 2020/11592 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 11.11.2020 tarih ve E: 2020/2690 K:2020/15878 sayılı kararı.

Yargıtay 9. HD'nin 24.03.2021 tarih ve E: 2021/2563 K: 2021/6777 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 03.06.2021 tarih ve E: 2021/5562 K: 2021/9893 sayılı kararı.

Yargıtay 9.HD'nin 29.03.2022 tarih ve E: 2022/2888 K: 2022/4083 sayılı kararı.

**BİR ÖRTÜLÜ AF TARTIŞMASI: 5275 SAYILI CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA
KANUN'UN GEÇİCİ 10. MADDESİ**

**A DISCUSSION OF A COVERED AMNESTY: TEMPORARILY ARTICLE 10 OF THE LAW NO. 5275 ON THE
EXECUTION OF PENALTY AND SECURITY MEASURES**

Dr. Uğur ARSLAN*

ÖZET

2020 yılında yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 105/A maddesi değiştirilerek kimi durumlar için denetimli serbestlik süresi artırılmış ve böylece birçok hükümlüye tahliye yolu açılarak kamuoyunda "Covid-19 izni" olarak isimlendirilen infaz hukuku açısından yeni bir durum yaratılmıştır. Gerçekten de, bahse konu değişiklikle 5275 sayılı Kanun'daki 1, 2 ve 3 yıllık denetim sürelerinin yerine, kimi suçlar bakımından 3 yıl, kimi hükümlüler bakımından 4 yıl denetim süresi getirilerek cezaların infaz edileceği hüküm altına alınmıştır. Buna karşın, koşullu salıverilmenin şartlarının değiştirilmesinin ve bu yapılırken de hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmadan cezaevlerinden erken çıkmalarının sağlanmasının "özel af" anlamına geldiği ve kimi suçlardan mahkûm olanların ise mezkûr değişiklikten istifade etmelerinin önüne geçilmesinin 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde mündemiç olan eşitlik ilkesine aykırı olduğu hususları dile getirilerek, söz konusu düzenleme öğretide yoğun bir şekilde eleştirilmiştir. Nitekim bahsedilen gerekçelerle, ana muhalefet partisi mensubu 135 milletvekilinden oluşan bir heyet iptal yoluna, yerel bir mahkeme ise itiraz yoluna başvurarak anılan değişikliğin iptalini AYM'den talep etmişler, buna karşın yüksek mahkeme bu başvuruları reddetmiştir. Hal böyle iken, kanun koyucu 2023 yılında yeni bir infaz düzenlemesi yaparak kamuoyundaki af tartışmalarını tekrar alevlendirmiştir. Şöyle ki; 15 Temmuz 2023'te yürürlüğe giren 7456 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle, 5275 Sayılı Kanun'a geçici 10. madde eklenmiş ve böylece Covid-19 salgını nedeniyle izinde bulunan hükümlülerden denetimli serbestlik süresi 5 yıl ve daha az süre kalan hükümlülerin cezalarının kalan kısmı hakkında denetimli serbestlik tedbiri tatbik edilebileceği, bunların koşullu salıverilme tarihine kadar olan müddetlerini 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 5. fıkrasında belirtilen yükümlülüklerle tabi olmadan geçirecekleri ifade edilmiştir. Açık ceza infaz kurumuna gönderilen hükümlülerin ise 31/7/2023 tarihinden itibaren açık ceza infaz kurumuna ayrılmış sayılacakları belirlenmiştir. Ayrıca, kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlülerden, toplam hapis cezası 10 yıldan az olanların 1 ayını, 10 yıl ve daha fazla olanların ise 3 ayını bu kurumlarda geçirdikten sonra açık ceza infaz kurumlarına; 3 yıl veya daha az süresi kalan mahkûmların ise doğrudan açık ceza infaz kurumlarına ayrılacakları hüküm altına alınmıştır. Aynı düzenleme; yukarıda sayılan hükümlüler ile açık ceza infaz kurumunda cezaları infaz olunan hükümlülerin, talepleri hâlinde, açık ceza infaz kurumunda asgari 3 ay kalmış olmak şartıyla, bakiye cezayı denetimli serbestlik tedbiri altında infazı şeklindeki uygulamadan 3 yıl erken yararlanacakları, hapis cezasının infazı ertelenmiş ve hapis cezası durdurulmuş olan hükümlülerin de denetimli serbestlikten 3 yıl erken yararlanabilecekleri hükmünü amirdir. Öte taraftan, bu düzenleme de tıpkı 7242 sayılı Kanun'da olduğu gibi, kimi suçları ve hükümlüleri kapsam dışında bırakmıştır. Bu istisna

* Avukat, Ankara Barosu, avarslanugur@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3987-8465

hükmü anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle öğretilerde eleştirilirken, düzenlemenin aslında “özel af” niteliğinde olduğu ve bu nedenle TBMM’de oylanırken nitelikli çoğunluk gerektiği, bu hususa aykırı olarak oylanarak yasalaşmasının Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Tıpkı 7242 sayılı Kanun’la 5275 sayılı Kanun’da yapılan değişikliğin niteliğine matuf eleştirilerde olduğu gibi 7456 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle, 5275 Sayılı Kanun’a eklenen geçici 10. maddenin mahiyetine ilişkin eleştirilere de katıldığımız için böyle bir çalışma yapılmasının isabetli olacağı düşünülmüş, bu kapsamda bahse konu maddenin; literatür taraması, kronolojik yöntem, karşılaştırma ve örnekleme gibi yöntem ve ölçütler üzerinden tartışılarak, özel af niteliğinde olup olmadığının ortaya konulması ve böylece literatüre katkı sağlanması hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Af, Denetimli Serbestlik, Koşullu Salıverme, Özel Af, Terör Suçları.

ABSTRACT

With the Law No. 7242, which came into force in 2020, Article 105/A of the Law No. 5275 on the Execution of Penalties and Security Measures was amended and the period of probation was increased for some cases. Thanks to this new situation, publicly known as "Covid-19 permission", many convicts have been released. Indeed, with the change in question, instead of the one, two and three-year supervision periods in Law No. 5275, a three-year supervision period was introduced for some crimes, and a four-year supervision period was introduced for some convicts, and it was stipulated that the sentences would be executed. However, it is heavily emphasized in the doctrine that allowing convicts to be released from prison early by changing the conditions of conditional release, regardless of their good behavior, means special amnesty, and preventing those convicted of certain crimes from benefiting from the said change is contrary to the principle of equality in Article 10 of the 1982 Constitution has been criticized. For similar reasons, a delegation consisting of one hundred and thirty-five deputies resorted to annulment, and a local court appealed and requested the Constitutional Court to annul the said amendment, but the Supreme Court rejected these applications. This being the case, the legislator re-ignited the public debate on amnesty by making a new execution regulation in 2023. With the 15th article of the Law No. 7456, which came into force on 15 July 2023, the Provisional Article 10 was added to the Law No. 5275, thus, as of 31/7/2023, convicts who are on leave due to the Covid-19 epidemic will be sentenced to execution of their sentences by applying a probation measure. It has been stated that it may be decided that the part of the sentences of those who have five years or less remaining until the date of conditional release will be executed by applying a probation measure, and that they will serve the period until the date of conditional release without being subject to the obligations specified in the fifth paragraph of Article 105/A. However, this regulation, just like Law No. 7242, excluded some crimes and convicts from its scope. While this exception provision was criticized in the doctrine on the grounds that it was contrary to the principle of constitutional equality, it was argued that the regulation was actually a special amnesty and therefore a qualified majority was required when voting in the Turkish Grand National Assembly, and that voting against this issue and becoming law was unconstitutional. The aim of this study is to examine the nature of the temporary article 10 added to Law No. 5275 by Law No. 7456; The aim will be to contribute to the literature by

discussing it within the framework of literature review, chronological method, comparison and sampling methods.

Keywords: Amnesty, Probation, Conditional Release, Pardon, Terror Crimes.

GİRİŞ

Covid-19 salgının Türkiye’de de baş göstermesiyle sokağa çıkma yasağı da dahil olmak üzere birçok tedbir alınmıştır. Cezaevlerinde kalan tutuklular ve hükümlüler açısından salgından korunma ve salgının yayılmasının önlenmesi zor bir süreç olduğundan, özel birtakım tedbirlerin alınması ve tatbiki iktiza etmiş ve infaz düzenlemesi gündeme gelmiştir. Bu kapsamda ceza infaz kurumlarında kalınan sürelerin kısaltılması kapsamında TCK, CMK ve 5275 sayılı kanunlarda çeşitli değişiklikler öngören 3. Yargı Paketi TBMM’ye sunulmuştur.¹

7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un² 52. maddesi ile getirilen geçici 6. maddeye ilişkin gerekçede Covid-19 salgınının cezaevlerindeki negatif etkilerine hiç değinilmemiş, hükümlünün topluma bütünleşmesi, topluma yeniden kazandırılması, koşullu salıverme ve denetimli serbestlik kurumlarının önemi anlatılarak bazı suçlar açısından denetimli serbestlik süresinin 3 yıla çıkarıldığı ve koşullu salıverilme süresinin hesaplanması bakımından yetişkinlere nazaran çocuk hükümlülere ayrıcalık tanındığı ifade edilmiştir.³

¹ TRT Haber Genel Ağ Sayfası, “3. Yargı Paketi Kabul Edildi”, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/3-yargi-paketi-kabul-edildi-503478.html>, erişim tarihi: 11.07.2024.

² Bkz. 15 Nisan 2020 tarih ve 31100 sayılı Resmî Gazete.

³ “Madde 52- Maddeyle, 5275 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesi değiştirilmektedir. Maddenin birinci fıkrasında yapılan değişikliklerle, 1 Temmuz 2016 tarihinden önce işlenen bazı suçlar bakımından 17/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK ile kabul edilen denetimli serbestlik uygulamasının tarihi 30/3/2020 tarihine getirilmek ve denetimli serbestlik süresi üç yıla çıkarılmak suretiyle kapsam genişletilmektedir. Ayrıca, istisna tutulan suçlar arasına bazı yeni suçlar eklenmektedir. Teklifte, 107 nci maddenin ikinci fıkrasında yer alan üçte ikilik oran yarıya indirildiğinden, düzenleme yapılırken fıkranın aynı mahiyetteki mevcut (b) bendi, tereddüde neden olmamak amacıyla madde metnine alınmamıştır. Kapsamda olan suçlardan hükümlü olanlar, tabii oldukları koşullu salıverilme oranları üzerinden üç yıllık denetimli serbestlik tedbirinden yararlanacaktır. Maddenin mevcut düzenlemesi ile Teklifte değiştirilen hali mukayese edildiğinde yeni düzenlemenin denetimli serbestlik süresi bakımından lehe olması sebebiyle kapsamda olan suçlar bakımından sadece üç yıllık denetimli serbestlik süresinin uygulanması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, 105/A maddesinin değişiklikten sonraki metninde denetimli serbestlik süresine ilişkin “bir yıl” ibaresi bulunmayacaktır. Ancak, suç tarihi esas alınmak suretiyle değerlendirme yapıldığında, koşulları bulunduğu takdirde 105/A maddesi tüm suçlar bakımından uygulanabilecektir. Dolayısıyla, her ne kadar madde metninde bir yıllık denetimli serbestlik süresine ilişkin bir ibare bulunmasa da lehe uygulama yapılmasına ilişkin bu maddeyle düzenlenen hüküm nedeniyle, 105/A maddesinin yeni metninde bulunmayan fakat maddenin bu Kanunla değişiklik yapılmadan önceki halinde yer alan bir yıllık süreye atıf yapmak suretiyle denetimli serbestlik süresinin üç yıl olarak uygulanması sağlanmaktadır. Bu husus geçici 6 ncı maddede yer alan “bu maddede değişiklik yapan Kanunla değiştirilen 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “bir yıl”lık süre, “üç yıl” olarak” ifadesiyle açıkça belirtilmiştir. Benzer durum ikinci fıkra da yer alan “iki yıl”lık süre içinde geçerlidir. Maddenin ikinci fıkrasıyla, 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkum olanlar hariç tutularak; 105/A maddesinin üçüncü fıkrasında bu Kanunla yapılan değişiklik öncesinde

Söz konusu kanun tasarısına yazılan karşı oy yazılarında ve kanuna karşı öğretilerde yapılan eleştirilerde; cezaevlerinin rekor seviyede doluluk oranına ulaştığı, koğuşların kapasitesinin çok üzerinde dolu olduğu, tutuklu ve hükümlülerin yetersiz gıda, sağlık, hijyen ve güneşi gibi temel ihtiyaçlara ulaşamama nedeniyle salgın hastalıklar açısından oldukça riskli alanlarda oldukları, bu bakımdan sadece belli bir kesimin denetimli serbestlik adı altında tahliye olmalarının Anayasa'ya aykırı olduğu, tutukluların da bu düzenlemeden istifade etmesi gerektiği, Kimi mahkumların bu düzenlemeden istisna tutulmasının mevcut cezaevi koşulları ve Covid 19 salgını dikkate alındığında bunun idam cezasından farkının olmayacağı, kanun teklifinin özel af niteliği taşıdığı, aynı suç türü açısından bile denetimli serbestlik oranları bakımından adaletsizlik olduğu, söz gelimi kasten öldürmenin basit hali için 2/3 oranı aranırken aynı suçun nitelikli hali için 3/4 oranının arandığı ifade edilmiştir.⁴ Çeşitli insan hakları örgütleri de aynı gerekçelerle yasa tasarısını ve yasayı eleştirmişlerdir.⁵

Takip eden süreçte Covid-19 salgını sona ermiş ve 7242 sayılı Kanun kapsamında izinli olarak cezaevi dışında bulunanların durumunun ne olacağı hususu kamuoyu gündemini meşgul etmeye başlamıştır. Zira 14 Nisan 2020'den itibaren COVID-19 izninde olan mahpusların izin süreleri her 2 ayda bir uzatılmıştır. Kamuoyunda oluşan yoğun beklenti üzerine yeni bir yasal düzenleme yapılması gündeme gelmiştir. Bu kapsamda hazırlanan tasarı TBMM'ye sunularak yasalaşmıştır. 15 Temmuz 2023'te

sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlülere uygulanan "iki yıl"lık denetimli serbestlik süresinin, yine sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler bakımından "dört yıl" olarak uygulanması sağlanmaktadır. Ayrıca, fıkra kapsamında olan hükümlülerden, maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş olanların, koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken sürelerin, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilmesi imkanı getirilmektedir. Belirtilmelidir ki, ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilebileceği gibi Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca da tespit edilebilecektir. Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, birinci ve ikinci fıkra hükümleri, iyi halli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanabilecektir. Maddenin dördüncü fıkrasıyla, bu madde uyarınca denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra hükümlü hakkında, işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma başlatılması hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimi tarafından, hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebileceği düzenlenmektedir. Soruşturma sonucunda kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam edilecektir. Maddenin beşinci fıkrasıyla, 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabii olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir günün üç gün; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir günün ise iki gün olarak dikkate alınacağı hükme bağlanmaktadır. Düzenlemeyle, koşullu salıverilme süresinin hesaplanması bakımından yetişkinlere nazaran çocuk hükümlülere ayrıcalık tanınmaktadır." Bkz. TBMM 207 no'lu Komisyon Raporu, TBMM Tutanak Dergisi, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c039/tbmm27039078ss0207.pdf>, erişim tarihi: 11.07.2024.

⁴ TBMM 207 no'lu Komisyon Raporu, TBMM Tutanak Dergisi, s. 42 vd. bkz. TBMM 207 no'lu Komisyon Raporu, TBMM Tutanak Dergisi, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c039/tbmm27039078ss0207.pdf>, erişim tarihi: 11.07.2024.

⁵ Bkz. Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği (CİSST), Basın Duyurusu, <https://cisst.org.tr/basin-duyurulari/2023-yili-infaz-duzenlemesine-dair-goruslerimiz/>, erişim tarihi: 12.07.2024.

yürürlüğe giren 7456 sayılı Kanun olarak yürürlüğe giren bu düzenlemenin 15. maddesiyle, 5275 Sayılı Kanun'a geçici 10. madde eklenmiş ve böylece Covid-19 salgını nedeniyle izinde bulunan hükümlülerden denetimli serbestlik süresi 5 yıl ve daha az süre kalan hükümlülerin cezalarının kalan kısmı hakkında denetimli serbestlik tedbiri tatbik edilebileceği, bunların koşullu salıverilme tarihine kadar olan müddetlerini 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 5. fıkrasında belirtilen **yükümlülüklere tabi olmadan** geçirecekleri ifade edilmiştir.

Bahse konu düzenlemenin aslında özel af olduğu şeklinde kamuoyunda ve öğretilerde tepkiler yükselince hükümet yetkilileri, gerek 7242 sayılı gerekse de 7456 sayılı kanunla yapılan düzenlemelerin infaz düzenlemesi olduğu, bunların özel af işlemi olarak değerlendirilemeyeceği yönünde beyanatlar vermiş olsalar da⁶ bu düzenlemelerin özel af işlemi olduğu ve özellikle terör suçlarından suçlardan mahkûm olanların bu değişikliklerden / iyileştirmelerden yararlanmalarının önüne geçilmesinin 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde mündemiç olan eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır. Bu tartışmalar ve değerlendirmeler aşağıda ayrıntılandırılmıştır.

I. 7242 sayılı Kanun md. 52 (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un Geçici 6. Maddesi) ile Yapılan Değişiklikler

2020 yılında yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun olarak yasalaşan 3. Yargı Paketi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 105/A maddesinin 1. fıkrası değiştirilerek 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlarda; "bir yıl"lık sürenin "üç yıl" olarak uygulanması ve ayrıca açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunan ve koşullu salıverilmesine 1 yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin, talepleri hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına infaz hakimi tarafından karar verilebileceği kuralı getirilmiştir. Ayrıca; 0-6 yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile 70 yaşını dolduran hükümlülerden koşullu salıverilmesine 4 yıl veya daha az süre kalanlar diğer şartları da taşımaları hâlinde, yararlanabilirler. Maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen ve 65 yaşını bitirenlerin cezası denetimli serbestlik tedbiri kapsamında infaz edilecektir.⁷

⁶ Dönemin Adalet Bakanının X sosyal medya üzerinden yaptığı açıklama için bkz. <https://x.com/yilmaztunc/status/1679596544843038720>, erişim tarihi: 11.07.2024.

⁷ "Geçici Madde 6 – (Ek: 15/8/2016-KHK-671/32 md.; Değiştirilerek kabul: 9/11/2016-6757/28 md.) (Değişik:14/4/2020-7242/52 md.)

(1) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (madde 87, fıkra iki, bent d), işkence suçu (madde 94 ve 95), eziyet suçu (madde 96), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir yıl"lık süre, "üç yıl" olarak uygulanır."

Sözgelimi 30/3/2020 tarihinden önce TCK md. 148'deki yağma suçundan 6 yıl hapis cezasına mahkûm olan bir kişi CGTİHK md. 107/2 mucibince söz konusu 6 yılın yarısını infaz kurumunda geçirdiğinde koşullu salivermeden, koşullu saliverilmesine 3 yıl kaldığında da md. 105/A uygulanacağından infaz kurumuna hiç girmeyecektir. Böylece bu kişi infaz kurumuna hiç girmeden 6 yıllık cezasının tamamı denetimli serbestlik tedbiri uygulanma imkânı doğmuş olmaktadır. Şayet 30/3/2020 tarihinden önce yağma suçunu işleyen kişi bir kadın olur, işlediği bu suçtan dolayı 8 yıl hapis cezasına çarptırılır ve cezasının kesinleştiği tarih itibarıyla henüz altı yaşını doldurmamış bir çocuğu da bulunursa veyahut mahkûm olduğu hapis cezası süresi ne olursa olsun fail maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen 65 yaşını bitirmiş hükümlü ise yukarıdaki durum bu senaryolar için de geçerli olacaktır.⁸

II. 7456 sayılı Kanun Madde 15 ile Yapılan Değişiklikler (5275 Sayılı Kanun'a İlavə Edilen Geçici Madde 10)

14.07.2023 tarihli 7456 sayılı Kanun'un⁹ 15. maddesiyle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a (CGTİHK) Geçici Madde 10 hükmü getirilmiştir. Düzenlemede, izinli olarak ayrılan mahkumlardan başka; açık ceza infaz kurumuna ayrılma, denetimli serbestlik, hapis cezasının infazının ertelenmesi, koşullu saliverilme ve mükerrirler hakkında uygulanan infaz rejimi ile ilgili olarak önemli hususlar bulunmaktadır. Bu düzenleme 31 Temmuz 2023 tarihindeki durumlarını temel alarak üç hükümlü grubunu kapsamaktadır:

(2) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, Türk Ceza Kanunu'nun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere;

a) Sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında 105/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "iki yıl"lık süre, "dört yıl" olarak uygulanır.

b) Maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu saliverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken süreler, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilir. Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilir.

(3) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, iyi hâli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanır.

(4) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu saliverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, üç gün; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır."

⁸ KOCA, Mahmut: "Özel Af ile İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri (7242 Sayılı Kanun'la Değiştirilen İnfaz Kanunu'nun Geçici 6. Maddesinin Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kararının Değerlendirilmesi)", *Anayasa Yargısı*, C. 38, S. 1, 2021, s. 30 vd.

⁹ Tam ismi: 6/2/2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telafisi İçin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda Ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun bkz. 5.07.2023 tarih ve 32249 sayılı Resmi Gazete.

- ✚ Açık ceza infaz kurumu hükümlüsü olup Covid izninde bulunan ve denetimli serbestliklerine en fazla 5 yıl kalmış olanlar,
- ✚ 5275 sy. K. 105/ a maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezası infaz edilen ve Covid izninde bulunan hükümlüler,
- ✚ Kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler.

İlk grup hükümlüler hakkında (Covid- 19 nedeniyle izinde bulunan, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezalarının infazına 5 yıl veya daha az süre kalanlar) **talepleri aranmaksızın** cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, infaz hâkimi tarafından karar verilebilecektir. Söz konusu hükümlülerden yararlanabilmek için hükümlünün belirtilen tarihte açık cezaevi hükümlüsü olması, Covid izninde olması, denetimli serbestliğine en fazla 5 yıl kalmış olmasına dair üç şartın bir arada bulunması gerekir. Söz gelimi, hükümlünün koşullu salıverilme tarihine 5 yıl 11 ay kaldığı bir senaryoda; hükümlünün denetimli serbestliğe kalan süresi 5 yıl 11 ay (-)1 yıl hesabıyla 4 yıl 11 ay olduğundan 5275 sy. K. geçici madde 10/2 uyarınca hükümlü izin bitiminde açık ceza infaz kurumuna dönmeyecek, hakiminin takdirine göre denetimli serbestlik kararı verilecek ve koşullu salıverilme tarihine kadar denetim altında infazını tamamlayacaktır.

İkinci grup (denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezası infaz edilip, Covid- 19 nedeniyle 31 Temmuz 2023 tarihi itibarıyla izinde bulunan hükümlüler) bakımından 5275 sy. K. geçici madde 10/4 uygulanacaktır. Bunlar koşullu salıverilme tarihine kadar olan sürelerini 5275 sy. K. 105/A maddesinin 5. fıkrasında belirtilen **yükümlülüklerine tabi olmadan** geçireceklerdir. Söz konusu iyileştirmeden yararlanabilmek için hükümlünün belirtilen tarihte denetimli serbestlikten faydalanan bir hükümlü statüsünde olması ve Covid-19 izninde olmasına dair iki şartın bir arada bulunması gerekir. Söz gelimi; müddetnameye göre koşullu salıverme tarihi 3 Ağustos 2025 olan hükümlünün bu tarihe kadar, yani 2 yıl 3 gün süresince, denetimli serbestliği denetimsiz olarak devam edecek ve 3 Ağustos 2025 tarihinde koşullu salıverilme hakkını kazanacaktır.

Son grup hükümlüler hakkında ise 5275 sy. K. geçici md. 10/ 6 uygulanacaktır. Buna göre; 31 Temmuz 2023 tarihi itibarıyla Kapalı ceza infaz kurumunda bulunan ve toplam hapis cezası 10 yıldan az olanlar bir ayını, 10 yıl ve daha fazla olanlar 3 ayını bu kurumlarda geçirip açık ceza infaz kurumlarına ayrılmasına 3 yıl veya daha az süre kalanlar açık ceza infaz kurumlarına ayrılabilir. Bu hükümlüler ile 5275 sy. K. geçici 9/6 kapsamında açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler talepleri halinde, en az 3 ay açık ceza infaz kurumunda kalmış olmak şartıyla, cezaların denetimli serbestlik tedbiri altında infazı uygulamasından 3 yıl erken yararlanacaklardır. Söz konusu iyileştirmeden yararlanabilmek için hükümlünün belirtilen tarihte kapalı ceza infaz kurumu hükümlü olması gerekir.

Örneğin, 31 Temmuz 2023 tarihinde kapalı ceza infaz kurumunda bulunan kasten öldürmeye teşebbüs suçundan 18 yıl hapis cezası olan hükümlünün koşullu salıverilmesine esas oran 5275 sy. K. gereğince 2/3 olduğundan koşullu salıverilmesine esas süresi 12 yıldır. Hükümlü koşullu salıverilme tarihine 7 yıl kala açığa bir yıl kala denetime ayrılabilir. Yani iyi halli bir hükümlü 12 yıllık sürenin 5 yılını kapalıda 6 yılını açıkta bir yılını denetimli serbestlik altında geçirmek suretiyle infazını tamamlar. 5275 sy. K. geçici

madde 10/6 düzenlemesinden faydalanan hükümlü, 3 yıl erken açığa ayrılacak devamında da 3 yıl erken denetimden yararlanılacaktır. Hükümlü açık cezaevine koşullu salıverilmesine 7 yıl kala değil, + 3 hesabıyla 10 yıl kala ayrılacak, denetimli serbestliğe ise koşullu salıverilmesine bir yıl kala değil +3 yıl hesabıyla 4 yıl kala ayrılacaktır. Hükümlü 12 yıllık koşullu salıverilme süresinin 2 yılını kapalıda 6 yılını açıkta ve 4 yılını denetimli serbestlik altında geçirerek mevcut infazını tamamlayacaktır. Ezcümle 18 yıl ceza alan iyi halli bir hükümlü değişiklikten önce 12 yıllık sürenin 5 yılını kapalıda 6 yılını açıkta bir yılını denetimli serbestlik altında geçirmek suretiyle infazını tamamlayacakken değişiklik sonrası kapalı cezaevi süresi yalnızca 2 yıl olacaktır.

III. Tartışmalar

A. Af, Genel Af ve Özel Af

Öğretide ve mevzuatta affa ilişkin ilk ve en çok bilinen ve uygulanan ayırım genel ve öz af ayırımıdır. Genel af kamu davası ve cezanın tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasını, özel af ise cezanın kaldırılması, hafifletilmesi veya başka bir tedbire/ yaptırıma çevrilmesini içerir. 1982 Anayasası'nda ve TCK'da genel ve özel af ayırımına yer verilmiş, bunlara bağlı sonuçlar da yine TCK'da tarif edilmiştir.

Niteliği gereği genel af kamu davası ve cezanın tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırdığından soruşturma aşamasında ortaya çıkarsa kovuşturmayaya yer olmadığı, kovuşturma sırasında ortaya çıkarsa düşme kararı verilmesi gerekir. Hükümden sonra yürürlüğe giren bir genel af söz konusu ise hükümlenilen cezalar bütün neticeleri ile ortadan kalkar (TCK md. 65). Genel af kanunu yürürlüğe girmişse kesin hüküm varsa infazına geçilmez. Devam eden infaz işlemi varsa derhal sonlandırılır. Özel af sadece hükümden sonraki aşama için geçerli bir kurum olduğundan, somut olayda özel af varsa, kovuşturma devam edeceğinden, düşme kararı verilemez.

Bir düzenlemenin af niteliğinde olup olmadığına dair değerlendirme maddi ve şekli ölçütlere bakılarak yapılabilir. Buna göre, TBMM'nin üye tamsayısının beşte üçünün oyuyla karar verdiği suç ve/veya cezalara yönelik hukuki tasarruflar aftır (şekli anlamda af) (Anayasa md. 87). Diğer taraftan, bir düzenleme geçmişe yönelik ve sınırlı süreli ise, kesin hükümle belirlenen cezanın infazını engelliyorsa ya da miktarı veya niteliği itibarıyla cezanın hafifletilmesine veya cezanın türünün değişmesine yol açıyorsa o düzenleme af niteliğindedir (maddi anlamda af).¹⁰

1982 Anayasası'nın 87. maddesine göre genel ve özel affa karar verme yetkisi TBMM'ye aittir.¹¹ Madde metninde "karar" sözcüğü yer alsa da TBMM bu düzenlemeyi parlamento kararı biçiminde değil, kanun şeklinde yapar.¹² Ayrıca 1982 Anayasasının 104. maddesi gereğince Cumhurbaşkanı sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak yetkisine sahiptir. Bu

¹⁰ KEYMAN, Selahattin: Türk Hukukunda Af, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1965, s. 136.

¹¹ "Madde 87 – (Değişik: 21/1/2017-6771/5 md.) Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir."

¹² GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa, 2018, s. 282.

durumda TBMM'ye tanınan af yetkisi herhangi bir şarta bağlı değilken, Cumhurbaşkanı, Anayasa tarafından kendisine tanınan af yetkisini ancak sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebeplerine bağlı olarak kullanabilecektir (bireysel özel af).

Af yetkisinin çerçevesi Anayasa'da belirlenmiştir. Anayasa'nın 87. maddesine göre, TBMM orman suçları dışında bütün suçlar bakımından af yetkisine sahiptir buna karşın Cumhurbaşkanı'nın bireysel özel af yetkisi açısından böyle anayasal yasak söz konusu olmadığından Cumhurbaşkanı, orman suçu işleyenler dâhil, bütün hükümlüler hakkında (sadece sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebeplerine bağlı olarak) af yetkisini kullanabilir.

TBMM'nin karar verdiği genel ve özel af kanunlarına karşı AYM önünde iptal davası açılabilir. Bu davanın şekil şartları 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'la belirlenmiştir. Cumhurbaşkanıya tanınan bireysel özel af yetkisi 2018 yılı halk oylaması sonucu kabul edilen Anayasa değişikliği kapsamında Cumhurbaşkanı kararı ile yapılabileceğinden bahse konu işlem hakkında yargı yolu açık değildir.

B. 7242 sayılı Kanun md. 52 (5275 sayılı Kanun'un Değiştirilen Geçici 6. Maddesi)

Gerek 7242 sy. K. geçici md. 6 gerekse de 7456 sy. K. Geçici md. 10. hükümlerinin özel af mahiyetinde olup olmadığı öğretilmiş tartışılmıştır. Kanaatimizce, 7242 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme özel af mahiyetindedir. Bilindiği üzere, özel afla mahkûmiyet kararı tüm sonuçları ile ortadan kalkmasa da hükümlünün infaz kurumundan saliverilmesi veya infaz kurumunda kalma süresinin kısaltılması ya da hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi gibi sonuçlar gündeme gelir.¹³

Hükümet yetkilileri bu çalışmanın konusunu oluşturan düzenlemelerin koşullu salıverme ve denetimli serbestlik hükümleri ile ilgili infaz düzenlemesi olduğunu iddia etmektedirler. Çalışmanın bu kısmında bu düzenlemelerin aslında birer af işlemi olduğu, neden infaz düzenlemesi olamayacakları gerekçeleri ile birlikte ortaya konulacaktır.

Koşullu salıvermenin en önemli unsurları, cezanın belirli bir süresinin cezaevinde çekilmiş olması ve hükümlünün bu süre içerisinde iyi hal göstermesidir. 5275 sayılı Kanun'un Değiştirilen Geçici 6. Maddesi ile kimi hükümlüler ceza infaz kurumuna hiç girmeyecek bunların cezaları dışarıda infaz edilecektir. Yani **hükümlülerin iyi halli olup olmadıkları hiçbir zaman tespit edilemeyecektir**. Nitekim, 7242 sayılı Kanun'la değiştirilen geçici 6. maddenin 3. fıkrasına göre 30/3/2020 tarihine kadar işlenen kimi suçlar bakımından hapis cezasına mahkûm olanlar infaz kurumuna hiç girmeyecek, bu sürelerden fazla ceza mahkumiyeti olanlar ise, belirtilen süreler göz önünde bulundurularak, tahliye olacaktır. Sözelimi 30/3/2020 tarihinden önce TCK md. 148'deki yağma suçundan 6 yıl hapis cezasına mahkûm olan bir kişi CGTİHK md. 107/2 mucibince söz konusu 6 yılın yarısını infaz kurumunda geçirdiğinde koşullu salıvermeden, koşullu salıverilmesine 3 yıl kaldığında da geçici md. 6 uygulanacağından infaz kurumuna hiç girmeyecektir. Böylece bu kişi infaz kurumuna hiç girmeden 6 yıllık cezasının tamamı denetimli

¹³ TCK md. 65/2: "özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir."

serbestlik tedbiri uygulanma imkânı doğmuş olmaktadır. Dolayısıyla 5275 sy. K. Geçici md. 6 infaz düzenlemesi olmaktan ziyade af niteliği taşımaktadır.¹⁴

7242 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikler ve düzenlemelerle kimi hükümlüler açısından yaratılan istisnai durum öğretide ve kamuoyunda eleştiri konusu olmuştur. Gerçekten de, yapılan değişikliklerle aynı cezayı alan iki mahkûmdan birisi koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik hükümlerinden yararlanarak tahliye olurken bir diğer hükümlü grubu ise mahkûm olduğu suç türü nedeniyle cezasını çekmeye devam edecektir. Yine kanunun tutukluları kapsamına almaması da bir başka eksikliktir. Zira ceza infaz kurumlarındaki doluluğu azaltma ve Covid-19 salgınının infaz kurumlarında yayılmasını engellemeyi amaçlayan bu kanun, cezası mahkeme kararıyla sabit olan mahkûmları kapsadığı halde, ceza infaz kurumlarındaki mevcudun yaklaşık üçte birini oluşturan ve suçu sabit olmayan tutukluları kapsama almamıştır.¹⁵

5275 sayılı Kanun’un değişiklikten önceki halinde md. 105/A herhangi istisna söz konusu olmadan tüm suçlar bakımından cari olan bir hüküm iken, 7242 sayılı Yasa kapsamında eklenen geçici 6. madde ile kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve TCK’nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (terör suçları) ile TMK kapsamına giren suçlar gibi bazı suçların ayırık tutulması bahse konu düzenlemenin özel af niteliğinde olduğunu göstermektedir. Başka bir söyleyişle, kanun Koyucu istisna tutulan suçlarla ilgili olarak herhangi bir kriter getirmemiş, istisna kapsamında olmayan suçlara adeta bir **atıfet** bahşederek takdir hakkını bu suçların lehine olarak kullanmıştır. Söz gelimi yağma suçundan 6 yıl hapis cezasına çarptırılan hükümlüyü cezaevine sokmama şeklinde tercihini kullanırken özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan 2 yıl 3 ay hapis cezası alan hükümlünün cezaevine girmesini istemesi düzenlemenin bir af işlemi olduğunu net bir biçimde göstermektedir. Kanun Koyucu 30 Mart 2020 tarihinden önce işlediği herhangi bir suçtan dolayı 6 (veya 8) yıl hapis cezasına mahkûm olan kişileri infaz kurumuna girmesine gerek duymazken istisnalar arasında saydığı suçları işleyen kişilerin ise mahkûm oldukları ceza ne olursa olsun, bu cezayı infaz kurumunda çekmelerini istemektedir. Kaldı ki kanun koyucu gerekçede bazı suçları neden kapsam dışında bıraktığına dair doyurucu bir açıklama da yapmamıştır. **Yani bir kesime yönelik lütuf söz konusudur.** Sayılan hususlar anılan düzenlemenin genel-özel önleme veyahut hükümlünün sosyalleşmesi amacıyla yapılmadığını, kanun koyucunun bu maddeyi cezanın infazından beklenen amaçla ihdas etmediğini ortaya koymaktadır.¹⁶

Yukarıda saydığımız gerekçelerin 7242 sayılı Kanun’a karşı AYM’de yapılan iptal başvurusunda da gündeme geldiği görülmektedir. Gerçekten de; CHP’ye mensup 135 kişilik milletvekili grubu tarafından; 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un tümünün, tümünün iptaline karar verilmemesi hâlinde 52.

¹⁴ KOCA, s. 39.

¹⁵ YARIMBATMAN, Güven: “Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Af Yetkisinin Kullanımı”, *TBB Dergisi*, 2020 (150), s. 79.

¹⁶ ARSLAN, Uğur: *Türk Af Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 422.

maddesiyle 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesinin şekil bakımından Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesini talep etmişlerdir. Dava dilekçesinde, dava konusu Kanun'un 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesi uyarınca, istisna olarak belirtilen suçlar hariç olmak üzere, 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlardan mahkûmiyeti bulunan hükümlülerin daha kısa süre ceza infaz kurumunda kalmak suretiyle denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmalarının sağlandığı, bu itibarla anılan hükümlülerin infaz edilecek ceza miktarından indirim yapıldığı, istisnai ve geçici bir düzenleme olan söz konusu maddenin öngördüğü kurumun bu özellikleri sebebiyle toplu özel af niteliğinde olduğunu, Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca af ilanını konu alan kanunların kabulü için TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gerektiğini, dava konusu Kanun'un kabulünde ise bu nitelikli çoğunluğun aranmadığını belirtilerek şekil bakımından mezkûr Kanun'un Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırı olduğu hususlarını ileri sürülmüştür.

AYM iptal talebini reddetmiştir.¹⁷ Ret kararına gerekçe olarak; geçici 6. maddenin hükümlünün çektirilmesi gereken toplam **ceza miktarında bir değişikliğe neden olmadığını**, ceza infaz kurumundan kendiliğinden saliverilmesine yol açmadığını, hükümlünün iyi hâlli olması şartının arandığını, anılan şart gerçekleşse dahi saliverilme kararı bakımından hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu, (1), (2) ve (3) numaralı fıkra hükümlerinden yararlanmak için ayrıca hükümlünün **talebinin varlığının gerektiğini**, saliverilme sonrasında da **devletin hükümlü üzerindeki gözetim ve denetim yetkisinin devam ettiğini**, bu itibarla geçici 6. maddenin cezanın kapsamına ilişkin bir düzenleme olmayıp cezanın infaz usulüne yönelik hükümler öngördüğü anlaşıldığından 7242 sayılı Kanun'un toplantı ve karar yeter sayısı bakımından Anayasa'nın 96. maddesine tabi olduğu hususları gösterilmiştir.

Ret kararına, aralarında dönemin AYM başkanının da bulunduğu, kimi üyelerin katılmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim karara düşülen muhalefet şerhlerinde; dava konusu düzenlemenin iptaline karşı yapılan başvurunun reddinin **kanun koyucuya fiili bir yol yaratacağını ve bundan böyle "denetimli serbestlik", "şartlı saliverme" gibi isimler altında yapılan düzenlemelerin Anayasanın af kanunları için aradığı 3/5 nitelikli çoğunluk kuralına takılmadan yasalaşabileceği endişesi** dile getirilmiştir. Muhalefet şerhlerinde; özel affın; kesin veya kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla hükmedilen cezayı, miktarını azaltmak veya daha hafif bir ceza ile değiştirmek suretiyle hafifleten ya da hiç infaz edilmeyecek şekilde ortadan kaldıran bir yasama veya yürütme işlemi olduğu, dava konusu geçici 6. maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarıyla 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve istisna kapsamına girmeyen suçlar bakımından denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak ve bazı hükümlüler yönünden koşullu saliverme sürelerinin hesaplanması değiştirilmek suretiyle ceza infaz kurumlarında geçirilmesi gereken sürelerin kısaltıldığı, bazı suçlar bakımından ise cezaevinde hiç kalınmayacağını ve **hükümlünün ceza infaz kurumunda hiç girmeden cezasının ikmal edilmiş sayılacağını, bu haliyle bahse konu kuralın cezanın infaz şekline değil, bizzat kapsamına yönelik olduğu, hapis cezasının daha hafif mahiyetteki seçenek yaptırımlara dönüştürüldüğü**, hükümlülerin cezaevine girmeden cezalarının infaz edilmesine imkân sağlayan geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrasının, cezanın kapsamına etki eden ve onu daha

¹⁷ AYM, 17.07.2020 tarih ve E. 2020/44, K. 2020/41 sayılı kararı.

hafif seçenek yaptırımlara dönüştürerek hafifleten, bu nedenle de **özel af niteliğinde olan** bir düzenleme olduğu hususları vurgulanmıştır.

Bizce de AYM'nin mezkûr kararı isabetli olmamıştır. Nitekim AYM 2000 yılında yasalaşan 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Saliverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'a karşı yapılan iptal başvurusunda iptal kararı verirken 2020 yılında bu içtihadının tersi yönünde karar vermesinin hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır.¹⁸ Evvelki kararında AYM; cezaevinde kalma süresini belirli koşullarla kısaltılması veya hiç cezaevine girmeden cezanın infazını sağlanması sonucunu doğuran kurala ilişkin olarak **şartla saliverilmenin en önemli unsurlarının cezanın belirli bir süresinin cezaevinde çekilmiş olması ve hükümlünün bu süre içerisinde iyi hal göstermesi olduğunu**, oysa dava konusu 2. bent ile 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan hükümlülerin **iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın saliverilmelerinin sağlanmasının bahse konu düzenlemenin şartlı saliverilme olmayıp kendine özgü bir müessese ve özel af niteliğinde olduğunu belirterek iptal kararı vermiştir.**¹⁹

AYM bu son kararında, her ne şekilde adlandırılmış olursa olsun cezanın infazıyla bağlantılı bir düzenlemenin af niteliğinde olup olmadığı konusunda tespit edilmesi gerekenin; düzenlemenin gerçekte cezanın kendisini mi yoksa cezanın infaz şeklini mi etkilediği hususu olduğunun altını çizmiştir. AYM'ye göre, düzenleme cezanın ortadan kaldırılmasını, azaltılmasını veya türünü değiştirmek suretiyle

¹⁸ AYM koşullu saliverilmenin şartlarını değiştirmek suretiyle hükümlülerin infaz kurumundan erken çıkmalarına yol açan benzer nitelikteki iki ayrı düzenleme hakkında 10 yıl arayla iki farklı karar vermiştir. AYM, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun geçici 1. ila 4. maddeleriyle getirilen ve 8 Nisan 1991 tarihine kadar işlenen suçlar sebebiyle verilen ölüm cezalarının uygulanamayacağı, bu cezaya ve diğer müebbet ve süreli hapis cezasına mahkûm olanların koşullu saliverilmeden yararlanabilmek için infaz kurumunda çekmeleri gereken cezalarının kanunla belirlenen bir kısmını çektikleri takdirde iyi hâlli olup olmadıklarına bakılmaksızın şartla saliverilmelerini sağlayan hükümlerinin Anayasa'nın 87. maddesine aykırı olduğu gerekçeleriyle açılan iptal davasında, geçici maddelerin ortak özelliğinin, **şartla saliverilme için iyi hâlin aranmaması olduğunu**, iyi hâl koşulunun aranmamasının 4. madde ile getirilen düzenlemeye şartlı af görünümü vermekte ise de talep olmaksızın şartla saliverilmenin gerçekleşmesi, cezanın bir bölümünün çektirilmesinin gerekli olması ve TCK md. 17'deki şartların gerçekleşmesi halinde şartla saliverme kararının geri alınması hususu dikkate alındığında iptal davasına konu hükmün aftan çok şartla saliverilmeye benzediğini, kendisine özgü bir nitelik taşıdığını ifade etmiştir. (AYM, 19.7.1991, 1991/15 E, 1991/22 K, R.G. Tarih-S. 31.07.1991-20946).

¹⁹ “[...]2. bent ile Yasa kapsamına giren cezalarda indirim yapılmakta 10 yıldan az cezaya mahkûm kimi hükümlülerin diğer koşullarında varlığı halinde hiç cezaevine girmeksizin cezalarının infazına olanak tanınmakta ise de, bu olanak genel affın tanımında belirtildiği gibi ceza mahkûmiyetini bütün neticeleri ile kaldırmamaktadır. Düzenlemenin hükümlülere getirdiği yarar cezaevinde kalma süresini belirli koşullarla kısaltması veya hiç cezaevine girmeden cezanın infazını sağlamasıdır. Şartla saliverilmenin en önemli unsurları, cezanın belirli bir süresinin cezaevinde çekilmiş olması ve hükümlünün bu süre içerisinde iyi hal göstermesidir. Oysa 2. bent ile 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın saliverilmelerinin sağlanması bu düzenlemenin şartlı saliverilme olmayıp kendine özgü bir müessese olduğunu göstermektedir. Türk Ceza Yasası'nın 98. maddesine göre cezayı ortadan kaldıran veya azaltan ya da değiştiren bir düzenleme olarak adlandırılan özel affın, toplu ve şartlı olarak getirilmesinin de olanaklı bulunduğu dikkate alındığında, 2. bentte yer alan kuralın, müebbet ve 10 yıldan fazla süreli hükümlülükler bakımından cezadan indirim öngören, tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından veya toplam hükümlülük sürelerinden on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi veya hükümlülük süresi dolmuş olanlar bakımından ise, belirli bir süreyle suç işlememe bozucu (infisahi) koşuluna bağlanmış, toplu özel af niteliğindedir[...].” Bkz. AYM, 18.7.2001, E. 2001/4, K. 2001/332, Resmî Gazete Tarih-S. 27.10.2001-24566.

hafifletilmesini öngörüyorsa af; suç ve cezanın kapsamına yönelik olmayıp sadece cezanın infaz şeklini düzenlemeye yönelik ise bunun bir infaz düzenlemesi olduğu söylenebilir.²⁰ Kanaatimizce toptancı bir yaklaşımla yapılan ve kesin çizgiler çekilen böyle bir değerlendirmeyi kabul etmek mümkün değildir. Çünkü, **cezanın infaz biçiminin değiştirilmesinin de af olarak değerlendirilebildiği durumlar ortaya çıkabilir. Söz gelimi denetimli serbestlik ve koşullu salıverme sürelerinde oynama yaparak hükümlüyü olması gerekenden daha erken evine yollamayı salt cezanın infaz şekline müteallik olarak değerlendirmek doğru değildir. Burada açık bir biçimde cezanın türü değiştirilmekte ve ceza hafifletilmektedir.** Bir düzenlemenin infaz düzenlemesi mi yoksa af mı olduğu tartışmalarında AYM'nin yaptığı gibi toptancı bir yaklaşım yerine, her bir ceza ve ceza muhakemesi hukuku kurumuna özgü ve belirleyici ölçütlere göre hareket etmek daha isabetli olur. Af ile cezaların infazına ilişkin müesseseler arasındaki farkı ortaya koyabilmek adına ilgili düzenlemenin suça, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına, mahkûmiyetten ziyade kesin veya kesinleşmiş cezalara etkisi yönlerinden değerlendirilmesi gerekir. Af geçmişe dönük olarak hüküm ifade ederken cezaların infazına ilişkin düzenlemelerin kural olarak kesin veya kesinleşmiş cezalar yönünden yapıldığı gözden kaçırılmamalıdır. Başka bir söyleyişle af işlemleri geçmişe dönük infaz düzenlemeleri ise geleceğe yönelik formüle edilirler. Somut olayda geçmişe müteallik düzenleme yapılması bu düzenlemenin af olduğu konusundaki düşüncelerimizi desteklemektedir.²¹

C. 7456 Sayılı Kanun Madde 15

Özel af açısından yukarıda yapılan tespitler 7456 sayılı Kanun için de geçerlidir. Sözelimi, mahpusların halihazırda sahip oldukları denetimli serbestlik sürelerine beş yıl ilave edilerek, bu mahpusların cezaevinden 5 yıl daha erken çıkmaları ve kalan hapis cezalarının denetimli serbestlik tedbiri altında infaz edilmesi cezanın türünü değiştiren ve cezayı hafifleten özel af demektir. Keza, 5275 sy. K. 105/A maddesinin 1. fıkrasında hükümlünün denetimli serbestliğe ayrılabilmesi için talep şartı aranmış olmasına rağmen bu koşulun 7456 sy. K. geçici Madde 10/2'de kaldırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla talep şartının kaldırılması ile denetimli serbestlik tedbiri koşullu salıverilme kurumuna yaklaştırılmış ve aslında hükmedilen ceza hafifletilmiştir.

Burada zikredilmesi gereken bir başka husus da iyi hal ile ilgilidir. 5275 sy. K. 105/A maddesinde hükümlünün denetimli serbestlikten yararlanabilmesi için iyi halli olması şarttır. İyi halin tespiti ise ceza infaz kurumlarının idare ve gözlem kurulunca yerine getirilir (5275 sy. K. md. 89/1, md. 89/5). Yine 7456 sy. K. geçici madde 10/2'de **iyi halli olmayla ilgili bir ibarenin bulunmaması** söz konusu hükmün özel af niteliğinde olduğunu göstermektedir.

7456 sy. K. geçici madde 10/4 için de benzer şeyler söylenebilir. Bu maddenin denetimli serbestlikten değil, denetimsiz bir serbestlik halinden bahsetmesi özel af mahiyetinde olduğunu göstermektedir.²²

²⁰ AYM, E. 2020/44, K. 2020/41, Karar Tarihi:17/7/2020, R.G. Tarih – S. 7/10/2020 – 31267.

²¹ ARSLAN, s. 132.

²² (4) 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezası infaz edilip geçici 9 uncu maddenin beşinci fıkrası uyarınca Covid-19 salgın hastalığı nedeniyle 31/7/2023 tarihi itibarıyla izinde bulunan hükümlüler, koşullu salıverilme tarihine kadar olan süreleri 105/A maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen **yükümlülüklerine tabi olmadan geçirirler.**

Bunun ceza adaleti sistemi içindeki genel infaz hukuku politikası ve amaçları ile uyduğunu söylemek mümkün değildir.

7456 sy. K. geçici madde 10/2 ve geçici madde 10/7 hükümleri incelendiğinde ise denetimli serbestlik tedbirinin 5275 sy. K. geçici madde 6'ya nazaran aşırı bir şekilde genişletildiği görülmektedir. Bu bakımdan bahse konu hükümlerin, tıpkı 5275 sy. K. geçici md. 6'da olduğu, gibi özel af niteliğinde olduğunu söylemekte bir sakınca yoktur.²³

7456 sy. K. ile 5275 sy. Kanun'a eklenen geçici 10. madde eşitlik ilkesine aykırı olup ayrımcılık yasağını da ihlal etmektedir. Zira *"İnfazda temel ilke" başlıklı 5275 sy. Kanun'un 2. maddesine göre "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır."* Buna karşın, örtülü af niteliğindeki 5275 sy. K. geçici madde 10 ile hükümlüler arasında ayrımcılık yapılmış, özellikle siyasi suçlular olarak ifade edilen hükümlü grubu yapılan iyileştirmeden yararlanmalarını için kapsam dışı bırakılmıştır. Bu durum yukarıda bahsedilen ilkeleri ve yasakları ihlal ettiği gibi hakkaniyetli bir tutum da değildir.

Kimi ilk derece mahkemeleri 7456 sy. K. geçici 10.maddesinin iptali için AYM'ye başvuruda bulunmuşlardır. Bu başvurulara göre; 7456 sy. K. geçici 10.maddesi ile hükümlülerin denetimli serbestliğe ayrılma tarihine göre bir ayrıma tabi tutulduğu, bu ayrımın kanun yoluna başvurma hakkını kullanmaları sebebiyle cezası daha sonra kesinleşen hükümlüler yönünden infaz rejiminde aleyhe sonuç doğduğu dolayısıyla denetimli serbestlik yükümlüleri arasında ayrımcılık yapıldığı, Covid-19 salgınının sona ermesi nedeniyle 31/7/2023 tarihinden sonra izinleri sona eren hükümlülerin yükümlülüğe ve denetime tabi olmalarını gerektiren bir nedenin bulunmadığı bu nedenlerle mezkur hüküm Anayasa'nın 2, 10 ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

AYM'nin bu başvuruları, kanun koyucunun takdir yetkisine gönderme yaparak ve kendisinin takdir yetkisi ile gözetilen kamu yararını değerlendiremeyeceğini vurgulayarak reddettiği görülmektedir. AYM'ye göre, *"[...]hangi fiilin suç sayılacağı, cezanın türü ve miktarı ile infazına ilişkin yasal düzenlemeler temelde devletin suç ve ceza politikasına bağlı bir konudur. Suç ve ceza yönünden sınırları belirtilen bu takdir alanı, ceza sisteminin tamamlayıcı bölümünü oluşturan infaz hukuku için de geçerlidir. [...]Bir kanun hükmünün gereksinimlere uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz. [...] hükümlülerin koşullu salıverilme tarihine kadar olan kalan sürelerini de 105/A maddesinin (5) numaralı fıkrasında belirtilen yükümlülüklerle tabi*

²³ "(2) 31/7/2023 tarihi itibarıyla geçici 9 uncu maddenin beşinci fıkrası uyarınca Covid-19 salgın hastalığı nedeniyle izinde bulunan ve ilgili mevzuat uyarınca cezalarının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına beş yıl ve daha az süre kalan hükümlülerin talebi aranmaksızın, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına infaz hakimi tarafından karar verilebilir.

(7) Altıncı fıkra hükümleri 31/7/2023 tarihi itibarıyla;

a) Hapis cezasının infazı 16, 16/A ve 17 nci maddeleri kapsamında ertelenmiş olan,

b) Hapis cezasının infazı durdurulmuş olan, hükümlüler hakkında da uygulanır."

olmadan geçirmeleri suretiyle 31/7/2023 tarihi itibarıyla hem denetimli serbestlik müdürlüklerinde oluşacak yoğunlukların önlenmesinin hem de hükümlülerin mevcut hukuki durumlarının devam ettirilerek denetimli serbestlik kurumunun genel amacına uygun olarak dış dünyaya ve toplumsal hayata uyum sağlamalarının kolaylaştırılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın kamu yararı dışında bir amacı gerçekleştirmeye yönelik olduğu söylenemez. [...]Öte yandan almış olduğu cezanın tamamı ceza infaz kurumlarında yerine getirilmeden hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak denetim ve gözetim altına alınan hükümlünün bu süreçte belirli yükümlülüklere tabi tutulması mümkündür. Bununla birlikte kanun koyucuyu denetimli serbestlik kurumunun düzenlenmesi bağlamında denetim süresinde hükümlü hakkında yükümlülük uygulanmasını öngörmeye zorlayacak anayasal bir neden bulunmamaktadır[...]" hususlarını öne sürerek red kararı vermiştir.²⁴

Kanaatimizce AYM'nin ret kararı hukuka uygun değildir ve isabetsizdir. Bunun için ret kararına katılmayan üyelerin düştükleri muhalefet şerhine, özellikle eşitlik ilkesi açısından yapmış oldukları tespitlere, bakmak kafidir. Söz konusu karşı oy yazısına göre; iptal edilmesi talep edilen kuralın cezaları infaz edilmekte olan hükümlülerden haklarında denetimli serbestlik uygulananlara yönelik kolaylaştırıcı bir düzenleme ihtiva etmekte olduğu, belirlenen tarih itibarıyla infazı denetimli serbestlik kapsamında bulunanlardan sadece Covid-19 nedeniyle kendilerine izin verilenler lehine bir düzenleme getirdiği, bunlar dışında aynı tarih itibarıyla denetimli serbestlikten yararlananlara bu iyileştirmenin tanınmadığı, belirli bir tarih itibarıyla denetimli serbestlik kapsamında bulunan kişilerin pandemi izninden yararlananlar ve yararlanmayanlar olarak iki farklı kategoriye ayrılmasının Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında birbiriyle kıyaslanabilir iki ayrı grup oluşturduğu, bu iki grup arasında farklı uygulama yapılmasının nesnel temelini olmadığı, kuralın getiriliş gayesinin izinlerin bir anda ortadan kaldırılması nedeniyle denetimli serbestlik birimlerinde yaşanabilecek yoğunluğun önüne geçmek olduğu, dolayısıyla kuralın meşru amacının bulunduğu ve fakat belirtilen tarih itibarıyla ayırım yapılmaksızın denetimli serbestlikten yararlanan bütün hükümlülerin aynı işleme tabi tutulmalarının önünde engel bulunmadığı hususlarının altı çizilmiştir. Yine şerhte de vurgulandığı üzere, salgın nedeniyle uzun süredir kendilerine verilen izin nedeniyle bir yükümlülük olmaksızın cezaları infaz edilenlerin bundan sonraki yükümlülüklerden de muaf tutulmalarına karşılık, diğer bir grup hükümlü salgın izninden yararlanmadıkları gibi denetimli serbestlik mükellefiyetlerinden de muaf tutulmamışlardır. Bu durum bariz bir eşitsizlik olup Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Yine mezkûr karşı oy yazısında, iptali talep edilen kuralın hukuki belirlilik ilkesine de aykırı olduğu ifade edilmiştir. Zira itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu somut olayda olduğu gibi, 31/7/2023 tarihinden önce Covid-19 izninden yararlanmakta iken denetimli serbestliğe ayrılma şartları gerçekleşmesine rağmen idare tarafından gösterilen ihmal nedeniyle bu kapsama alınmayan hükümlüler kural kapsamında getirilen kolaylıklardan yararlanamayacaklardır. Halbuki bu durum tamamen idarenin ihmalinin sonucu olup hükümlüye atfı kabil bir kusur bulunmamaktadır. Kural bu durumda olanlar açısından bir netlik ihtiva etmemekte olup bu durum da Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin özellikleriyle bağdaşmamaktadır.²⁵

²⁴ AYM, E. 2023/147 K. 2024/69, 7/3/2024 R.G. Tarih-Sayı : 19/4/2024-32522.

²⁵ Bkz. AYM, E. 2023/147 K. 2024/69, 7/3/2024 R.G. Tarih-Sayı : 19/4/2024-32522, karşı oy yazısı.

SONUÇ

Görüldüğü üzere, 5275 sayılı Kanun'a 2020 ve 2023 yılında eklenen geçici maddeler, hükümlülerin infaz kurumunda buldukları süreleri kısalttığı bazen de tamamen ortadan kaldırdığı için, TCK'nın 65. maddesi mucibince özel af niteliğinde düzenlemelerdir. Af kanunlarının kabulü için, Anayasa gereği, TBMM'nin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun sağlanması gerekir. Kanun koyucunun gerek bu prosedürden kurtulmak gerek diğer bazı siyasal saiklerle farklı yöntemlere yöneldiği görülmektedir.

Kanun koyucu ön kapıdan içeri aldığı hükümlüleri Covid- 19 salgını, kapasite azlığı ve aşırı yoğunluk nedeniyle infaz düzenlemesi gibi yöntemlerle arka kapıdan salıvermekte bazen de bu kişilerin infaz kurumuna hiç girmemesini sağlamaktadır. Bu yöntemlerin palyatif olduğu açıktır. Sorunun köküne inilip yapısal tedbirler yerine günübirlik davranma yolu seçilmektedir. Kanun koyucu aslında af niteliğinde olan bu düzenlemeleri çeşitli saiklerle sıradan bir yasal düzenleme örtüsü altında gizlemekte, hükümlüler arasında ayırım yaparak Anayasa'nın hem eşitlik ilkesini hem de af için aranan nitelikli çoğunluk ilkesini göz ardı etmektedir.

Af işlemini TBMM kanun biçiminde gerçekleştirdiğinden bu işlemler AYM denetimine tabidir. AYM bu denetimi soyut norm denetimi (iptal davası) veya somut norm denetimi (itiraz yolu) yoluyla yapmaktadır. Geçmişte af kanunlarının Anayasa'ya aykırılığı iddiaları her iki şekilde de AYM'nin önüne taşınmıştır.²⁶ Çoğunlukla ana muhalefet partisi meclis grubu veyahut belirli sayıda milletvekilinin imzasını taşıyan bu başvurularda eşitlik ilkesi, şekle aykırılık ve buna benzer gerekçeler ileri sürülerek ilgili kanunların iptali istemiyle dava açıldığı görülmektedir. Parlamentonun Anayasa'nın öngördüğü nitelikli çoğunluk sisteminin arkasını dolanmak için *af* ismini kullanmadan "infaz düzenlemesi", "koşullu salıverme" gibi isimler adı altında yapmış olduğu ve aslında af düzenlemesi olduğu anlaşılan kanunlara karşı da şekil açısından itiraz edildiği görülmektedir.

AYM'nin istikrar kazanmış içtihatlarına göre, AYM düzenlemenin ismi ile bağlı olmayıp içeriğine bakarak düzenlemenin gerçekten de koşulu salıverme veya infaz düzenlemesi mi yoksa af mahiyetinde mi olduğuna karar vermektedir. AYM bazı kararlarında istikrarlı ve isabetli davranıp af mahiyetinde olan ve fakat isminde *af* ibaresi geçmeyen ilgili düzenlemeleri iptal yoluna gittiği veyahut yasanın kapsamının genişlemesine yol açacak şekilde iptal kararı verdiği görülmekte ise de 7242 sayılı Kanun'a karşı yapılan iptal başvurusunda, kanaatimizce hatalı davranarak, düzenlemenin af mahiyetinde olmadığı yolunda karar vermiştir. Bu karar AYM'nin evvelki içtihatları ile de uyumsuzluk göstermektedir.

AYM'nin bu süreçte takındığı tavır da çok belirleyici olmuştur. Gerçekten de AYM, 7242 sayılı Kanun hakkında yapılan iptal başvurusunu reddederek 7456 sayılı Kanun'un yolunu açmıştır. Böylelikle kanun koyucu özel af niteliğindeki düzenlemeyi yapmaya karar verdiğinde, "geçici madde/maddeler" ihdas

²⁶ Bu konudaki tespit edilebilen ilk dava 3 Ağustos 1966 tarihli ve 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun hakkında 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkındaki Kanunun 5. maddesinin ilk fıkrasındaki "Yüksek Adalet Divanınca mahkûm edilmiş bulununlar fer'i ve mütemmim cezaları ile ceza mahkûmiyetlerinin neticelerine de şâmil olmak üzere affedilmişlerdir." hükmünün, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan davadır. Bkz. ARSLAN, s. 107.

ederek 5275 sayılı K.'da yer alan süreleri ve koşulları genişletebilme imkanına kavuşmuştur. Bunu yaparken de nitelikli çoğunlukla karar verilmesi biçimindeki şekil şartlarının arkasını dolanma şansını yakalamış hem de kimi hükümlüleri kapsam dışı bırakarak tabiri caizse bir taşla iki kuş vurmuştur. Başka bir söyleyişle kanun koyucu mezkûr düzenlemeleri af biçiminde yasalaştırırsa, AYM'nin eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle bu düzenlemelerin kapsamını genişletme ihtimali olduğunu bildiğinden, bu şekilde hareket ederek işi şansa bırakmamakta hem de kendince tehlikeli gördüğü bir ihtimali bertaraf etmiş olmaktadır. Halbuki, **ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar** hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden **ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır** (5275 sy. K. md.2). Hukuk devletinde kanun koyucu ve siyasal iktidarlar intikam alma gibi güdü ve dürtülerle hareket etmemeli, her bir iş ve işlemlerinde adalet, hakkaniyet ve eşitlik ilkelerini esas almalıdır. Ancak bu şekilde ileri çağdaş demokrasi ve hukuk devletinden bahsedilebilir.

KAYNAKÇA

ARSLAN, Uğur: Türk Af Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa 2018.

KEYMAN, Selahattin: "Türk Hukukunda Af", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1965.

KOCA, Mahmut: "Özel Af ile İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri (7242 Sayılı Kanun'la Değiştirilen İnfaz Kanunu'nun Geçici 6. Maddesinin Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kararının Değerlendirilmesi)", *Anayasa Yargısı*, C. 38, S. 1, 2021.

YARIMBATMAN, Güven: "Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Af Yetkisinin Kullanımı" *TBB Dergisi*, 2020 (150).

Çevrimiçi Kaynaklar

AYM Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, erişim tarihi: 11.07.2024.

Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği (CİSST), Basın Duyurusu, https://cisst.org.tr/basin_duyurulari/2023-yili-infaz-duzenlemesine-dair-goruslerimiz/, erişim tarihi: 12.07.2024.

Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/>, erişim tarihi: 11.07.2024.

TRT Haber Genel Ağ Sayfası, "3. yargı paketi kabul edildi", <https://www.trthaber.com/haber/gundem/3-yargi-paketi-kabul-edildi-503478.html>, erişim tarihi: 11.07.2024.

TBMM 207 no'lu Komisyon Raporu, TBMM Tutanak Dergisi, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c039/tbmm27039078ss0207.pdf>,



X Genel Ağ Sayfası, <https://x.com/yilmaztunc/status/1679596544843038720>, erişim tarihi: 11.07.2024.

ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN TOPLANMASININ VE İŞLENMESİNİN HUKUKİ ANALİZİ, AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE YAKIN TARİHLİ SORUŞTIRMALAR VE ÜLKEMİZDE ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASIYLA İLGİLİ GELİŞMELER

LEGAL ANALYSIS OF THE COLLECTION AND PROCESSING OF CHILDREN'S PERSONAL DATA, RECENT INVESTIGATIONS IN THE UNITED STATES AND DEVELOPMENTS REGARDING THE PROTECTION OF CHILDREN'S PERSONAL DATA IN OUR COUNTRY

Dr. Mükerrerem Onur BAŞAR*

ÖZET

Reklam teknolojileri, veriye dayalı ve hedefe yönelik reklamcılık yöntemleri ile geleneksel reklamcılığı değiştirmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde reklam teknolojileri şirketleri, tüketici davranışını, tercihlerini ve satın alma kalıplarını tanımlamak amacıyla büyük miktarda kişisel veri toplamak için gelişmiş teknolojiler kullanmaktadırlar. Bu yeni teknolojiler, son derece kişiselleştirilmiş ve etkili reklamları doğru hedef kitleye doğru zamanda sunmalarına olanak tanımaktadır. Kişisel verileri toplama ve kullanma yeteneği, şirketlerin tüketicilere kişiselleştirilmiş ve alakalı içerik sunmasına olanak tanımaktadır. İşte bu noktada çocukların kişisel verisinin toplanıp işlenmesi suretiyle, reklam ve pazarlama faaliyetlerinin hedefi olması hukukten analiz edilmesi gereken önemli bir meseleyi oluşturmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, ülkemiz düzenlemelerinden ve Avrupa Birliği düzenlemelerinden farklı olarak, kişisel verilerin korunmasına yönelik federal düzeyde düzenleyici merkezi bir idari otorite bulunmamakta olup, icrai yetkiler ile donatılmış ve yaptırım makamı olarak birçok farklı konuda görevi bulunan FTC (Federal Ticaret Komisyonu) konunun ele alınmasında ve düzenlenmesinde etkin bir rol oynamaktadır. FTC, yeni gelişen teknolojik gelişmeler karşısında özellikle çocukların kişisel verilerinin toplanması konusu ile ilgili olarak birtakım soruşturmalarda bulunmuştur. Bu soruşturmalar ile ele alınan konu ve hassasiyetlerin ülkemiz düzleminde de ele alınması gerçekçi bir beklentiyi oluşturmaktadır.

Kişisel verilerin işlenmesi önemli sosyal ve ekonomik yararlar ortaya koymakla birlikte kişilerin mahremiyetinin korunması bakımından da önemli hassasiyetleri gündeme getirmektedir. Bu bağlamda, kişisel verilerin korunması bakımından "mahremiyet" terimi merkezi bir kavramı oluşturmakta; farklı hukuk kültürlerinde değişik içeriklerde söz konusu kavramın anlamlandırılması olası bulunmaktadır. Farklı kültürel, sosyal ve iktisadi değerler ve inançlar mahremiyet kavramının sınırlarının çizilmesinde ve içeriğinin doldurmasında doğal olarak farklı yaklaşımların ortaya konulmasına sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda, çocuklara ilişkin kişisel verilerin korunması hususu, gerek mahremiyet perspektifinden gerekse kişisel verileri koruyan düzenlemelerin amacı bakımından ayrı bir önemi haiz olmaktadır. Bugün çocuklar ile taşınabilir elektronik cihazlar arasındaki ilişki her geçen gün artmakta olup; bu çevrimiçi faaliyet sürecinde ve sayesinde çocukların konum verisi, tüketim ve sosyal eğilimleri gibi birtakım hassasiyet taşıyan hususlar tayin ve tespit edilmekte ve çocukların dijital reklam çalışmalarının hedefi haline gelmesi gündeme gelmektedir. Bu konu, karşılaştırmalı hukukta, bilhassa Amerika Birleşik Devletleri'nde Çocukların Çevrimiçi Mahremiyetinin Korunmasına İlişkin Yasa (Children's Online Privacy Protection Act) ile ele alınmakta olup, çevrimiçi siteler marifetiyle 13 yaşından küçük çocukların kişisel verilerinin toplanmasında velilerin rızasının temin ediliyor olması merkezi bir düzenlemeyi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, FTC'nin, FTC v. Epic Games soruşturmasında, çevrimiçi oyunda kullanıcıların 13 yaşından küçük olabilmesi, velilerinin rızası olmaksızın kişisel verilerinin toplanması, çocukların diğer kişilerle bu platform üzerinden iletişim kurabiliyor olması ve çocukların isimlerinin oyunda yayınlaması gibi eylemleri, Çocukların Çevrimiçi Mahremiyetinin Korunması düzenlemelerine uyum perspektifinden ele alınmıştır. Bu çalışmada, bu ve benzeri soruşturmalar (FTC v. Edmodo LLC, FTC v. Amazon) ele alınarak, ülkemiz düzleminde yakın gelecekte çocukların kişisel verilerinin

* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, E-posta: mukerrem.basar@izu.edu.tr, ORCID : 0000-0002-5002-6132

korunması bakımından alınabilecek tedbirler ve ayrı bir regülasyona ihtiyacı olup olmadığı hususları kısaca ele alınacaktır. Bu çalışma, bilhassa Amerika Birleşik Devletleri'nde var olan müstakil düzenlemelerden ve soruşturmalardan istifade edilerek hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veriler, Çocukların Kişisel Verileri, Kişisel Verilerin Toplanması ve İşlenmesi, Federal Ticaret Komisyonu

ABSTRACT

Advertising technologies are changing traditional advertising with data-based and targeted advertising methods. In the United States, advertising technology companies use advanced technologies to collect large amounts of personal data to identify consumer behavior, preferences and purchasing patterns. These new technologies allow them to deliver highly personalized and effective advertising to the right audience at the right time. The ability to collect and use personal data allows companies to deliver personalized and relevant content to consumers. At this point, children's personal data being collected and processed and being the target of advertising and marketing activities constitutes an issue that needs to be analyzed legally.

In the United States of America, unlike our country's regulations and the European Union regulations, there is no central regulatory administrative authority at the federal level for the protection of personal data, and the FTC (Federal Trade Commission), which is equipped with executive powers and has duties as an enforcement authority in many different matters, it plays an active role in its handling and regulation. The FTC has conducted a number of investigations, especially regarding the collection of children's personal data in the face of new technological developments. It is a realistic expectation that similar issues and sensitivities addressed by these investigations will be addressed by our country as well.

While the processing of personal data provides important social and economic benefits, it also raises important sensitivities in terms of protecting the privacy of individuals. In this context, the term "privacy" constitutes a central concept in terms of protection of personal data; and, it is possible for the concept in question to be interpreted in different contexts in different legal cultures. Different cultural, social and economic values and beliefs naturally lead to different approaches in drawing the boundaries of the concept of privacy and filling in its content. In this context, the protection of personal data regarding children has a special importance both from a privacy perspective and in terms of the purpose of the regulations protecting personal data. Today, the engagement between children and portable electronic devices is increasing day by day, and thanks to this online activity process, some issues such as children's location data and consumer trends are identified, and thus children becoming the target of digital advertising activities.

Comparative law, especially the regulations in United States, deals with the issue of Children's Online Privacy Protection Act, and providing parental consent as a central regulation in the collection of personal data of children under the age of 13 through online sites. In this context, the Federal Trade Commission's decision in FTC v. In the Epic Games investigation, issues such as the fact that users in an online game may be under 13 years old and the collection of children's personal data, especially children communicating with strangers on this platform and publishing their names, were discussed from the perspective of compliance with the Children's Online Privacy Protection regulations. This and similar investigations (FTC v. Edmodo LLC, FTC v. Amazon) will be discussed and the measures that can be taken in our country in the near future to protect children's personal data and whether a separate regulation is needed will be examined. In our work, it is planned to benefit from the independent regulations and investigations that exist especially in the United States of America.

Keywords: Personal Data, Personal Personal Data, Collection and Processing of Personal Data, Federal Trade Commission

GİRİŞ

Günümüzün süratle gelişen ve değişen dünyasında kişisel verilerin işlenmesi, saklanması ve üçüncü kişilere aktarılması önem taşımakta olup, kişisel verilerin çocuklara ait olduğu durumlarda konuya ayrı bir önem verilmesi gerekmektedir¹. Zira, günümüzde her üç internet kullanıcılarından bir tanesi çocuktur². Öte taraftan, çocukların çevrimiçi birtakım ihlallerle cinsel istismara uğraması da oldukça olasıdır³. Diğer yandan, çocukların çevrimiçi pazarlama faaliyetlerinin süjesi olması ve sübliminal reklamların ve çevrimiçi profillemeye çalışmalarının çocukların tüketim tercihlerinde esaslı bir rol oynaması, çocukların kişisel verilerinin toplanması, işlenmesi, saklanması ve üçüncü kişilere aktarılması meselesinin, çocukların menfaatlerinin korunması perspektifinden daha katı ve detaycı bir şekilde ele alınmasını gerektirmektedir⁴. Bilgisayar ve taşınabilir cihazlardaki oyunlarda var olan çevrimiçi satın alma seçeneklerinin bulunması da çocukların tüketim alışkanlıklarının şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Tüm sayılan bu hususlar çocukların beden ve ruh sağlığını yakinen ilgilendirmekte olup, çocukların iletişim ve etkileşim becerilerinin gelişimi bakımından önem taşımaktadır. Bireylerin süratle gelişen teknolojiyle kuşatıldığı bir dönemde çocukların kişisel verilerinin korunması -böylelikle pazarlama ve profillemeye çalışmalarının süjesi olmalarının önüne geçilmesi- özellikle önem taşımaktadır⁵.

I. Kişisel Verilerin Korunması Perspektifinden Çocuk Tanımı

Ülkemizde kişisel verilerin işlenmesinde temel mevzuat 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'dur. Bu kanun kapsamında çocukların kişisel verilerinin korunmasına ilişkin herhangi bir spesifik düzenleme bulunmamakta olup, kişisel verilerin süjelerinin tespiti bakımından merkez kavramı ilgili kişi kavramı oluşturmaktadır⁶. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 3(1)ç uyarınca

¹ MONTGOMERY, Kathryn C: "Protecting Children's Privacy Online: The Battle Continues", *Human Rights*, Vol. 39, No. 3, Privacy Who Is Watching? (March 2013), s. 6; SCHWARTZ, M. Paul: "Property, Privacy, and Personal Data", *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 7 (May, 2004), s.2105; <https://www.ftc.gov/business-guidance/privacy-security/childrens-privacy> Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2024

² <https://www.unicef.org/press-releases/unicef-make-digital-world-safer-children-while-increasing-onlineaccess-benefit-most> Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2024

³ KESER BERBER, Leyla / ATABEY, Ayça: Fighting Against All Odds: A Policy Roadmap to Combat Online Child Sexual Abuse in Turkey, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020, s. 1-5.

⁴ https://commission.europa.eu/system/files/201803/online_marketing_to_children_factsheet_web_en_0.pdf Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2024

⁵ KESER BERBER, Leyla: Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2014, s. 21-26, 74.

⁶ ÇEKİN, Serdar Mesut: Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul s. 39,44; YILMAZ, Berrak: Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 25; DOĞAN, Bayram: Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Gürses, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 48; ÇELİKEL, Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin, Ankara 2022, s.52; GÜRSES, Bekir: AB ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Mevzuat Uyumuna Yönelik Bir Değerlendirme, Platon Hukuk, İstanbul, s. 46; ÇELİK, Işıl: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve 2016/679 Sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Kapsamında Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarılması, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2022, s. 13; AMIRASLANLI, Nijat: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Aktarılması, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2022, s. 9; İMANÇLI, Canan: Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020, s. 36 [Sağlık Kişisel Verilerinin Korunması]; GÜNAY, Buket: Kişiliğin Korunması Kapsamında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Kullanılması Nedeniyle Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 23 [Hukuki Sorumluluk]; UYARER GÖÇMEN, Sinem: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2020, s. 117; DÜLGER, Volkan Murat: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi, 3. Baskı, İstanbul 2020, s. 187, 346; ERARSLAN, Sevgi: Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020, s. 16; ÖNGÜN AYÖZGER, Çiğdem: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil), Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul s. 7 [Kişisel Verilerin Korunması]; KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 312.

“*ilgili kişi, kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi*” ifade etmektedir. Bu bağlamda, “*ilgili kişi*” kavramının çocukları kapsayan bir tanımlama olduğu yadsınamaz bir gerçekliktir. Nitekim, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiş olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme madde 1 “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*” düzenlemesi öngörülmüştür. Öte taraftan, Türk Medeni Kanunu madde 11 “*Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.*” düzenlemesi ile uluslararası ölçekte genel kabul gören yaklaşıma paralel bir tercih izlemiştir. Bir başka deyişle, Türk Medeni Kanunu kapsamında çocuk; ana babaya soy bağıyla bağlı, onların soyundan gelen ve onlardan türeyen kişi olarak ifade edilmektedir⁷.

Ülkemizde çocukların kişisel verilerinin toplanması, işlenmesi, saklanması ve üçüncü kişilere aktarılmasına dair özel bir düzenleme bulunmamakta olup, konu tamamen genel düzenlemeyi oluşturan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında ele alınmaktadır⁸. Bununla birlikte, kişisel verilerin aynı zamanda kişilik hakkının bir görünümünü oluşturduğu durumlarda Türk Medeni Kanunu madde 23, 24, 25 ve Türk Borçlar Kanunu madde 58 tahtında, kişilik haklarına yönelik hukuki korumayı temin eden düzenlemelerden istifade edilebilecektir⁹. Öte taraftan, çocuğa ilişkin kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ihlal edilmesinde Türk Borçlar Kanunu madde 49’da düzenleme bulan haksız fiil hükümlerinden de yararlanabilecektir¹⁰. Bu vesile ile ifade etmek isteriz ki, bu makale kapsamında konu ele alınırken “*küçüklerin*” kişisel verilerinin korunması terminolojisi değil, uluslararası yaklaşıma paralel olarak “*çocukların*” kişisel verilerinin korunması terminolojisi tercih edilmiştir. Yukarıda da temas edildiği üzere, çocukların kişisel verilerinin korunması bakımından ülkemizde özel bir düzenleme bulunmamakta olup, karşılaştırmalı hukukta bu konu, bilhassa Amerika Birleşik Devletleri’nde üzerinde hassasiyetle durulan önemli bir meseleyi oluşturmaktadır. Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri’nde çocukların kişisel verilerinin korunmasına ilişkin olarak birçok soruşturma FTC tarafından yürütülmüş olup konu hassasiyetle ele alınmıştır.

II. Çocukların Kişisel Verilerinin Genel Görünüm Şekilleri

Çocukların kişisel verileri denilince ergin kişilerin kişisel verilerinden radikal derecede farklı bir durum sözü konusu olmamaktadır. Bu bağlamda, temel meseleyi kişisel verilerin süjesinin çocuk olması oluşturmaktadır. Çocukların ad soyad, yerleşim yeri, bilgisayarlarda, uygulamalarda kullandıkları takma isimler, fotoğraf, video, ses kaydı, çevrimiçi faaliyetlerin takibini temin eden çerezler, çevrimiçi tanımlayıcılar, cihaz seri numaraları,

⁷ SERT SÜTÇÜ, Selin: Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması, Kişisel Verilerin Korunması Alanında Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Editörler: Prof. Dr. Hüseyin Özcan, Prof. Dr. Mehmet Başar, Dr. Derya Ormanoğlu, Dr. Ferhat Kayış, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 199.

⁸ ÇAKIRCA, İrem, Seda: Avrupa Birliği ve Türk Veri Koruma Düzenlemeleri Kapsamında Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2023, s. 97; BADUR, Emel: Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 74; KOCABAŞ, Gediz: KVKK’da Yer Alan Kurum ve Kavramların TMK ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Kapsamında Değerlendirilmesi, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi, Editörler: Prof. Dr. Leyla Keser Berber, Av. Ali Cem Bilgili, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020, s. 97; YÜKSEL KİTAPÇIOĞLU, Tülay: Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Haber İçeriklerinde Yayınlanmasının Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İnternet Hukukunda Çocuğun Korunması ve Mahremiyeti, Editörler, Prof. Dr. Bülent Kent, Prof. Dr. Münire Kevser Baş, Doç. Dr. Mahmut Samar, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 97; SERT SÜTÇÜ, Selin: Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması, s. 199; DENİZ, İlknur: Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve KVKK Kapsamında Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 119.

⁹ AŞIKOĞLU İPEK, Şehriban: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 20218, s.98; SERT SÜTÇÜ, *Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması*, s. 199; ÇELİKEL, Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, s. 193; İMANÇLI, Sağlık Kişisel Verilerinin Korunması, s.207.

¹⁰ YILMAZ, Süleyman / ÇAVUŞOĞLU, Filiz Gökçe: Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.120; ÖZDEMİR, Hayrunisa: Türkiye’de Kişisel Verilerin Korunması, Editörler: Prof. Dr. Hüseyin Özcan, Prof. Dr. Mehmet Başar, Dr. Derya Ormanoğlu, Dr. Ferhat Kayış, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 161; GÜNAY, Hukuki Sorumluluk, s. 83; ÖNGÜN, Kişisel Verilerin Korunması, s. 275.

IP adresleri, konum verileri gibi birtakım kişisel veriler, çocukların kişisel verilerinin önemli görünüm şekillerini oluşturmaktadır¹¹. Çocuklar özelinde kişisel verilerin tanımı bakımından da Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 3(1)d' de yer alan "Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi" tanımlamasında yer alan değerlendirme de çocukların kişisel verilerinin tespitinde yol gösterici olmaktadır. Bu vesileyle ifade etmek gerekir ki, çocukların kişisel verilerinin işlendiği platform ve kaynakların, çocuklara ait kişisel verileri kişisel veri olarak tanımlamamasının veya nitelendirmemesinin, konu üzerinde herhangi bir hukuki anlam ve etkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, günlük yaşantıda çocuklar bakımından özellikle çevrimiçi oyunlar, çevrimiçi sosyal medya platformları, akıllı oyuncaklar ile kişisel verilerin toplandığı gözlenmektedir¹².

Çocukların Kişisel Verilerinin Korunmasında Önemli Bir Prensiptir: Tasarımda Koruma Prensiptir

Karşılaştırmalı hukukta çocukların kişisel verilerinin korunması bakımından önemli bir prensip dile getirilmektedir¹³. Bu bağlamda, çocukların kişisel verilerinin toplanmasının, işlenmesinin, saklanması ve üçüncü kişilere aktarılmasının söz konusu olduğu durumlarda daha çevrimiçi uygulamalar ve bilgisayar programları tasarlanırken çocukların kişisel verilerinin korunmasının hassasiyetinin göz önünde tutulması tavsiye edilmektedir. Özellikle, çevrimiçi uygulamaların ve bilgisayar programlarının çocukların konum kişisel verisini toplamaması ve işlememesi, çocuklara ilişkin toplanan kişisel verilerin minimum düzeyde tutulması, çocuklara ilişkin kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılmamasına özen gösterilmesi, çocuklara ilişkin hangi kişisel verilerin toplandığı hususunun, çocukların velilerinin kontrol ve erişiminde olması yaklaşımları, tasarımda mahremiyet prensibinin önemli gereklerini oluşturmaktadır.

¹¹ <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/complying-coppa-frequently-asked-questions> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024

¹² <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/complying-coppa-frequently-asked-questions> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024

¹³ KAYA, Bedii Mehmet: Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi, Editörler: Prof. Dr. Leyla Keser Berber, Av. Ali Cem Bilgili, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020, s. 39; Demirbaş, Ali: Kişisel Verileri Koruma Hukukunda Veri Sorumlusu ve Yükümlülükleri, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2023, s.89; <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/designing-products-that-protect-privacy/childrens-code-design-guidance/protect-children-s-privacy-by-default/> Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2024

III. Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması Kapsamında Bir Örnek: Amerika Birleşik Devletleri - Çocukların Çevrimiçi Mahremiyetinin Korunması Hakkında Yasa

A. Genel Olarak

Amerika Birleşik Devletleri'nde federal düzeyde bir düzenleme olan Çocukların Çevrimiçi Mahremiyetinin Korunması Hakkında Yasa (bundan böyle bu düzenleme "COPPA Yasası" olarak anılacaktır) ile çevrimiçi faaliyetlerle çocukların kişisel verilerinin toplanması, işlenmesi, saklanması ve üçüncü kişilere aktarılması özel düzenlemelere tabi tutulmuştur¹⁴. Bu bağlamda, bu düzenleme ile 13 yaşının altındaki çocuklara hitap eden çevrimiçi internet siteleri ve çevrimiçi hizmetler vasıtasıyla çocuklara ait kişisel verilerin toplanması, işlenmesi, saklanması ve üçüncü kişilere aktarılması özel ve katı kurallara tabi tutulmaktadır¹⁵.

COPPA Yasası, 13 yaşından küçük çocuklara yönelik çevrimiçi internet siteleri ve çevrimiçi hizmetler yanında, yetişkinlere yönelik olup 13 yaşından küçük ziyaretçi çekebilecek çevrimiçi internet siteleri ve çevrimiçi hizmetlere yönelik olarak da birtakım kurallar öngörmektedir. Bu bağlamda, çocukların erişimi olduğu her türlü çevrimiçi internet siteleri ve hizmetler; bilhassa, çevrimiçi oyunlar, çevrimiçi sosyal medya platformları, akıllı oyuncaklar, sesli komut ile çalışan asistanlar, internete bağlı oyuncaklar vasıtasıyla kişisel verilerin toplanması bu düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶. Bir çevrimiçi internet sitesinin veya hizmetin COPPA Yasası kapsamında olup olmadığının tespitinde hitap edilen kitle, görsel içerikler, anime karakterlerin varlığı, kullanılan müzik, çocukların ilgisini çekebilecek nitelikte bir tasarımın varlığı, çocukların ilgisini çekebilecek görsel ve işitsel içeriklerin var olup olmadığı hususları göz önünde tutulmaktadır¹⁷.

Bu vesile ile ifade etmek gerekir ki, COPPA Yasası birtakım çevrimiçi internet sitelerine çocukların erişimini kısıtlayan veya yasaklayan bir düzenleme değildir. Öte taraftan, COPPA Yasası çevrimiçi sitelere kullanıcıların yaşını sormayı yükümleyen bir düzenlemeyi de oluşturmamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, COPPA Yasası, çocukların kişisel verilerinin toplanmasını, işlenmesini, saklanmasını ve üçüncü kişilere aktarılmasını kurallara bağlayan bir düzenlemeyi oluşturmaktadır. Diğer yandan, Amerika Birleşik Devletleri sınırları dışında faaliyet gösteren çevrimiçi internet sitelerinin, Amerika Birleşik Devletleri'nde 13 yaş altı kullanıcılara erişim ve fiili kullanım imkânı sunması da, COPPA Yasasının uygulama kapsamına girmektedir. Bu yönü itibariyle bir kıyas yapılacak olur ise, COPPA Yasası milletlerarası özel hukuk karakteri itibariyle adeta doğrudan uygulanan kurallar vasıf ve karakterini taşıdığı izlenimini de vermektedir.

¹⁴ <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section6501&edition=prelim> Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2024

¹⁵ <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/childrens-online-privacy-protection-rule-not-just-kids-sites> Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2024

¹⁶ <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/complying-coppa-frequently-asked-questions> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024

¹⁷ <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/complying-coppa-frequently-asked-questions> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024

B. COPPA Yasası Kapsamında Temel Yükümlülük: Kişisel Verilerin Toplanmasında ve İşlenmesinde Velilerin Rızasının Alınması Kuralı

COPPA Yasası, 13 yaşından küçük çocuklara hitap eden çevrimiçi internet sitelerine, çocukların kişisel verilerinin toplanması, işlenmesi ve saklanması bakımından mutlaka çocukların velilerinin rızasının temin edilmesi sorumluluğunu yüklemektedir. Nitekim, bu gereksinim sadece bahsi geçen çevrimiçi internet siteleri bakımından değil, 13 yaşından büyük kişilere hitap etmekle birlikte, 13 yaşından küçük çocukların da bahsi geçen çevrimiçi internet sitelerini kullanma ihtimaline ilişkin bir öngörü bulunduğu durumlarda da uygulanmaktadır. Bir başka deyişle, fiilen yetişkin kişilere hitap eden, bununla birlikte, 13 yaşından küçük çocukların da kullanıcı ve/veya ziyaretçi olabileceği durumlarda da çevrimiçi internet sitesi işleticilerinin çocukların kişisel verilerini toplayabilmesi ve işleyebilmesi için çocukların velilerinin rızasını temin etmeleri gerekmektedir. Öte taraftan vurgulamak gerekir ki, COPPA Yasası sadece çevrimiçi internet siteleri marifetiyle çocukların kişisel verilerinin toplanması ve işlenmesi ile sınırlı bir uygulama kapsamı düzenlemekle yetinmemekte; aynı zamanda, çevrimiçi hizmet sunan cihazları da COPPA Yasası'nın uygulama kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin, bir akıllı oyuncağın çocuğun sesli komutları ile hareket ettiği durumlarda da, şayet bu sesli komutlar cihaz tarafından toplanıp işleniyorsa, bu akıllı oyuncak üreticisinin de çocukların kişisel verilerinin toplanması ve işlenmesi bakımından COPPA Yasası'nın uygulama kapsamında olduğu değerlendirilmektedir.

Yukarıda bahsi geçen düzenlemeye benzer bir düzenleme Birleşik Krallık'ta Kişisel Verilerin Korunması Yasası olarak yer almaktadır¹⁸. Bu düzenlemeye göre kural olarak çocukların kişisel verilerinin toplanabilmesi ve işlenebilmesi için çocukların aydınlatılmış bir iradeyle verilmiş açık rızalarına ihtiyaç bulunmaktadır. Bununla birlikte, 13 yaşının altındaki çocukların kişisel verilerinin toplanabilmesi ve işlenebilmesi için bu çocukların ebeveyn sorumluluğunu üstlenmiş kişilerin açık rıza göstermeleri gerekmektedir¹⁹. Bu düzenlemede rızayı verebilecek kişi bakımından COPPA Yasası'ndan farklı olarak "veli" terimi kullanılmamış olup, daha geniş bir ifade olan ebeveyn sorumluluğunu üstlenmiş kişi terimi tercih edilmiştir²⁰. Türk hukuku perspektifinden, Türk Medeni Kanunu madde 335 düzenlemesi çerçevesinde, ergin olmayan çocuk ana babanın velayeti altında, şayet çocuk velayet altında değilse Türk Medeni Kanunu madde 404 hükümlerine göre vesayet altında olacağından kişisel verilerin işlenmesinde rızanın verilmesi usulü ve rızayı verecek kişinin kim(ler) olduğu, vesayet hükümlerine göre belirlenecektir²¹. Ayrıca ifade etmek isteriz ki, çocuğun rıza verebilmek için yetkin olmadığı durumlarda, çocuğun rızasının aydınlatılmış iradeye dayalı bir rıza olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Nitekim, Birleşik Krallık'ta, açık rızada bulunan kişinin 13 yaşından büyük olduğunun ortaya konulması ve açık rızanın çocuğun ebeveyn sorumluluğunu üstlenen kişi tarafından verildiğinin ortaya konulması gereklerini aramaktadır.

¹⁸ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted> Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2024

¹⁹ <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/childrens-online-privacy-protection-rule-six-step-compliance-plan-your-business> Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2024

²⁰ Nitekim, 2016/679 AB Sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde de ebeveyn sorumluluğuna sahip olan kişi ifadesi kullanılmıştır. Bu tercihin temel sebebini Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelerin iç mevzuatının çocuğun temsiline ilişkin olarak farklı düzenlemeler öngörebileceği gerçeğidir. (Yücedağ, Nafiye: Elektronik Ticarete Kişisel Verilerin İşlenmesine (Açık) Rıza), On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2022, s. 105)

²¹ Yücedağ, *Elektronik Ticarete Kişisel Veriler*, s. 104

C. FTC Tarafından Çocukların Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Olarak Yürütülmüş Birtakım Soruşturmalar

Amerika Birleşik Devletleri'nde, ülkemiz düzenlemelerinden ve Avrupa Birliği düzenlemelerinden farklı olarak, kişisel verilerin korunmasına yönelik federal/ulusal düzeyde düzenleyici merkezi bir idari otorite bulunmamakta olup, icrai yetkiler ile donatılmış ve yaptırım makamı olarak birçok farklı konuda görevi bulunan FTC'nin , konunun ele alınmasında ve düzenlenmesinde etkin bir rol oynadığı yukarıda belirtilmişti. FTC, çocukların kişisel verilerinin korunması bakımından birtakım çevrimiçi internet sitesi işleticilerine karşı soruşturmalar açmış olup, bu soruşturmalar ile çocukların kişisel verilerinin toplanması, işlenmesi ve üçüncü kişilere aktarılması hususunda dikkate aldığı bazı ilke ve kuralları ortaya koymuştur.

a. **FTC v. Edmodo LLC:** FTC, velilerinin izni olmadan çocuklardan kişisel veri topladığı ve bu verilerin mahremiyetini ihlal edecek şekilde pazarlama faaliyetleri için kullandığı gerekçesiyle çevrimiçi eğitim platformu olan Edmodo LLC (bundan böyle "Edmodo" olarak anılacaktır) hakkında soruşturma başlatıp bir soruşturma açmıştır²². Edmodo, internet sitesi ve mobil uygulaması ile sanal sınıflar oluşturarak abonelerine eğitim hizmeti vermekte, dijital eğitim malzemeleri paylaşılmasını temin etmekte ve ücretsiz ve ücretli abone tabanlı çevrimiçi dijital bir eğitim hizmeti sunmaktadır. 2020 yılında 13 yaş altı 600.000 öğrenci Edmodo platformuna kaydolmuştur²³. Edmodo, öğrencilerin kimlik, elektronik posta adresi, doğum tarihi ve telefon numarası gibi kişisel verilerini toplamakta, işlemekte ve muhafaza etmektedir.

FTC tarafından başlatılan bu soruşturmada, çocuklara ait olan ve ilgili hizmetin sunulabilmesi için gerekli olmayan başkaca kişisel verilerin Edmodo platformu üzerinden toplanması, COPPA Yasası kapsamında önemli bir ihlal olarak nitelendirilmiştir. Bu duruma ilaveten, eğitim teknolojileri sunan, özellikle, çevrimiçi eğitim hizmetleri veren internet sitelerinin, çocukların kişisel verilerinin toplanmasında velilerinin iznini, çocukların eğitim gördüğü eğitim kurumları tarafından toplanmasını değil, bizatihi Edmodo tarafından toplanmasının önemi de vurgulanmıştır. Bu bağlamda, bu soruşturma özellikle eğitim kurumlarının çocukların kişisel verilerinin toplanması bakımından Edmodo tarafından yeterince bilgilendirilip aydınlatılmadığı hususunun üzerinde hassasiyetle durmuştur. Öte taraftan, eğitim kurumlarının çocukların çevrimiçi eğitim faaliyetleri ile ilgili olmayan kişisel verilerin toplanmasına ve bu verilerin pazarlama faaliyetlerinde kullanılmasına çocukların velilerini temsilen eğitim kurumlarının rıza göstermelerinin mümkün olmadığına da Edmodo soruşturmasında temas edilmiştir²⁴. Diğer yandan, Edmodo'nun çocuklara dair topladığı kişisel verileri süresiz olarak muhafaza etmesi de COPPA Yasası kapsamında ayrı bir ihlal olarak nitelendirilmiştir. Edmodo çocuklara ilişkin olarak topladığı kişisel verileri dijital pazarlama faaliyetleri kapsamında da kullanmış olup; bu yaklaşım da FTC tarafından COPPA Yasası'nı ihlal eden önemli bir eylem olarak nitelendirilmiştir. Bu soruşturma ile FTC, çocukların kişisel verilerinin dijital pazarlama faaliyetleri ve profileme çalışmaları için kullanılmasının hukuka aykırı bir eylem oluşturması üzerinde bilhassa durmuştur.

Edmodo soruşturması, çocukların çevrimiçi eğitim faaliyetlerine katılırken pazarlama faaliyetlerinin süresi olmaması gerektiğine bilhassa önem vermektedir. Bu bağlamda, FTC bu soruşturmayı yürütürken Edmodo'nun tüm faaliyetlerini askıya almıştır²⁵. Özü itibariyle, FTC'nin bu yaklaşımının temelinde çocukların

²² <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/202-3129-edmodo-llc-us-v> Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2024

²³ <https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2023/05/oh-no-you-dont-edmodo-ftc-sues-ed-tech-company-violating-school-kids-privacy> Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2024

²⁴ <https://www.insideprivacy.com/childrens-privacy/ftc-announces-coppa-settlement-against-ed-tech-provider-including-strict-data-minimization-and-data-retention-requirements/> Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2024

²⁵ <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/05/ftc-says-ed-tech-provider-edmodo-unlawfully-used-childrens-personal-information-advertising> Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2024

eğitim hakkı ile mahremiyet hakkı arasında bir seçim yapmaya zorlanmaması yatmaktadır²⁶. Bir başka deyişle, eğitim hakkına erişim maksadıyla çocukların mahremiyeti; bir başka deyişle, kişisel verilerinin toplanması ve işlenmesi, pazarlık konusu yapılamayacaktır.

FTC, bilhassa çocukların çevrimiçi eğitim faaliyetlerine katılabilmemesinin ön koşulu olarak gerekli olandan daha fazla kişisel veri paylaşılmasının dayatılmasını, çocukların kişisel verilerinin dijital pazarlama ve profillemeye çalışmaları için kullanılmasını, velilerden elde edilecek rıza için eğitim kurumlarının aracı olarak kullanılmasını, COPPA Yasası'nı ihlal eden önemli eylemler olarak nitelendirmiştir. FTC soruşturmasında, Edmodo'nun çocuklara dair hangi kişisel verilerin toplandığına, bu verilerin ne kadar süre ile muhafaza edileceğine ve ne zaman silineceğine dair açık bir politikasının olması gerektiğinin de altı çizilmiştir. FTC, çocuklara ilişkin kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi bakımından, gerekli olan veri dışında çocuklara ilişkin herhangi başkaca kişisel verilerin toplanmasını COPPA Yasası'nın önemli bir ihlal görünümü olarak nitelendirmiştir. Bu bağlamda, örneğin, çevrimiçi internet platformuna üye olurken sunulan eğitim hizmeti ile hiç ilişkisi olmayabilecek olan sosyal medya hesap bilgilerinin toplanması eylemi, ihtiyaç olan kişisel veri haricinde bir kişisel verinin toplanması olarak nitelendirilebilecektir²⁷.

FTC soruşturması üzerine ilgili yargı mercii, daimî bir tedbir kararı (permanent injunction) ile, çocukların kişisel verilerinin, Edmodo platformuna üye olacak çocukların velilerinin, çocuklara ait kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve saklanması hususunda yeterli bir surette aydınlatılmaksızın, Edmodo tarafından toplanamayacağını hüküm altına almıştır²⁸. Ayrıca kararda, söz konusu bu bilgilendirmenin kolay erişilebilir ve okunur olmasının önemine de temas edilmiştir. Diğer yandan, bu tedbir kararında, çocuğun Edmodo platformu üzerinde eğitim faaliyetine katılabilmesi için gerekli olan dışında herhangi bir kişisel verisinin toplanmasının hukuken mümkün olmadığı ve Edmodo'nun kesin bir surette sadece gerekli olan kadar kişisel veri toplaması ve sadece ihtiyacı olan süre kadar söz konusu bu kişisel verileri muhafaza etmesi gerektiğinin de altı çizilmiştir. Aynı kararda, Edmodo'nun kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve muhafazası bakımından bir uyum süreci başlatması, bir yıl içerisinde FTC'yi uyum süreci hakkında bilgilendirmesi ve uyum sürecinin takip ve değerlendirilebilmesi için FTC incelemesine esas teşkil etmek üzere belli hususlarda kayıt tutması yükümlülüğü öngörülmüştür. FTC, Edmodo'ya altı milyon dolar tutarında bir ceza vermiş; bununla birlikte, Edmodo'nun kişisel verilerin korunması hususunda uyum sürecini tamamlaması ve belirtilen ilke ve prensiplere riayet etmesi koşuluyla bu cezanın tatbiki askıya alınmıştır.

b. FTC v. EPIC Games: FTC tarafından EPIC Games'e karşı yürütülen bu soruşturmanın konusunu Fortnite isimli bir oyun ile COPPA Yasasının ihlal edilmesi oluşturmaktadır. Epic Games, Fortnite oyununu tasarlarken oyun içi satın alma işlemlerinin mümkün olduğunca fazla gerçekleşmesi için birtakım tasarım hilelerine başvurmuştur²⁹. Bu noktada, tasarım hilelerinden kasıt farkında olmaksızın oyuncuların oyun içi satın alma işlemlerinde bulunmasını temin eden tasarım hileleridir. Bu kapsamda, oyunda yer alan tuşların karmaşık ve tutarsız dizaynı ile istemsiz olarak basılan tuşlar marifetiyle çocuklar oyun içi satın alma işlemlerinde bulunmaktadırlar. Bu gelişmeler karşısında, Epic Games, kullanıcılarının oyun içi satın alma işlemlerine ilişkin olarak şikâyetle bulunmaları üzerine, ilgili şikâyetle bulunan kullanıcıların hesaplarını bloke eden bir uygulama icra etmiştir. FTC, bu mağduriyetlere ilişkin yapılan şikâyetler üzerine Epic Games'e karşı bir soruşturma başlatmıştır.

²⁶ <https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2023/05/oh-no-you-dont-edmodo-ftc-sues-ed-tech-company-violating-school-kids-privacy> Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2024

²⁷ <https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2023/05/oh-no-you-dont-edmodo-ftc-sues-ed-tech-company-violating-school-kids-privacy> Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2024

²⁸ https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/EdmodoDkt15%28Order%20Signed%20by%20the%20Court%29.pdf Erişim Tarihi: 28 Temmuz 2024

²⁹ <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/03/ftc-finalizes-order-requiring-fortnite-maker-epic-games-pay-245-million-tricking-users-making> Erişim Tarihi: 5 Ağustos 2024

Bu soruşturmanın özünü, Epic Games'in karanlık modelleme ("dark pattern") olarak ifade edilen yöntemlerle oyun içi satın alma işlemleri ile kullanıcıları yönlendirmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, karanlık modelleme ile kullanıcılar, istemediği ya da bilgisi dahilinde olmayan bir işlemi oyun içinde icra etmekte ve (ya) eyleme dahil olmaktadır³⁰. Forneite özelinde karanlık modelleme uygulamasını ise istemsiz oyun içi satın alma işlemleri oluşturmaktadır. Forneite oyununda karanlık modelleme suretiyle ve özellikle tuşların karmaşık dizaynı ile çocukların oyun içi satın alma işlemlerini gerçekleştirmesi temin edilmektedir. Söz konusu bu oyunun 400 milyon civarında kullanıcısı olduğu dikkate alındığında meselenin oldukça ciddi tutarlara ulaşan bir finansal boyutunun olduğu da kolaylıkla fark edilebilecektir.

Öte taraftan, bu soruşturmada çocukların velilerinin rızası olmaksızın kişisel verilerinin toplanması ve işlenmesi COPPA Yasasını ihlal eden bir eylem oluşturduğu gibi varsayılan ayar olarak gerçek zamanlı sesli ve yazılı iletişim sisteminin açık olması da COPPA Yasasının ayrı bir ihlali olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, Epic Games tarafından çocukların velileri tarafından ileri sürülen çocuklara ait kişisel verilerin silinmesi taleplerinin çok zor işleme alınması ve hatta kimi zaman bu taleplerin karşılıksız bırakılması da COPPA Yasasının başkaca bir ihlali olarak nitelendirilmiştir³¹.

Bu soruşturma, Epic Games'in 520 milyon Amerikan Doları ödemesi karşılığında sulhen sona ermiştir. Bu bağlamda, 275 milyon Amerikan Dolarının ceza olarak ödenmesi, 245 milyon Amerikan Dolarının ise mağdur olan kullanıcıların zararlarının tazmininde kullanılması öngörülmüştür. COPPA Yasasının ihlali için ödenen 275 milyon Amerikan Doları rekor bir miktarda ceza tutarını oluşturmaktadır³². Ayrıca bu sulh anlaşmasının bir gereği olarak sesli ve yazılı iletişim sisteminin varsayılan ayar olarak kapalı tutulması gibi katı bir mahremiyet politikasının benimsenmesi hususunda da taraflar mutabık kalmışlardır.

SONUÇ

Günümüzün süratle gelişen ve değişen dünyasında kişisel verilerin işlenmesi, saklanması ve üçüncü kişilere aktarılması önem taşımakta olup, kişisel verilerin çocuklara ait olduğu durumlarda konuya ayrı bir önem verilmesi gerekmektedir. Çocukların çevrimiçi pazarlama faaliyetlerinin süjesi olması ve sübliminal reklamların ve çevrimiçi profillemeye çalışmalarının çocukların tüketim tercihlerinde esaslı bir rol oynaması, çocukların kişisel verilerinin toplanması, işlenmesi, saklanması ve üçüncü kişilere aktarılması meselesinin, çocukların menfaatlerinin korunması perspektifinden daha katı ve detaycı bir şekilde ele alınmasını gerektirmektedir. Ülkemizde de karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi belli bir yaşın altındaki çocukların kişisel verilerinin toplanması, işlenmesi ve üçüncü kişilere aktarılması hususunda velilerinin gerekli kontrol ve denetim hakkına sahip olması meselesinin spesifik hükümlerle düzenlenmesi ve bu konuda gerekli hassasiyetin gösterilmesi karşılaştırmalı hukuk ile paralel ve çocukların menfaatini koruyan bir yaklaşımı oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

AMİRASLANLI, Nijat: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Aktarılması, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2022.

AŞIKOĞLU İPEK, Şehriban: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2018.

³⁰ <https://www.darkpattern.games/> Erişim Tarihi: 5 Ağustos 2024

³¹ <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/12/fornite-video-game-maker-epic-games-pay-more-half-billion-dollars-over-ftc-allegations> Erişim Tarihi: 3 Ağustos 2024

³² <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/12/fornite-video-game-maker-epic-games-pay-more-half-billion-dollars-over-ftc-allegations> Erişim Tarihi: 3 Ağustos 2024

KESER BERBER, Leyla: Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2014.

KESER BERBER, Leyla / ATABEY, Ayça: Fighting Against All Odds: A Policy Roadmap to Combat Online Child Sexual Abuse in Turkey, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020.

BADUR, Emel: Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

ÇELİK, Işıl: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve 2016/679 Sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Kapsamında Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarılması, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2022.

ÇEKİN, Serdar Mesut: Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul 2020.

ÇELİKEL, Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin, Ankara 2022 [Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri].

DEMİRBAŞ, Ali: Kişisel Verileri Koruma Hukukunda Veri Sorumlusu ve Yükümlülükleri, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2023.

DENİZ, İlkur: Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve KVKK Kapsamında Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

DOĞAN, Bayram: Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Gürses, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

DÜLGER, Volkan Murat: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi, 3. Baskı, İstanbul 2020.

ERARSLAN, Sevgi: Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020.

GÜNAY, Buket: Kişiliğin Korunması Kapsamında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Kullanılması Nedeniyle Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 23 [Hukuki Sorumluluk].

GÜRSES, Bekir: AB ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Mevzuat Uyumuna Yönelik Bir Değerlendirme, Platon Hukuk, İstanbul 2022.

İMANÇLI, Canan: Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020 [Sağlık Kişisel Verilerinin Korunması]

KAYA, Bedii Mehmet: Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi, Editörler: Prof. Dr. Leyla Keser Berber, Av. Ali Cem Bilgili, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020, s. 33-69.

KOCABAŞ, Gediz: KVKK'da Yer Alan Kurum ve Kavramların TMK ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Kapsamında Değerlendirilmesi, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi, Editörler: Prof. Dr. Leyla Keser Berber, Av. Ali Cem Bilgili, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020, s.84-120.

KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

MONTGOMERY, Kathryn C: “Protecting Children's Privacy Online: The Battle Continues”, Human Rights, Vol. 39, No. 3, Privacy Who Is Watching? (March 2013), s. 6

ÖNGÜN AYÖZGER, Çiğdem: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemler Dahil), Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul [Kişisel Verilerin Korunması]

ÖZDEMİR, Hayrunisa: Türkiye’de Kişisel Verilerin Korunması, Editörler: Prof. Dr. Hüseyin Özcan, Prof. Dr. Mehmet Başar, Dr. Derya Ormanoğlu, Dr. Ferhat Kayış, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 141-173.
Schwartz M. Paul, “Property, Privacy, and Personal Data”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 7 (May, 2004), s. 2056-2128.

SERT SÜTÇÜ, Selin: Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması, Kişisel Verilerin Korunması Alanında Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Editörler: Prof. Dr. Hüseyin Özcan, Prof. Dr. Mehmet Başar, Dr. Derya Ormanoğlu, Dr. Ferhat Kayış, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 194-211 [Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması]

UYARER GÖÇMEN, Sinem: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2020.

YILMAZ, Berrak: Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

YILMAZ, Süleyman / ÇAVUŞOĞLU, Filiz Gökçe: Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

YÜCEDAĞ, Nafiye: Elektronik Ticarete Kişisel Verilerin İşlenmesine (Açık Rıza), On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2022. [Elektronik Ticarete Kişisel Veriler]

YÜKSEL KİTAPÇIOĞLU, Tülay: Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Haber İçeriklerinde Yayınlanmasının Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İnternet Hukukunda Çocuğun Korunması ve Mahremiyeti, Editörler, Prof. Dr. Bülent Kent, Prof.Dr. Münire Kevser Baş, Doç.Dr. Mahmut Samar, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Elektronik Kaynaklar

[https://commission.europa.eu/system/files/201803/online marketing to children factsheet web en 0.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/201803/online_marketing_to_children_factsheet_web_en_0.pdf) Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2024

<https://www.darkpattern.games/> Erişim Tarihi: 5 Ağustos 2024

<https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/designing-products-that-protect-privacy/childrens-code-design-guidance/protect-children-s-privacy-by-default/> Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2024

<https://www.ftc.gov/business-guidance/privacy-security/childrens-privacy> Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2024

<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/childrens-online-privacy-protection-rule-not-just-kids-sites> Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2024

<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/childrens-online-privacy-protection-rule-six-step-compliance-plan-your-business> Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2024

<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/complying-coppa-frequently-asked-questions#A.%20General%20Questions> Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2024

<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/202-3129-edmodo-llc-us-v> Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2024

<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/03/ftc-finalizes-order-requiring-fortnite-maker-epic-games-pay-245-million-tricking-users-making> Erişim Tarihi: 5 Ağustos 2024

<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/05/ftc-says-ed-tech-provider-edmodo-unlawfully-used-childrens-personal-information-advertising> Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2024

<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/12/fortnite-video-game-maker-epic-games-pay-more-half-billion-dollars-over-ftc-allegations> Erişim Tarihi: 3 Ağustos 2024

https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/EdmodoDkt15%28Order%20Signed%20by%20the%20Court%29.pdf Erişim Tarihi: 28 Temmuz 2024

<https://www.insideprivacy.com/childrens-privacy/ftc-announces-coppa-settlement-against-ed-tech-provider-including-strict-data-minimization-and-data-retention-requirements/> Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2024

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted> Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2024

<https://www.unicef.org/press-releases/unicef-make-digital-world-safer-children-while-increasing-online-access-benefit-most> Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2024

https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15_section6501&edition=prelim Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2024

ADIN DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN TMK M.27 HÜKMÜNÜN YENİDEN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ İHTİYACI VE DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

THE EXIGENCY OF REVISION REGARDING ART.27 OF THE TURKISH CIVIL CODE RELATED THE CHANGE OF THE NAME AND THE PROPOSAL FOR CHANGE

Dr. Öğretim Üyesi Burcu YAĞCIOĞLU*

ÖZET

Herkesin nüfus kütüğünde yazılı olan adlarını kullanma zorunluluğu vardır ve adın kazanılması kişinin iradesi dışında gerçekleşir. Kişiye adını dilediği zaman değiştirme imkânı tanınması, sosyal ilişkilerdeki istikrarın, güvenin zedelenmesine ve kamusal düzenin sarsılmasına yol açabilecek olması nedeniyle mümkün değildir. Ancak bazı durumlarda, kişiden mevcut adını hayat boyu taşımasını beklemek de haksız sonuçlar doğurabilir. Dolayısıyla, bu hususta bir istisnaya yer verilmesi kaçınılmazdır. Bu sebeple, hukukumuzda, adın değiştirilmesi belli koşullarla kabul edilmiştir. Şu anki mevzuatımızda buna imkân veren tek düzenleme, TMK m.27'dir. Bu hükümlerle ilgili olarak, açıklanmaya muhtaç birçok mesele varken; kanun koyucunun NHK'da yapılan değişikliklerle eklenen geçici m.8 ve m.11 ile adın değiştirilmesine yönelik idari bir mekanizmayı yetkili kılarak bir kolaylık sağlamak istemesi gerçeği, bu hususta bir kanun değişikliği ihtiyacının bulunduğunu göstermiştir. Adın değiştirilmesinde, idari kurul oluşturularak kişilere alternatifli hukuki imkanlar sunmanın yerindeliğini sorgulamak ve çözüm önerisini sunmak bu tebliğin temel amacıdır. Bunun için öncelikle ilk kısımda, adın değiştirilmesine ilişkin genel açıklamalara yer verilecek; ikinci kısımda, TMK m.27 hükmünün gözden geçirilmesi ihtiyacının nedenlerine değinilecek; üçüncü kısımda, değişiklik önerisini daha iyi tespit edebilmek adına İsviçre Medeni Kanunu'nda kabul edilen sistem ve son zamanlarda yapılan değişiklikler ele alınacak ve son kısımda da hukukumuz bakımından tavsiye edilen değişiklik önerisi üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ad, Soyadı, Adın Değiştirilmesi, İtiraz.

ABSTRACT

Everyone has to use the name written in the civil registry and the name is acquired without the person's will. It is not possible to allow a person to change his or her name at any time. Because it may lead to destabilisation and mistrowing of social relations. However, in some cases, expecting a person to carry his/her current name for the rest of his/her life may also lead to unfair consequences. Therefore, it is inevitable to include an exception in this regard. For this reason, in our law, changing the name is accepted under certain conditions. In our current legislation, Article 27 of the Turkish Civil Code is the only provision that allows it. Regarding this provision, there were many issues in need of clarification. However, with the provisional Articles 8 and 11 of the Civil Registry Services Act , the legislator authorised an administrative mechanism to change the name and wanted to provide convenience in this regard. This indicated the need for a legislative amendment in this regard. The main purpose of this paper is to question the appropriateness of providing alternative legal possibilities to individuals by establishing an administrative board in changing the name and to present a solution proposal. For this purpose, in the first part, general explanations regarding the change of name shall be featured; in the second part, the reasons for the need to revise Article 27 of the Turkish Civil Code shall be mentioned; in the third part, the system in the Swiss Civil Code and the recent amendments shall be discussed in order to determine the proposed amendment better, and in the last part, the proposed amendment shall be emphasised in terms of our law.

Keywords : Name, Surname, Change of the Name, Appeal.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, burcu.kanatlarli@deu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8794-6901>

GİRİŞ

Ad; kişileri ve aileleri birbirinden ayırt etmeye, tanıtmaya, bireyselleştirmeye yarayan ve bu noktada toplumda düzen sağlayan bir araçtır. Soyadı Kanunu(SK) m.1'deki hüküm sebebiyle, herkesin nüfus kütüğünde yazılı olan adlarını kullanma zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk; Türk Medeni Kanunu(TMK) m.27 ve m.173'ten de anlaşılakta ve (öz) ad bakımından anne babanın kararıyla, soyadı bakımındansa ya babanın ya da annenin soyadının kullanılmasıyla ya da evlat edinen kişinin soyadının kullanılmasıyla yerine getirilmektedir.

Kazanılması kişinin iradesi dışında gerçekleşse de kişiye adını dilediği zaman değiştirme imkânı tanınması; sosyal ilişkilerdeki istikrarın, güvenin zedelenmesine ve kamusal düzenin sarsılmasına yol açabilecek olması nedeniyle mümkün değildir. Ancak bazı durumlarda, kişiden mevcut adını hayat boyu taşımasını beklemek haksız sonuçlar doğurabilir. Dolayısıyla, adın kullanıcısıyla bunu belirleyen başka kişiler olması; ad üzerindeki hakkın bir kişilik hakkı olması, kişinin kendi kaderini tayin hakkı şeklinde temel hak ve özgürlüğe sahip olması gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda, bu hususta bir istisnaya yer verilmesi kaçınılmazdır. Bu sebeple, hukukumuzda, adın değiştirilmesi belli koşullarla kabul edilmiştir. Şu anki mevzuatımızda buna imkân veren tek düzenleme, TMK m.27'dir. Söz konusu hüküm aynen şu şekildedir: *“Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir.”*³³

TMK m.27'yle ilgili olarak, hâkimin haklı sebep kavramına yönelik takdir yetkisinin sınırlarının ne olacağı, kişinin adını değiştirme hakkını kaç kez kullanabileceği, kimlerin dava açabileceği, adın değiştirilmesinden zarar görenin kim olacağı ve zarar görmekle kastedilenin ne olduğu, düzeltme talebinden farklarının neler olduğu gibi konular açıklanmaya muhtaçken; kanunkoyucu, 3.11.2017'de yürürlüğe giren 19.10.2017 tarih ve 7039 sayılı Kanunla, 5490 sayılı 25.4.2006 tarihli Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda(NHK) yapılan değişiklikle eklenen geçici madde 8'le, adın idari bir kararla değiştirilmesini sağlayan başka bir imkan daha kabul etmişti. Şöyle ki 7039 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle NHK'ya eklenen geçici m.8'e göre *“Kişinin iki yıl içerisinde yerleşim yerinin bulunduğu nüfus müdürlüğüne yazılı olarak başvurması kaydıyla; 21/6/1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanununun 3 üncü maddesine aykırı soyadları ile yazım ve imla hatası veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan anlam değişiklikleri bulunan ad ve soyadları, mahkeme kararı aranmaksızın, il veya ilçe idare kurulunun vereceği kararla bir defaya mahsus olmak üzere değiştirilebilir. İl ve ilçe idare kurullarının vereceği karar kesindir. Soyadı değiştirilen erkek ise kendisi ile birlikte varsa karısının ve müracaat tarihinde ergin olmayan çocuklarının da soyadları düzeltilir. Soyadı değiştirilen kadın ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik dışı çocukları varsa onların da soyadları düzeltilir.”*

3.11.2019 tarihinde bu hükmün uygulaması sona erecekken, 24.12.2019 tarihinde yürürlüğe giren 6.12.2019 tarihli 7196 sayılı Kanun'un 61'inci maddesiyle NHK'ya eklenen geçici m.11 ile üç yıl daha uzatılmış ve bu sürenin üç yıl daha uzatılması konusunda Cumhurbaşkanı yetkili kılınmış; hatta hükmün uygulama kapsamı daha da genişletilerek TMK m.27'nin uygulaması daha da daraltılmıştı. Hüküm aynen şu şekildeydi: *“Kişinin üç yıl içerisinde yerleşim yerinin bulunduğu nüfus müdürlüğüne yazılı olarak başvurması kaydıyla; 21/6/1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanununun 3 üncü maddesine aykırı soyadları ile yazım ve imla hatası veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan anlam değişiklikleri bulunan, genel ahlaka uygun olmayan, toplum tarafından gülünç karşılandığı değerlendirilen ad ve soyadları, mahkeme kararı aranmaksızın, il veya ilçe idare kurulunun vereceği kararla bir defaya mahsus olmak üzere değiştirilebilir. İl ve*

³³ Anayasa Mahkemesinin 22/2/2024 Tarihli ve E: 2023/34, K: 2024/60 Sayılı Kararı ile bu fıkrada yer alan “...ve...” ibaresi ile “...ilân...” ibaresi iptal edilmiştir. Kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından (16.5.2024) başlayarak dokuz ay sonra (16/2/2025) yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

ilçe idare kurullarının vereceği karar kesindir. Soyadı değiştirilen erkek ise kendisi ile birlikte varsa karısının ve müracaat tarihinde ergin olmayan çocuklarının da soyadları düzeltilir. Soyadı değiştirilen kadın ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik dışı çocukları varsa onların da soyadları düzeltilir. Bu maddede belirlenen sürenin bir katına kadar uzatılmasında Cumhurbaşkanı yetkilidir.” Buna göre, geçici m.8 ile soyadı değişikliği konusunda il/ilçe idare kurullarının sadece SK m.3 hükmü çerçevesinde bir takdir yetkisinin bulunduğu söylenirken; bu kurulların geçici m.11 ile takdir yetkisine sahip olduğu hususlar daha da genişletilmişti. Şöyle ki bu kurullar, *genel ahlaka uygun olmayan, toplum tarafından gülünç karşılandığı değerlendirilen ad ve soyadlarını* da değiştirmeye yetkili; yani bu hususta takdir yetkisine sahip olmuşlardı.

Görüldüğü üzere, kanunkoyucu, adın değiştirilmesi için işletilecek yollar bakımından zaman içinde farklı tercihlerde bulunmuş; yargı yolu dışında, idari bir mekanizma da işlerlik kazanmıştır. Mahkemelerin iş yükünü hafifletmek gayesiyle idari kurul oluşturularak kişilere alternatifli hukuki imkanlar sunmanın yerindeliğini sorgulamak ve bu hususta bir ihtiyaç bulunduğu noktasından hareketle çözüm önerisini sunmak bu tebliğin temel amacıdır. Bu amaçla öncelikle ilk kısımda, adın değiştirilmesine ilişkin genel açıklamalara yer verilecek; ikinci kısımda, TMK m.27 hükmünün gözden geçirilmesi ihtiyacının nedenlerine değinilecek; üçüncü kısımda, değişiklik önerisini daha iyi tespit edebilmek adına İsviçre Medeni Kanunu’nda kabul edilen sistem ve son zamanlarda yapılan değişiklikler ele alınacak ve son kısımda da hukukumuz bakımından tavsiye edilen değişiklik önerisi üzerinde durulacaktır.

I. ADIN DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

A. Adın Değiştirilmesi Kavramı ve Benzer Durumlardan Ayırt Edilmesi

Adın değiştirilmesi, kişinin adının veya soyadının; kişisel durumunun değişmesinden kaynaklı değişikliğe uğradığı hallerden farklıdır. Çünkü kadının evlenmesi veya boşanması sebebiyle soyadının değişmesinde (TMK m.173/I), küçüğün evlat edinilmesi halinde adının veya soyadının değişmesinde³⁴, evlat edinilen ergin kişinin evlat edinenin soyadını almasında (TMK m.314/III), soybağının reddine karar verilmesi halinde çocuğun soyadının değişmesinde; değişiklik, kişisel durumdaki değişiklik sebebiyle, kanundan dolayı gerçekleşir³⁵. Adın değiştirilmesi ise kişisel durum değişikliğinden bağımsızdır³⁶.

Kütükte yanlış yazılmış bir adın düzeltilmesi de adın değiştirilmesi olarak nitelendirilemez. Çünkü düzeltmede, kütükteki yanlışlığın düzeltilmesi söz konusuysen; değiştirmede, kütükte doğru olarak kayıtlı olan adın yerine yenisi konulmaktadır³⁷. Her ikisinde de sicildeki kaydın değiştirilmesi şeklinde bir sonuç

³⁴ Yargıtay, yerinde olmayarak, TMK m.314/III’e göre evlat edinenlerin evlatlığa yeni bir isim vermelerinin TMK m.27 kapsamında haklı neden sayılacağını belirtmiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T.20.05.2005, E.2005/3685, K.2005/5286, (www.kazanci.com, E.T.:25.4.2024). Oysaki yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, TMK m.314 çerçevesinde evlatlığın adının değiştirilmesi hakkı, kanunen evlat edinenlere tanınmış bir hak olup, ayrıca m.27 çerçevesinde haklı bir neden olup olmadığının değerlendirilmesine gerek yoktur.

³⁵ Benzer yönde bkz. ŞİMŞEK, Engin: Adın Kazanılması ve Değiştirilmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s.127.

³⁶ ARSEBÜK, Esat: Medeni Hukuk I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Tan Matbaası, İstanbul 1938, s.256; OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s.115-116; HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 3. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul 2010, s.179.

³⁷ SAYMEN, Ferit H.: Türk Medeni Kanunu, Cilt II, Şahsın Hukuku, 2.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960, s.170; KÖPRÜLÜ, Bülent: Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, 2.Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984, s.322; ÖZTAN, Bilge: Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s.173; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s.182; AKIPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 13. Baskı, Beta, İstanbul 2016, s.431; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.116; ZEVLİLER, Aydın / ACABEY, M. Beşir / GÖKYAYLA, Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, s.381; HELVACI, s.179; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s.452; ŞİMŞEK, s.127, 128. İsviçre Hukuku için bkz. HOFER, Sibylle:

gerçekleşse de adın değiştirilmesi, gerek koşulları gerekse değiştirme yöntemi ve hukuki sonuçları yönünden adın düzeltilmesinden farklıdır³⁸. Bu kapsamda kişinin adının iptal edilerek adsız bırakılması mümkün değildir, mutlaka değişen adının yerine hangi adın kullanılacağına da karar verilmelidir³⁹.

Adın değiştirilmesi, bütün olarak gerçekleşebileceği gibi, ada harfin/harflerin eklendiği veya addan çıkarıldığı halleri de kapsayabilir⁴⁰. Doktrinde adın içeriğinin ve anlamının aynı kaldığı fakat yazılış biçiminin değiştiği hallerin (örneğin Necmeddin olan adın Necmettin, Bülend olan adın Bülent) adın değiştirilmesi kapsamında olacağı ve ad sahibinin bu değişiklikte haklı bir sebebin bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁴¹. Ancak kanaatimizce bu şekilde kesin bir kaniya varmak yerine somut olayın koşullarına bakarak bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Çünkü bu tür durumların sebebi, adın nüfus siciline yanlış yazılması olabilir. Nitekim doktrinde başka bir görüş de Ahmet olan adın Ahmed, Mehmet olan adın Memet, Hasan olan adın Hesan olarak kütüğe yazılması hallerinde, adın değiştirilmesi değil, kütükteki kaydın düzeltilmesinin söz konusu olacağını belirtmiştir⁴².

Kişinin adının değiştirilmesi, var olan adının yanına başka bir adın eklenmesi⁴³ ya da birden fazla adından birinin çıkarılması şeklinde de gerçekleşebilir⁴⁴. Ayrıca adın kısaltılması ya da uzatılması da bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin Necmettin olan adın Necmi olarak değiştirilmesi ya da tam tersi durumun gerçekleşmesi de adın değiştirilmesi olarak değerlendirilmelidir. Çünkü bu durumlarda bir anlam değişikliği olması kaçınılmazdır. Ancak doktrinde bir görüş, kural olarak adın kısaltılmasının değiştirme olarak nitelendirilemeyeceğini; ancak kısaltmayla ortaya çıkan ad uzun halinden yeni ve değişik bir ad niteliğini taşıyorsa bunun değişiklik olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁵.

Personenrecht, 2019, s.113, kn.366; BUCHER, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage, 2009 Basel, kn.781.

Ancak Yargıtay bazı kararlarında, adın düzeltilmesi (tashihi) ile değişikliğini eş anlamlıymış gibi kullanmaktadır. Bkz. YHGK, T.02.07.2008, E.2008/18-471, K.2008/478, (www.kazanci.com, E.T.:26.4.2024). Hatta Yargıtay bazı kararlarında, özellikle nüfus idaresinin hatayla ya da kendiliğinden kişinin adını farklı kaydettiği ve kişinin bu hatanın/yanlışlığın düzeltilmesini talep ettiği durumlarda yani adın düzeltilmesi davasına konu olacak olaylarda, haklı sebebin varlığından bahsedip adın değiştirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. Yarg.18. HD., T.24.02.2003, E.2003/313, K.2003/1194; Yarg.18. HD., T.03.05.2011, E.2011/3425, K.2011/6039, (www.kazanci.com, E.T.:27.4.2024). Hatta Yargıtay bazı kararlarında, açıkça adın değiştirilmesinin adın düzeltilmesi davası olduğunu belirtep, görevli ve yetkili mahkemenin de bu kapsamda, yani Nüfus Hizmetleri Kanunu kapsamında belirleneceğini ifade etmiştir. Bkz. Yarg.8. HD., T.20.02.2018, E.2017/6836, K.2018/2500; Yarg.8. HD., T.16.03.2017, E.2017/1124, K.2017/3787, (www.kazanci.com, E.T.:29.4.2024).

³⁸ Farklı yönde bkz. CENGİZ, Bilal: Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.84-85.

³⁹ Nitekim adın iptalinin dava edilemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Bkz. Yarg.18.HD., T.03.02.2003, E.2002/11552, K.2003/668; Yarg.18.HD., T.18.03.2003, E.2003/185, K.2003/1882, (www.kazanci.com, E.T.:27.4.2024).

⁴⁰ SAYMEN, s. 169; ATAAY, Aytekin: Şahıslar Hukuku, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 198; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.173; DURAL / ÖĞÜZ, s.182; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.116; ZEYTİN, Zafer / ERGÜN, Ömer: Türk Medeni Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.98.

⁴¹ ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.382. Adı oluşturan kelimenin imla tarzının değiştirilmesinin de adın değiştirilmesi kapsamında gerçekleşeceği yönünde bkz. ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.198-199.

⁴² KÖPRÜLÜ, s. 322; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 173.

⁴³ Yarg.18. HD., T.18.11.2002, E.2002/10206, K.2002/11302, (www.kazanci.com, E.T.:27.5.2024).

⁴⁴ ŞİMŞEK, s. 126.

⁴⁵ ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.382; ŞİMŞEK, s.135.

B. TMK m. 27 Hükümüne Göre Adın Değiştirilmesinin Koşulları

1. Değiştirilmesi Mümkün Olan Bir Ad Olmalıdır

Adın değiştirilmesi, sadece taşınması zorunlu olan ve nüfus siciline kaydedilmiş bulunan ad ve soyadı bakımından mümkündür. Kişinin müstear(takma) ad ve lakabının değiştirilmesi bu şartlara tabi değildir⁴⁶. TMK m.27 kapsamında adın değiştirilmesi, sadece gerçek kişiler bakımından mümkündür; tüzel kişiler, bu hükümden yararlanamaz⁴⁷.

2. Adın Değiştirilmesinde Haklı Bir Sebep Bulunmalıdır

a. Adın Değiştirilmesinde Haklı Sebep Kavramı

TMK m.27'ye göre adın değiştirilmesi için haklı bir sebebin bulunması gerekir. Haklı sebebin neler olduğu kanunda belirtilmemiştir. Hâkim, takdir yetkisi çerçevesinde önüne gelen her somut olay açısından haklı sebebin bulunup bulunmadığını takdir edecektir.

NHK geçici m.8 ve m.11'in yürürlükte olduğu dönemde, bu hükümlere göre hangi adların değiştirilmesine karar verileceği açıkça belirtilmişti. Bunlar, SK m.3'e aykırı soyadları⁴⁸; yazım ve imla hatası veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan anlam değişiklikleri bulunan ad ve soyadları⁴⁹; genel ahlaka uygun olmayan, toplum tarafından gülünç karşılandığı değerlendirilen ad ve soyadları⁵⁰ şeklindeydi.

⁴⁶ AEBI-MÜLLER, Regina Elisabeth: "Art.30-30a", CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art.1-456 ZGB – Partnerschaftsgesetz, 4.Auflage, 2023, Art.30-30a, kn.10; GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku, Birinci Kitap, Şahsın Hukuku, 3. Basım, Güney Matbaacılık, Ankara 1954, s.157, dn.23; OĞUZOĞLU, H. Cahit: Medeni Hukuk I, Şahsın Hukuku, 5. Basım, Yeni Deşen Matbaası, Ankara 1963, s.308; ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.196; ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s.198; İMRE, Zahit: "Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması", *Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan*, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s.835-836; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.173; ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s.175; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.381; ŞİMŞEK, s.126; CENGİZ, s.45-46; HIZ, Yüksel/YILMAZ, Zekeriya: "Ad, Adın Çeşitleri, Kazanılması, Değiştirilmesi ve Ad Üzerindeki Hakkın Korunması", *Adalet Dergisi*, S:18, 2004, s.15.

⁴⁷ Tüzel Kişilerin Adinin Değiştirilmesi, Usulüne Göre Kuruluş Belgelerinde Yapılacak Değişiklikle Mümkün Olabilir. Bkz. VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1963, s. 252; İMRE, s. 836; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 173; ATAAY, Aytekin: "Medeni Hukukta İsmi Değiştirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 29, Say:11, Kasım 1955, s. 514, (İsmi Değiştirilmesi), s. 498; ŞİMŞEK, s.126.

⁴⁸ 2525 sayılı Soyadı Kanunu m.3'e göre "Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi ediplere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz." Soyadı Kanunu m.3'te belirtildiği üzere, rütbe, memuriyet, aşiret, yabancı ırk, yabancı millet isimleri ile genel ahlaka uygun olmayan, iğrenç olan, gülünç olan isimlerin soyadı olarak kullanılması yasaklanmıştır. Bu yasağa rağmen her nasılsa bu şekildeki bir adın soyadı olarak yazılması halinde NHK geçici m.11 ile değiştirilmesi mümkün kılınmıştı. NHK geçici m.8 ve m.11 öncesinde, sadece TMK m.27 çerçevesinde değiştirilmesi mümkün olan bu şekildeki soyadları, hâkimin haklı bir sebep teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmesine ve kararına ihtiyaç olmaksızın, sadece il/ilçe idare kurullarınca yapılacak değerlendirme ve verilecek kararla değiştirilmesi mümkün olmuştu.

⁴⁹ Bu kapsamdaki ad ve soyadlar, değiştirme talebi kapsamında olabileceği gibi düzeltme talebi kapsamında da olabilir. Kişinin doğru talebine rağmen, nüfus memurunun hatası sebebiyle kütüğe yanlış yazılan adların düzeltilmesinden; kişinin talebi doğrultusunda yazılmış olmasına rağmen, günlük hayatında değiştirilmesi istenen şekilde tanındığı adların ise değiştirilmesinden söz edilecektir. Ancak NHK geçici m.11 ile bu şekilde bir ayırım yapılmaksızın her iki talep kapsamında da yer alan ad ve soyadların il/ilçe idare kurullarınca verilen kararla düzeltilmesine/değiştirilmesine imkân tanınmıştı.

⁵⁰ Genel ahlaka uygun olmayan, toplum tarafından gülünç karşılandığı değerlendirilen ad ve soyadları il/ilçe idare kurullarınca değiştirilebilecek adlar arasına NHK geçici m.8'de olmayan, geçici m.11 ile eklenmiş bir sebepti. Ancak genel ahlaka uygun olmayan, toplum tarafından gülünç karşılanan adların soyadı olarak kullanılması halinde zaten "2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3'üncü maddesine aykırı soyadları" kapsamında bir denetime tabi olacağı, değişim

İlk ikisi geçici madde 8 ile de kabul edilmişken; sonuncusu geçici madde 11 ile eklenmişti⁵¹. Ayrıca NHK geçici m.8 ve geçici m.11’de yer verilmemesine rağmen, “yaygın olarak belirli bir cinsiyete özgü olduğu düşünülen adlar”, İç İşleri Bakanlığı’nın “Ad ve Soyadı Değişikliği 2020/2” Genelgesinin 2’nci maddesinde, değiştirilmesi talep edilebilecek olan adlar olarak belirtilmişti⁵². NHK’da, açıklık olmamakla birlikte Genelge’nin 13’üncü maddesinde, il/ilçe idare kurullarının adın değiştirilmesine karar veremeyeceği haller sayılmıştır: Buna göre, kişilerin mevcut isimlerine ikinci/üçüncü isim eklenmesine veya mevcut iki/üç isminden birinin/ikisinin çıkarılmasına; evli kadının evlilik hanesinde sadece bekarlık soyadını kullanmasına; velayeti elinde bulunduran annenin çocuğuna bekarlık soyadını vermesine; medeni hali “dul” olarak koca hanesinde kayıtlı bulunan kadının bu hanede kendisinin ve ergin olmayan çocuklarının soyadını değiştirmesine ve Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin ad/soyadının değişikliğine yönelik taleplerin bu Kanunun kapsamı dışında olacağı, bu taleplerin il ve ilçe idare kurullarınca reddedileceği belirtilmişti. Dolayısıyla kapsam dışında tutulan bu talepler, TMK m. 27 kapsamında hâkim kararıyla gerçekleştirilebilir taleplerdi.

Hangi adların değiştirilebileceğinin açık olarak listelenmesi, yetkinin idari bir kurula bırakıldığı hal bakımından yerinde bir yaklaşım olarak görülebilir. Ancak, aşağıda tavsiye edilen bir değişiklik önerisinde model sayılabilecek; İsviçre’de idari makamın yetkilendirildiği ve sadece “dikkate değer” (achtenswerte) sebeplerin varlığından söz edildiği ve taleplerin kişilerin isteğine bağlı olarak yargıya taşındığı, hâkimin takdir yetkisinin bu idari makamlar bakımından da uygulanacağını kabul edildiği düşünüldüğünde, bu idari mekanizmada böyle bir listenin gerekliliği konusu tartışmaya açılmalıdır. İsviçre Hukuku bakımından dikkate değer sebep ifadesi tercih edilmişken; bu sebeplerin önceden somut ve kesin bir şekilde belirlenmesi tutarlı bir yaklaşım olamaz.

Doktrinde, bir kimsenin adını kullanmamakta haklı bir menfaatinin bulunduğu, adın görevlerini yerine getiremediği, adın değişmezliği ilkesinden vazgeçilmesini gerektiren nitelikte üstün bir menfaatin söz konusu olduğu durumlarda adın değiştirilmesi için haklı sebebin bulunduğu ifade edilmiştir⁵³. Ancak tabii ki de hâkim haklı sebebin bulunup bulunmadığı konusunda, her somut olay için bütün şartları değerlendirerek hakkaniyete göre karar verecektir⁵⁴. Dolayısıyla hâkim kararında objektif koşullardan çok; istemde bulunanın

için o kapsamında bir sebep oluşturacağı düşünüldüğünde, geçici m.11 ile getirilen yeniliğin sadece öz adlar bakımından olduğu anlaşılmaktaydı. Şöyle ki söz konusu soyadları bakımından zaten hem geçici m.8 hem geçici m.11 dönemi için, “2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 3’üncü maddesine aykırı soyadları” kapsamında değiştirme yetkisine sahip olan il/ilçe idare kurulları, geçici m.11 ile öz adlar bakımından da bu yetkiye sahip olmuştur.

⁵¹ Genelge’nin dokuzuncu maddesinde, ad ve/veya soyadı düzeltmelerine ilişkin taleplerde 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun, 2525 sayılı Soyadı Kanunu ve Soyadı Nizamnamesinde yer alan mevzuat hükümlerinin göz önünde bulundurulacağı; yazım ve imla hatası veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan anlam değişikliği olup olmadığı hususlarında ise Türk Dil Kurumu Başkanlığı’nın Yazım Kılavuzu ile 08/04/2013 tarih ve 35620 sayılı talimat ekindeki Türk Dil Kurumu Başkanlığı’nın 14/01/2013 tarihli ve 21 sayılı yazısından istifade edileceği belirtilmişti.

⁵² Bu düzenlemeye göre, günümüzde yaygın olarak belirli bir cinsiyete özgü olduğu düşünülen adların değiştirilmesine ilişkin talepler il ve ilçe idare kurulları tarafından değerlendirilecektir. Sadece öz adlar bakımından bu imkânın tanınmış olduğu açıktır. Kanunda belirtilmemesine rağmen, bir genelgeyle bu şekilde kanun hükmünün genişletilmesinin yerinde olduğu bir yana bırakılacak olursa, “toplum tarafından gülünç karşılanan adlar” kapsamında bu kapsamdaki adları da değerlendirmek mümkün olurdu.

⁵³ CENGİZ, s.49; HAUSHEER, Heinz / AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Auflage, 2020, kn.1042; BÜCHLER, Andrea/FREI, Marco: ZGB Art.30, ZGB Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf), 2. Auflage, 2011, Art.30, s.116.

⁵⁴ BÜCHLER, Andrea: ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte Auflage, 2021, Art.30, kn.4; ATAAY, İsmail Değişikliği, s.501-502; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin/DOĞANAY, Y. Ümit: Medeni Hukuk Dersleri, Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966, s.90; KILIÇOĞLU, s.451; ŞİMŞEK, s.133; Yarg.18. HD., T.22.10.2007, E.2007/881, K.2007/8649, (www.kazanci.com, E.T.:26.5.2024). Hâkimin hem değişikliği talep eden kişinin manevi ve duygusal çıkarlarını hem de aynı adı taşıyan yakınların veya üçüncü kişilerin mevcut veya gelecekteki çıkarlarının tümünü dikkate alarak karar vermesi gerektiği yönünde bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.117.

mahkemeye sunacağı özel nedenleri dikkate alacaktır. Bu özel; kişiye özgü nedenler, istemde bulunanın kişiliği, sosyal statüsü ve aile ilişkileri de göz önünde bulundurulurak hâkim tarafından değerlendirilecektir⁵⁵. Doktrinde bir görüş, ad değişikliğinde objektif bir ölçüt kullanılması gerektiğini, kişisel ve duygusal gerekçelerden yola çıkılarak karar verilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁶. Hâkimin bu husustaki takdir yetkisi; adın değiştirilmesi için ileri sürülen nedeni ve yeni alınmak istenen adın-soyadının toplum değerlerine ve kanunun emredici kurallarına aykırı olmayan⁵⁷, özellikle başkalarına veya çevreye zarar vermeyen, incitmeyen nitelikte olduğunun saptanmasını da kapsamalıdır⁵⁸.

İsviçre’de, 1.1.2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle, kanundaki (İMK m.30) “*wichtige Gründe (haklı sebep, önemli sebep)*” ifadesi yerine, “*achtenswerte Gründe (dikkate değer sebep)*” ifadesi tercih edilmiştir. İsviçre Hukukunda yapılan bu değişiklik, adın değiştirilmesi için aranan sebeplerin niteliği bakımından daha esnek bir uygulama sağlayacaktır⁵⁹. Gerçekten İsviçre hukuk doktrininde de, yapılan bu değişiklikten sonra adın değiştirilmesinin eskisine oranla daha kolay gerçekleşeceği, kısıtlayıcı olan uygulama açısından bir rahatlık sağlanacağı, Federal Mahkemenin aşırı katı tutumuna ilişkin kararlarının da uygulanabilirliğinin kalmayacağı ileri sürülmüştür⁶⁰. Bu durumda Federal Mahkemenin ad değişikliğinde önemli sebeplere ilişkin içtihadının evleviyetle dikkate değer sebepler bakımından uygulanabileceği⁶¹; ancak bu değişiklikten sonra dahi adın değişmezliği ilkesinin korunması gerektiği, fakat öncekinden farklı olarak subjektif ve duygusal nedenlerin de dikkate alınmasının gerektiği ifade edilmiştir. Tabii ki yeni adın da kanuna uygun ve üçüncü kişilerin haklarını ihlale etmeyen bir ad olmasının gerektiği de belirtilmiştir⁶². İster haklı ister önemli sebep denilsin, bu hususun, hukuka ve hakkaniyete göre takdir edilmesi gereken bir mesele olduğu da vurgulanmıştır⁶³.

b. Haklı Sebep Sayılabilecek Örnek Haller

aa. Adın Anlamının ya da Telaffuzunun Rahatsız Edici Olması

Adın gülünç, çirkin ya da kişinin sosyal gelişimine engel olacak nitelikte anlamlarının bulunması, adın değiştirilmesi için haklı sebep olarak kabul edilebilir⁶⁴. Benzer şekilde adların telaffuzunun, söylenmesinin,

⁵⁵ PEHLIVAN, Mehmet Gökhan: “Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı ile Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 2016, S.7, s.803; Yarg.18. HD., T.22.10.2007, E.2007/881, K.2007/8649, (www.kazanci.com, E.T.:26.5.2024).

⁵⁶ ÖZEN, Burak: “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 3-4, İstanbul 2010, s.184-185. Haklı bir nedenin var olup olmadığını hâkimin objektif ölçülerle takdir etmesi gerektiğini ifade eden benzer yönde görüş için bkz. BINATLI, Yusuf: Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s.101.

⁵⁷ Yargıtay öz ad bakımından yabancı kökenli bir ismin alınmasında bir sakınca bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T.23.06.2003, E.2003/3826, K.2003/5332, (www.kazanci.com, E.T.:26.5.2024).

⁵⁸ Bkz. Yarg.8. HD., T.14.12.2017, E.2017/6537, K.2017/16938; Yarg. 18.HD., T.14.04.2005, E.2005/2602, K.2005/3635, (www.kazanci.com, E.T.:26.5.2024); ŞİMŞEK, s.134-135.

⁵⁹ Bu yönde bkz. AEBI-MÜLLER, Art.30-30a, kn.2; BÜCHLER, Art.30, kn.3; BÜRKI, Melanie/HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: “Rechtsprechungspanorama Personenrecht und Einleitungsartikel”, AJP 2019, s.1046; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, kn.1044; HOFER, s.114, kn.369; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie/BOSSHARDT, Martin: Personenrecht, 2. Auflage, 2021, s.142.

⁶⁰ AEBI-MÜLLER, Art.30-30a, kn.2,4; BÜRKI/HRUBESCH-MILLAUER, s.1045; HOFER, Sibylle/HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. Auflage, 2012, s.219; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, kn.1044.

⁶¹ HÜRLIMANN-KAUP, Bettina / SCHMID, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, 2016, s.202.

⁶² HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, kn.1045; HRUBESCH-MILLAUER / BOSSHARDT, s.142.

⁶³ BÜCHLER, Art.30, kn.4; PEDRAZZINI, Mario M. / OBERHOLZER, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, 1993, kn.6.5.4.3.

⁶⁴ Yarg.2. HD., T. 2.4.1946, 1705/1604, (ATAAY, İsmi Değiştirilmesi, s.503); MARDIN, Ebul’ula: Medeni Hukuk Dersleri, Şahsın Hukuku, İkinci Kısım, Çituri Biraderler Basımevi, İstanbul 1941, s.471; ARSEBÜK, s.255; BIRSEN,

yazılmasının zor olması, kişinin resmi işlemlerde ya da toplum içinde kullanması bakımından birtakım zorluklara neden olabilecek olması gerekçesiyle haklı sebep oluşturabilir⁶⁵. Kişinin konuşma bozukluğu sebebiyle, adındaki veya soyadındaki s, ş, k, r, l, v, z ve f gibi bazı harfleri söylemede güçlük çektiği durumlarda da, bu durum onu sosyal çevresinde sürekli zor durumda bırakıyorsa ya da o bundan rahatsızlık duyuyorsa, onun adını veya soyadını değiştirmesi talebi haklı görülebilir⁶⁶.

bb. Nüfusta Kayıtlı Olandan Farklı Bir Ad Kullanılması

Çocuğa adını koyma, her ne kadar anne babanın velayet hakkı içinde olsa da geniş ailede ya da aile büyüklerinin kararlarının ön planda olduğu ailede yaşayan kimseler bakımından, çocuğa anne-babasının dahi belki de arzu etmediği bir adın konulması halinde, anne-baba çocuğunu başka bir adla çağırıyor ve çocuk toplumda o adla tanınıyor olabilir. Bazı durumlarda çocuk, anne-babasının kendisine koyduğu adı yadırgıyor, beğenmiyor ve bu sebeple belki de daha çocukluk yıllarından itibaren kendisini başka bir adla çevresine tanıtıyor olabilir. Bu gibi hallerde, kişinin nüfustaki kayıtlı adının toplum içinde tanınıp bilindiği adıyla değiştirilmesinde de haklı bir sebebin bulunduğu ifade edilebilir⁶⁷. Bu duruma sadece ad bakımından değil,

Kemaladdin: Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, 5.Bası, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1959, s.191; GÖKTÜRK, s.158-159; OĞUZOĞLU, s.308; FEYZİOĞLU/DOĞANAY, s.90; SAYMEN, s.170-171; ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.200; ÖZSUNAY, s.198; KÖPRÜLÜ, s.323; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.173; DURAL/ÖĞÜZ, s.183; AKIPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.430; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.117; ARPACI, s.176; AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: Kişiler Hukuku, 8.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.146; KILIÇOĞLU, s.451; SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 6.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, (Kişiler), s.483. İsviçre Hukuku bakımından bkz. BÜRKI/HRUBESCH-MILLAUER, s.1046; BUCHER, kn.784; BÜCHLER / FREI, ZGB Art.30, s.116; RIEMER, Hans Michael: Personenrecht des ZGB, 2. Auflage, 2002, kn.231.

Örneğin, Cort, Safra, Sülük, Koyun, Budala, Aptal, Yalak, Verici, Dönek, Şapşal, Dümbelek, Fırıldak, Sıçan, Yalama, Yumuşak, Kız, Erkek, Kalça, Götürür, Gösterir, Tekerlek, Yuvarlak, Damızlık, Donsuz, Ayı, Davar, Dana, Öküz, Şebek gibi soyadları bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. https://www.sozcu.com.tr/2015/gunun-icinden/nufusa-kayitli-en-iliginc-ad-soyadlar-798962/58/?_szc_galeri=1, E.T.: 23.06.2024.

⁶⁵ OĞUZOĞLU, s.308; AKIPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.430; KILIÇOĞLU, s.451; CENGİZ, s.54-55; BÜRKI / HRUBESCH-MILLAUER, s.1046; HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID, s.203; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, kn.1042. Farklı yönde bkz. BÜCHLER / FREI, ZGB Art.30, s.116.

Örneğin, Toprek, Şaşdım, Ogurlu soyadlarının telaffuzlarının güç olması sebebiyle, değiştirilmeleri bakımından haklı bir sebebin varlığı kabul edilebilir.

⁶⁶ ŞİMŞEK, s.136.

⁶⁷ AYAN/AYAN, s.146; ŞİMŞEK, s.134; AEBI-MÜLLER, Art.30-30a, kn.4; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, kn.1047.

Nitekim Yargıtay da hem ad hem de soyadı bakımından, kişinin nüfustaki kayıtlı adının toplum içinde tanınıp bilindiği adıyla değiştirilmesi talebini TMK m.27 hükmü çerçevesinde haklı bir sebep olarak değerlendirmiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T.17.11.2008, E.2008/11220, K.2008/12036, (www.kazanci.com, E.T.:31.5.2024). Benzer yönde bkz. Yarg.18. HD., T.13.11.2008, E.2008/7992, K.2008/11926; Yarg.18. HD., T.13.01.2016, E.2015/5694, K.2016/347; Yarg.18. HD., T.30.04.2015, E.2014/18248, K.2015/7152, (www.kazanci.com, E.T.:31.5.2024).

Yargıtay başka bir kararında, evlatlık olarak edinilen ve velayet altında olan bir kimsenin bundan sonra çevresinde başka bir adla anılması amacıyla açtığı bir davada, adının değiştirilmesi bakımından TMK m.27 hükmünü uygulayarak, kişinin çevresinde tanınıp bilindiği ismiyle anılmayı ve bunu kayden taşımayı istemesinin haklı bir sebep teşkil edeceğini belirtmiştir. Bkz. Yarg. 18.HD., T.25.11.2002, E.2002/9677, K.2002/11606, (www.kazanci.com, E.T.:31.5.2024). Kanaatimizce bu karar yerinde değildir. Yerinde olmayan ilk husus, evlat edinen kişinin evlatlığın adını değiştirebilme yetkisinin dayanağının TMK m.27 olarak görülmesidir. Halbuki, evlat edinenlere bu yetki, TMK m.314/III, 2. cümle ile verilmiştir. Bu hükme göre, "Evlât edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir.". Dolayısıyla burada tamamen evlat edinenin arzusuna bırakılan bir durum söz konusudur ve evlat edinenin bu arzusunda haklı bir sebebin bulunup bulunmadığını irdelemeye ihtiyaç yoktur. Yerinde olmayan ikinci husus ise, bu talebin, TMK m.27 çerçevesinde bir talep olduğu düşünülse bile, kişinin çevresinde tanınıp bilindiği ismiyle anılmayı ve bunu kayden taşımayı istemesinin haklı bir sebep teşkil edeceğinin belirtilmesidir. Çünkü evlat edinen dava dilekçesinde "evlat edindiği kızının adının aile arasında ve çevrede "... olarak tanınıp bilinmesini istediğini, ancak nüfusa "... olarak kaydedildiğini, bu farklılığın ileride kendisini mağdur edeceğini" belirtmiştir. Görüldüğü üzere, değiştirilmesi istenen

soyadı bakımından da rastlamak mümkün olabilir. Her ne kadar bu alışlagelmiş kullanım resmi (hukuksal) işlemlerin dışında kalmakla sınırlı olacaksa da kişi, sosyal çevresinde kullandığı adıyla/soyadıyla bilindiğini, bu adını/soyadını resmi işlemlerinde de kullanmak istediğini belirterek değiştirme talebinde bulunabilmelidir.

cc. Sıklıkla Bulunulan Ortamda Başka Kimselerle Karıştırılma

Kişinin bulunduğu ortamda (aynı meslek grubunda, aynı işyerinde, aynı aile içinde) aynı ad ve soyada sahip başka bir kimsenin bulunması hali de sık sık karıştırılmaya sebep olacağı için adın değiştirilmesinde haklı sebep olarak görülebilir⁶⁸.

dd. Cinsiyet Değişikliği

Cinsiyet değişikliğine ilişkin olarak gerekli düzeltmenin yapılmasına ilişkin olarak açılan davada, adın değişikliği konusunda bir talepte bulunulmaması ve kişinin daha sonra adının değiştirilmesine yönelik bir dava açması halinde, nüfus siciline gerekli düzeltmenin yapılmasına ilişkin olarak daha önce verilen karar, kanaatimizce, haklı sebebin varlığı için delil teşkil etmelidir. Dolayısıyla, hâkimin doğrudan karar vermesi gerektiği, ortada takdir yetkisine konu olabilecek bir durumun bulunmadığı ifade edilebilir⁶⁹.

ee. Vatandaşlıkla ve Dinle İlgili Sebepler

Yabancı uyruklu bir kişinin Türk vatandaşlığına girmesi ya da daha önce başka dine mensup olan bir kişinin sonradan Müslüman olması halinde, onun yabancı veya başka bir dine mensup olduğu izlenimi uyandırması ve kişinin bundan rahatsızlık duyması durumunda, adının veya soyadının değiştirilmesi istemi haklı görülebilir⁷⁰. Doktrinde bir görüş menşeyini, milliyetini, dinini saklamak amacıyla adını değiştirme

adın dışında bir kullanım ve bu adla çevrede tanınma olgusu henüz gerçekleşmemiştir, bunun gerçekleşmesi istendiği için bir talepte bulunulmaktadır.

⁶⁸ MARDIN, s.471; ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.199-200; KÖPRÜLÜ, s.323; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.118; DURAL / ÖĞÜZ, s.183; OĞUZOĞLU, s.307; ARPACI, s.176; ŞİMŞEK, s.137. İsviçre Hukuku bakımından bkz. BUCHER, kn.784; BÜCHLER/FREI, ZGB Art.30, s.116. Bunun haklı bir sebep olarak kabulü için, özellikle resmi işlemlerde veya işlerde bir karışıklığa neden olması gerektiği yönünde bkz. CENGİZ, s.56.

Yargıtay, davacının, yerleşim yeri ve yakın çevresinde aynı ad ve soyadı taşıyan çok fazla kişi olması nedeniyle "Şahin" olan soyadının "Özal" olarak değiştirilmesi isteminin kişinin yıllardır taşıdığı ve bilinip tanındığı soyadının değiştirilmesine haklı neden oluşturmaması sebebiyle reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T.13.11.2008, E.2008/8639, K.2008/11928, (www.kazanci.com, E.T.:25.5.2024).

⁶⁹ Yargıtay da cinsiyet değişikliği halinde haklı nedenin varlığının kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T.01.12.2008, E.2008/116488811, K.2008/12671, (www.kazanci.com, E.T.:25.5.2024). Benzer yönde bkz. PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin: Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Ad, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.313. İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, kn.1047; HRUBESCH-MILLAUER / BOSSHARDT, s.142. Hatta İsviçre'de 2013 tarihindeki revizyondan sonra, yasal olarak cinsiyet değiştirmemiş olsa da kanıtlanmış bir transseksüelliğin varlığı halinde de bunun isim değişikliği için dikkate alınmaya değer bir sebep olacağı ifade edilmiştir. Bkz. HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, kn. 1047.

⁷⁰ ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.201; ARSEBÜK, s. 255; BIRSEN, s. 191; ÖZSUNAY, s.200; KÖPRÜLÜ, s. 323; DURAL / ÖĞÜZ, s.183; AKIPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 430; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 120; ARPACI, s. 176.

Nitekim Yargıtay da kişinin öz adının değiştirilmesi bakımından bu yönde bir karar vermiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T.22.10.2007, E.2007/881, K.2007/8649, (www.kazanci.com, E.T.:26.5.2024). Ancak Yargıtay, din değiştiren bir kimsenin dinine uygun bir öz ad alabileceğini kabul ederken; Soyadı Kanunu'nun 3'üncü, Soyadı Tüzüğü'nün 7'nci maddesine göre, aynı kişinin soyadının değiştirilmesi istemini reddetmiştir. Bkz. Yarg. 18.HD., T.14.02.2005, E.2005/791, K.2005/738, (www.kazanci.com, E.T.:26.5.2024).

İsviçre Hukuku bakımından, dinini değiştiren kişinin önceden mensup olduğu dini çağrıştıran isminin değiştirilmesinde haklı sebebin bulunduğu yönünde bkz. BÜCHLER/FREI, ZGB Art.30, s.117; RIEMER, kn. 242.

talebinin mümkün derecede kabul edilmemesi gerektiğini ifade ederken⁷¹; başka bir görüş, buna, başkasına zarar verme gibi amaçlar güdülmedikçe izin verilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷².

ff. Aile İlişkilerinden Kaynaklanan Sebepler

Kötü şöhretle tanınmış bir ailenin mensubu olan kişinin o ailenin soyadını kullanmak istememesi, mensubu olduğunu saklamak istemesi, bu kapsamda haklı sebep olarak değerlendirilebilir⁷³. Örneğin, aile üyelerinden birinin yüz kızartıcı nitelikte olabilecek bir suç işlemiş olması halinde, aileye mensup olan kişinin soyadını değiştirmesi haklı kabul edilebilir⁷⁴.

Doktrinde, tanınmış bir kadının kocası olacak bir erkeğin, evlenmeden önce, soyadını, evlenecek olduğu kadının soyadı ile değiştirilmesinde haklı sebebin varlığının düşünülebileceği ifade edilmiştir⁷⁵.

Babası tarafından soybağı reddedilen, tanınması iptal edilen çocuğun veya evlat edinilen küçüğün önceki soyadını taşımasında da haklı nedeninin varlığı kabul edilip, soyadı değişikliği davasıyla önceki soyadını kullanması sağlanabilir⁷⁶. Kadın eş bakımından da bu ihtimal akla gelse de TMK'da kadının evlilik öncesi soyadını evlilikle edineceği soyadının önünde kullanmasına imkân verilmiştir. Aynı durum boşanma sebebiyle soyadı değişen kadın bakımından düşünülse de TMK'da haklı menfaatin bulunması halinde, kadına bu imkân tanınmıştır.

Velayetin kendisine verildiği tarafın soyadının, çocuğun soyadından farklı olması halinde, çocuğun soyadının değiştirilmesinde, haklı sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de irdelenmelidir. Bu durum, hem evlilik içinde hem de evlilik dışında doğan çocuklar bakımından söz konusu olabilir. Şöyle ki evlilik içinde doğan çocuklar bakımından, annenin bekarlık soyadına dönmesiyle ve çocuğun babanın soyadını kullanıyor olmasıyla bu farklılık gerçekleşirken; evlilik dışında doğan çocuklar bakımından velayeti annede olan çocuğun annenin soyadını taşıyorken babası ile soybağının kurulmasıyla babanın soyadını taşımaya

⁷¹ OĞUZOĞLU, s. 309.

⁷² SAYMEN, s. 171-172.

⁷³ ATAAY, Şahıslar Hukuku, s. 202; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 173-174; AKIPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 430.

⁷⁴ ÖZSUNAY, s.199; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.175-176; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.118; ŞİMŞEK, s.137; Bucher, kn.785-786. İşlenen suçun ağırlığı başlı başına adın değiştirilmesi için bir haklı sebep oluşturmayabilir. Adını değiştirmek isteyen kişinin bu nedenden dolayı toplum içinde yaşamasının, hayatını eskisi gibi sürdürmesinin mümkün olmadığı bir halin ortaya çıkmış olması gerekir. Bkz. CENGİZ, s.61.

⁷⁵ Bu imkânın kocaya tanınması gerektiği ve haklı sebebin varlığını hâkimin takdir edeceği yönünde bkz. ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Aile Hukuku), s.212; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: "Türk ve İsviçre Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, Yıl:2008, s.574. Benzer yönde bkz. AYAN, Serkan: "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, Yıl:2012, S:4, s.61.

Burada tarafların anlaşmasından bağımsız olarak, haklı sebebin kişisel ve kamusal yararların tartılarak değerlendirileceğini ifade eden görüş için bkz. ÇELEBİ, Özgün: "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019/2, s.565, dn.98.

Yargıtay bir kocanın kendisini karısının ailesine daha yakın hissetmesini, hatta karısının köyüne taşınmış olmasını soyadının değiştirilmesi bakımından haklı neden olarak değerlendirmemiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T. 7.10.1997, E. 1997/8141, K. 1997/8859, (www.kazanci.com, E.T.:23.06.2024).

⁷⁶ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.1017; BAŞOĞLU, Başak: "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, Yıl:2017, s.367; ÖZEN, s. 192; Evlat edinme bakımından bkz. PEHLIVAN, s. 804; AYAN, s. 38; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 988-989.

Nitekim Yargıtay da, soybağının düzeltilmesi davası sonunda kişinin kazanmış olduğu soyadının öncesinde yıllardır kullandığı soyadıyla değiştirilmesi talebinde haklı nedeninin varlığını kabul etmiştir. Bkz. Yarg.18.HD., T. 10.02.2009, E. 2009/155, K. 2009/933, (ŞİMŞEK, s.38, dn.596).

başlamasıyla gerçekleşebilir⁷⁷. Velayeti anneye bırakılan çocuk ile annenin farklı soyadlarına sahip olmaları nedeniyle çocuğun soyadının annesinin soyadıyla değiştirilmesine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında bu durum haklı bir sebep olarak değerlendirmişken⁷⁸, bazı kararlarında, soyadı farklılığının tek başına çocuk bakımından bir olumsuzluk yaratmayacağını, soyadının değiştirilmesi için haklı bir sebep oluşturmayacağını, bu farklılığın neden ve nasıl bir olumsuz etki yarattığının somut olarak ispatlanması gerektiğini belirtmiştir⁷⁹. Ancak 2013 tarihli revizyondan sonra hem doktrin hem de Federal Mahkeme, bunu bir haklı bir sebep olarak görmekte, hatta sözü edilen talepte annenin çocuğunu temsilini kabul etmektedir⁸⁰. Yargıtay ise, bazı kararlarında ana ve babanın boşanmış olup da velayet hakkının anneye bırakılmasının anneye böyle bir dava açma hakkı vermeyeceğini, bunun haklı neden teşkil etmeyeceğini, çocuğun ergin oluncaya veya kanundaki (TMK m. 27'deki) koşulları kanıtlayarak babasının soyadını değiştirmesine kadar aile soyadını taşıması gerektiğini belirtmiştir⁸¹. Ancak Yargıtay'ın bu konuda tutarlı davranmadığı görülmektedir. Çünkü bir kararında benzer durumu haklı neden olarak kabul etmiştir⁸². Doktrinde de bu yönde; anne ile çocuğun soyadlarının farklı olmasının getirdiği sorunları aşmak adına, TMK m.27'ye dayanılarak, çocuğun velayetinin kendisine verildiği ve onun tarafından fiilen bakıldığı annesinin soyadıyla değiştirilmesinin talep edilebileceği belirtilmiştir⁸³. Bu görüşü savunan bir yazar, salt velayetin annede olmasının tek başına bir haklı sebep teşkil etmeyeceğini, esas olanın çocuğun üstün yararı olduğunu, çocuk için başka kriterlerin de bulunup bulunmadığının haklı nedeninin varlığını tespit için değerlendirileceğini belirtmiştir⁸⁴. Soyadının kazanılmasını velayet hakkı kapsamında gören bir başka görüş de, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarihindeki, SK m.4/1.cümle'nin iptaline yönelik kararından sonra, boşanmış ve velayet kendisine bırakılan annenin de çocuğa kendi soyadını vermesinin velayet hakkı çerçevesinde mümkün olması gerektiğini ifade etmiştir⁸⁵. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarihli kararında, SK m.4'ün "*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*" şeklindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı talebiyle yapılan başvuruya yönelik olarak, ilgili hükmün Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu için iptaline karar vermesini göz önünde tutarak

⁷⁷ Doktrinde bir görüş, evlilik dışında doğan çocuğun, daha sonra babasıyla soybağının kurulmuş olması sebebiyle babasının soyadını taşımaya başlamasını yerinde görmeyip, velayet annesinde kaldığı sürece çocuğun annesinin soyadını taşımaya devam etmesinin yerinde olacağını ifade etmiştir. AYAN, s.77; TURAN BAŞARA, Gamze: "Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017 (131), s.227-228.

⁷⁸ BGE 109 II 179; BGE 110 II 434.

⁷⁹ BGE 121 III 145, 147-148; 124 III 401, 403; 126 III 1, 2-3; BGer 5C.163/2002, E. 2.2.2; 5C.97/2004, E.3; 5C.9/2006, E.5; 5A_624/2010, E.3.3).

⁸⁰ BGE 140 III 577; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, kn.1047.

⁸¹ Yarg.18. HD., T.21.03.2013, E.2012/13301, K.2013/4371. Benzer yönde bkz. Yarg.18. HD., T.18.06.2013, E.2013/9343, K.2013/10704; YHGK, T.25.12.2013, E.2013/18-464, K.2013/1698; YHGK, T.13.03.2015, E.2013/18-1755, K.2015/1039. Aynı yönde bkz. Yarg.18. HD., T.29.09.2016, E.2016/9861, K.2016/10849, (www.kazanci.com, E.T.:29.5.2024); YHGK, T.13.03.2015, E.2013/18-1755, K.2015/1039, (Legalbank, E.T.: 12.6.2024).

⁸² Yarg.18. HD., T.14.12.2017, E.2017/6537, K.2017/16938, (www.kazanci.com, E.T.:28.5.2024).

⁸³ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.1015; SEROZAN, Kişiler, s.483; ÖZEN, s.183-184, 185. Yarg. 2.HD., T.09.04.2018, E.2018/1306, K.2018/4719, (www.kazanci.com, E.T.:28.5.2024); AYAN, s.65,69; TURAN BAŞARA, s.223-224. Benzer yönde bkz. DEMİRBAŞ, Ali: "Boşanma Nedeniyle Velayeti Anneye Verilen Çocuğun Soyadı", *Yargıtay Dergisi*, C. 45, S. 3, Temmuz 2019, s.759.

⁸⁴ TURAN BAŞARA, s.223-224. Benzer yönde bkz. DEMİRBAŞ, s.759. Bu görüşü savunan başka bir yazar da evliliğin sona ermesi nedeniyle velayet hakkı annede olan çocuğun soyadının, mahkeme tarafından eşitlik ilkesi ve haklı nedenler göz önünde bulundurularak annesinkiyle değiştirilebileceğini ve bu konudaki belirsizliğin yapılacak bir yasal düzenlemeyle giderilebileceğini belirtmiştir. Bkz. PEHLIVAN, s.823.

⁸⁵ ODYAKMAZ, Zehra/KESKIN, Bayram: "Boşanmış Anne-Babaların Müşterek Çocuklarının Soyadı Sorunu: Bir Karar İncelemesi ve İdare Hukukuna Yansımaları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 2, 2019, s.363 vd.

değerlendirmede bulunmak gerekir⁸⁶. Doktrindeki bir görüşün de ifade ettiği gibi⁸⁷, bu karardan evlilik birliğinin sona ermesi sebebiyle çocuğun velayeti kendisine verilmiş kadının çocuğun soyadını dilediği şekilde değiştirebileceği yönünde bir sonuç çıkarmak doğru olmaz. Çünkü çocuğun soyadını kazanması, soybağı dolayısıyla TMK hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir. SK çerçevesinde soyadının kazanılması ise ilk kez soyadının kazanılması haliyle sınırlıdır⁸⁸. Ayrıca ad, anne babanın velayet hakkı çerçevesinde kazanılırken; soyadının kazanılmasında velayet hakkı değil soybağı etkindir⁸⁹. Dolayısıyla annenin, kendi-soyadıyla değiştirilmesi talebi sadece TMK m.27 kapsamında bir haklı sebep olarak değerlendirilebilir⁹⁰. Annenin bu yönde açtığı dava velayet hakkı çerçevesinde yönelttiği bir talep değil, velayet hakkına sahip annenin yasal temsil yetkisi çerçevesinde küçük çocuk adına ad değişikliği davasını açması olarak değerlendirilmelidir. Kaldı ki ileride değineceğimiz üzere, bu davayı yasal temsilcinin çocuk adına açıp açmayacağı dahi tartışmalıyken, annenin çocuğun soyadını kendi soyadıyla değiştirilmesini velayet hakkının bir gereği görmek bu açıdan da isabetli olamamaktadır.

Doktrinde bir görüş, çocuğun, kendisine bakan, koruyan, hatta bir bakıma babalık yapan ama kendisini evlatlık alamayan kişinin soyadını almak istemesinin haklı sebep oluşturacağını ifade etmiştir⁹¹. Bir görüş, annenin daha sonra başka biriyle evlenmesi halinde çocuğun annenin evlendiği kişinin soyadını taşıma talebinin, evlilik dışı doğan çocuklar bakımından haklı sebep teşkil edeceğini ifade etmiştir⁹². Bir görüş, evli olmayan çiftin çocuğunun babası tarafından tanınarak babasının soyadını taşımaya başlaması halinde, annenin de çocuğuyla aynı soyadı taşıması için soyadı değişikliği talebinin kabul edilebileceğini ileri sürmüştür⁹³.

NHK m.36/II-b.2'de, "Ad değişikliği hâlinde, nüfus müdürlüğü bu kişinin çocuklarının baba veya ana adına ilişkin kaydı, soyadı değişikliğinde ise eşin ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzeltir." hükmü bulunmaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, ergin olan çocukların bu değişiklikten etkilenebilmeleri için ayrıca talepte bulunmaları gerekmektedir. Bu durumda kanaatimizce ergin çocuğun TMK m.27 çerçevesinde talepte bulunması gerekecektir⁹⁴. Örneğin, babasının soyadı değişikliği neticesinde, kendisinin o ailenin mensubu olduğunun anlaşılması o kişinin sosyal, iş ve mesleki çevresinde zorlaşmışsa, kişinin bunu kanıtlaması için çaba sarf etmesi gerekiyorsa, hâkim bunu haklı neden olarak görebilir. Ayrıca evlenmekle edindiği soyadının önünde bekarlık soyadını kullanan evli kadının, babasının soyadını değiştirmesi üzerine, bekarlık soyadını babasının değişen soyadıyla değiştirmesi için başvurusu da aynı gerekçeyle haklı sebep olarak kabul edilebilir. Ancak sadece evlilikle edindiği soyadını kullanan evli kadının, babasının soyadının değişmesi üzerine kızlık soyadında değişim talebinde bulunması halinde, talebin reddi gerekir. Çünkü değişiklik sadece kullanılan soyadı bakımından mümkündür⁹⁵.

⁸⁶ Kararı yerinde bulan görüş için bkz. SEROZAN, Rona: "Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, (Anayasa), s.150.

⁸⁷ Bkz. İŞINTAN, Pelin: "Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012/1, s.265-279.

⁸⁸ Bkz. İŞINTAN, s.266; AYAN, s.21-22. HAVUTCU, Ayşe / KALKANCI, Yasemin: "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:6, S. 2, Aralık 2020, s.138-140.

⁸⁹ Bkz. İŞINTAN, s.266; ÖCAL APAYDIN, Bahar: "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, Yıl:2015, s.454; BAŞOĞLU, s.358 vd. Soyadının velayet hakkının bir yansıması olduğu yönünde aksi görüş için bkz. ODYAKMAZ / KESKIN, s.352.

⁹⁰ Benzer yönde bkz. ÇELEBİ, s.583, 589; BAŞOĞLU, s.358 vd.

⁹¹ GÖKTÜRK, s.159; OĞUZOĞLU, s.308-309.

⁹² GÖKTÜRK, s.159; OĞUZOĞLU, s.309; ATAAY, Şahislar Hukuku, s.202; ÖZSUNAY, s.200; ÖZTAN, Şahısın Hukuku, s.176; ÖZEN, s.188-189.

⁹³ BUCHER, kn.797. Hukukumuz bakımından aksi yönde bkz. ATAAY, Şahislar Hukuku, s.203.

⁹⁴ Aynı yönde bkz. AYAN, s.56-57.

⁹⁵ Yarg.18. HD. 2006/7684-7847, (ŞİMŞEK, s.137, dn.594).

SK'nın tanımış olduğu serbestlik sebebiyle (m.4-5,8) asıl aile adından başka bir adı soyadı olarak kabul eden kimselerin eski aile adına dönmeleri halinde de haklı sebebin varlığı kabul edilebilir⁹⁶.

gg. Ticari ve Mesleki Faaliyete İlişkin Sebepler

Bir kimsenin adının ticari/mesleki faaliyetini katlanılmaz derecede zorlaştırması hali, adın değiştirilmesinde haklı sebep teşkil edebilir⁹⁷. Örneğin, bir kimsenin aynı mesleki/ticari faaliyette bulunan bir kimseyle aynı ad ve soyadını taşıması durumu adın/soyadının değiştirilmesi için haklı sebep oluşturabilir. Benzer şekilde bir kimsenin soyadının kanun gereği değişmesi gereken hallerde; o kimsenin ticari/mesleki faaliyeti gereği önceki soyadını kullanmaya devam etmesini istemesi de haklı sebep olarak değerlendirilebilir⁹⁸. Örneğin babasının soyadının değiştiği veya düzeltildiği hallerde, çocuğun önceki soyadını kullanmakta, gösterdiği ticari faaliyetleri açısından menfaati bulunuyorsa, haklı sebebin bulunduğu kabul edilmelidir. Nitekim, kanunkoyucu da bu durumun önemini ortaya koyar şekilde, hem evlilikle soyadı değişen kadın bakımından kocasının soyadının önünde kendi soyadını kullanabileceğini (TMK m.187), hem de evliliğin boşanmayla sona ermesinde kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkimin, kocasının soyadını taşımasına izin vereceğini (TMK m.173/II) kabul etmiştir. Ancak bu hallerin TMK m.27'nin kapsamında olmadığını hatırlatmak gerekir⁹⁹.

Kişinin ticari/mesleki hayatında lakabıyla tanınması durumunda da adının lakabıyla değiştirilmesi talebi haklı sebep olarak görülebilir¹⁰⁰. Akrabası olup da aynı soyadla ticari/mesleki faaliyette bulunan kişinin hileli iflası halinde de soyadının değiştirilmesinin haklı sebebe dayandığı kabul edilebilir¹⁰¹.

hh. Soyadının 2525 Sayılı SK m.3'e Aykırı Olması

2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, "*Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edeplere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz.*" Her nasılsa kişinin bu hükme aykırı olan bir soyadını taşıması söz konusu olduysa, bu soyadına sahip kişinin soyadının değiştirilmesini TMK m.27 kapsamında talep edebilmesi mümkündür. Hatta böyle bir talepte, haklı sebebin varlığı kabul edilir. Hâkimin bu hususta haklı bir sebebin bulunup bulunmadığı yönünde bir değerlendirme yapması da gerekli değildir¹⁰².

3. Adını Değiştirmek İsteyen Kişi Talepte Bulunmalıdır

⁹⁶ FEYZİOĞLU / DOĞANAY, s.90; KÖPRÜLÜ, s.324. Bu hususa ilişkin örnek yargı kararları için bkz. ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.200, dn.19.

⁹⁷ DURAL / ÖĞÜZ, s.183; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.117-118; ŞİMŞEK, s.138; ARPACI, s.176. Örneğin ticaretle uğraşan ya da güven unsurunun önem arz ettiği bir mesleği icra eden bir kimsenin soyadının "Kurnaz", "İşinibilir/İşbilir", "Açıkgöz", "Uyanık" olması onun mesleki faaliyetini olumsuz derecede etkileyebilir. Benzer şekildeki olumsuzluğa, bir öğretmen, doktorun, hemşirenin, hastabakıcının ya da huzurevinde yaşlılarla ilgilenen bir kimsenin soyadının "Taşbağır", "Taşyürek", "Vurdumduymaz", "Umursamaz", "Rahat", olması hallerinde de rastlanır.

⁹⁸ ÖZSUNAY, s.199; ŞİMŞEK, s.139.

⁹⁹ Bkz. Yarg.2. HD., T.26.04.2007, E.2006/18362, K.2007/6832; Yarg.2.HD., T.23.03.2009, E.2008/18445, K.2009/5190, (www.kazanci.com, E.T.:25.5.2024). Doktrinde, boşanmış kadının hakim izniyle kocasının soyadını kullanmaya devam ederken, bekarlık soyadına dönmek istemesinde, artık bu değişikliğin TMK m.27'nin kapsamında olması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s.183; AYAN, s.51.

¹⁰⁰ YHGK, T.30.1.1952, 3-182-19/30, (ATAAY, İsmi Değiştirilmesi, s.503-504); AKIPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.430.

¹⁰¹ ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.175-176; ŞİMŞEK, s.139.

¹⁰² Benzer yönde bkz. CENGİZ, s.62.

Adın değiştirmesini talep hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu sebeple, kişi bu hakkını bizzat kullanmalıdır¹⁰³. Kişinin, kural olarak ayırt etme gúcüne sahip olması gerekirse de, sahip olduğu ehliyet özelliklerine göre bu davayı açıp açamayacağı ayrıca değerlendirmeye muhtaçtır.

Ayırt etme gúcüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan kişiler, bu davayı tek başlarına açabilirler¹⁰⁴; *kendilerine yasal danışman atanmış, sınırlı ehliyetli olarak ifade edilen kimselerin* de bu davayı tek başlarına açmalarına bir engel yoktur¹⁰⁵.

Sınırlı ehliyetsizlerin, yani ayırt etme gúcüne sahip küçük veya kısıtlıların adın değiştirilmesi için tek başlarına dava açıp açamayacakları ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, yasal temsilcinin bu isteme katılmasının, yani rızasına bağlı tutulmasının, çıkar durumlarına daha uygun düşeceğini belirtirken¹⁰⁶; başka bir görüş, sınırlı ehliyetsizlerin bu davayı tek başlarına açabileceklerini belirtmiştir¹⁰⁷. Kanaatimizce de ayırt

¹⁰³ HOFER, s.113, kn.367; BÜCHLER, kn.6.

TMK m.27 çerçevesinde adın değiştirilmesine yönelik olarak açılacak davalar bir vekil aracılığıyla da açılabilir. Yargıtay, böyle davalar bakımından genel vekaletnamenin yeterli olmadığını, özel bir yetki verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T.24.2.2004, E.2003/10147, K.2004/1240; Yarg.18.HD., T.17.5.2005, E.2005/4201, K.2005/5175; Yarg.18.HD., T.7.12.2006, E.2006/9533, K.2006/10225; Yarg.18.HD., T.20.11.2008, E.2008/8943, K.2008/12296; Yarg.18. HD., T.10.11.2008, E.2008/9439, K. 2008/11812, (www.kazanci.com, E.T.:05.06.2024). Aynı yönde bkz. ŞİMŞEK, s.153; CENGİZ, s.94.

NHK geçici m.11'in yürürlükte olduğu dönem bakımından da, bu hüküm çerçevesinde talepte bulunacak olan kişinin de kural olarak adının veya soyadının değiştirilmesinin talep edildiği kişi olacağı ifade edilmeliydi. İç İşleri Bakanlığı'nın "Ad ve Soyadı Değişikliği 2020/2 Genelgesi"nin birinci maddesinde de söz konusu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle ilgili kişilerin bizzat yazılı talepte bulunmasının gerekliliği, böyle bir talep olmaksızın ilgili kişilerin adının veya soyadının re'sen düzeltilmeyeceği ifade edilmişti. Ancak Genelge'nin 18'inci maddesinde "*Müracaatın bizzat ilgili kişi tarafından veya ad ve/veya soyadı değiştirilmesine yönelik bilgileri ihtiva eden vekâletnameyi ibraz eden vekili tarafından da yapılması mümkündür.*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişti. Dolayısıyla bir vekil aracılığıyla da böyle bir başvurunun yapılması mümkün kılınmıştı. Buradaki vekaletnamenin özel bir vekaletname olması gerektiği ortadır. Zira, vekaletnamenin hem ad ve/veya soyad değişikliğine yönelik olması aranmış hem de ad ve/veya soyadı değiştirilmesine yönelik bilgileri içermesi aranmıştır. Nitekim Yargıtay da yukarıda belirtildiği üzere, TMK m.27 çerçevesinde adın değiştirilmesine yönelik olarak bir vekil aracılığıyla açılan davalar bakımından da genel vekaletnamenin yeterli olmadığını, özel bir yetki verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

¹⁰⁴ Ancak konu evli bir kadın olduğunda, bu husus doktrinde ikili ayırım yapılarak değerlendirilmiştir. Evli kadının öz adını değiştirmesi söz konusuysa bunun mümkün olduğu; evlenmeyle edindiği soyadını değiştirmesi söz konusuysa bunun TMK m.187 sebebiyle mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. ÖZSUNAY, s.201; İMRE, s.841; KÖPRÜLÜ, s.325; ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.204; SAYMEN, s.172; DURAL / ÖĞÜZ, s.184; ARPACI, s.177; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.177; AYAN / AYAN, s.147; ZEVLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.385.

NHK geçici m.11 kapsamında talepte bulunacak kişinin ayırt etme gúcüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan bir kişi için bir engel olmamasına karşın, Genelge'nin 18'inci maddesinde, "*Yerleşim yeri aynı olan ailenin ergin çocukları soyadı değişikliğine ilişkin talepleri için ana ve babaları ile müracaat edebilecekler.*" şeklinde bir hükme yer verilmiş olması yerinde olmamıştır. Zira tam ehliyetli bir kimsenin, soyadı değişikliği bakımından, sanki velayet ya da vesayet altındaymış gibi ana ve babasıyla birlikte müracaat etmesini aramak, Türk Medeni Kanunu hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmekteydi. Söz konusu hak zaten kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Ayrıca Genelge'de kısıtlı kimseler bakımından bile ana-babanın iznini ararken, sözünü ettiğimiz kimseler bakımından ana-babayla birlikte müracaatı aramak da ayrı bir çelişkili durumdur.

¹⁰⁵ AYAN/AYAN, s.147; ŞİMŞEK, s.153.

¹⁰⁶ ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.204-205; ÖZSUNAY, s.201; KÖPRÜLÜ, s.324-325; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.176; DURAL / ÖĞÜZ, s.184; ZEVLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.385; ÖZTAN, Aile Hukuku, s.1016; ŞİMŞEK, s.154.

Bu görüş, adın, alay veya utanç konusu olmasına ve sınırlı ehliyetsizin değiştirme isteğine karşın yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde, aralarında bir çıkar çatışmasının bulunduğunu kabul edip bir kayyım atanması (TMK m.426) gerektiğini belirtmiştir. Bkz. KÖPRÜLÜ, s.325. Benzer yönde bkz. ÖZTAN, Aile Hukuku, s.1016.

¹⁰⁷ HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID, s.176, 204; MARDIN, s.472, 487; SAYMEN, s.172; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973, s.244; ARPACI, s.177; HELVACI, s.181; AYAN / AYAN, s.149; SEROZAN, Kişiler, s.483; CENGİZ, s.87. Benzer yönde bkz. TURAN BAŞARA, s.226-227. Ancak ivedi durumlarda yasal temsilci tarafından bu hakkın kullanılabilceği yönünde bkz. SEROZAN, Kişiler, s.483.

etme gücüne sahip olan kişinin bu davayı tek başına açabilmesi mümkün olmalıdır¹⁰⁸. Doktrinde bazı yazarlar, velayet altında olan çocukların adının ya da soyadının değiştirilmesi meselesini ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına bakmaksızın ayrıca değerlendirmiştir. Bir görüş, velayet altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebi bakımından, ergin olmayan ve anası babası evli olan çocuğun TMK m.321/1'e göre, ailenin(babasının) soyadını taşımak zorunda olması gerekçesiyle ister velayet isterse vesayet altında olsun, ergin oluncaya kadar soyadını değiştiremeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁹. Bir görüş, yerinde olarak haklı sebeplerin varlığı halinde ergin olmayan küçüğün soyadının değiştirilmesi için başvuruda bulunabileceğini¹¹⁰; yasal

¹⁰⁸ NHK geçici m.11'in yürürlükte olduğu dönem bakımından; Genelge'nin 4'üncü maddesinde Türk Medeni Kanunu'nun 405 ve 406'ncı maddelerine göre kısıtlanmış olan kişilerin başvurularıyla ilgili bir hükme yer verilmişti: "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 405 ve 406'ncı maddeleri uyarınca kesinleşmiş kısıtlama kararı bulunan kişilerin talebi, vasilerinin de ad ve/veya soyadı değişikliği talebine ilişkin yazılı izninin olması kaydıyla il ve ilçe idare kurullarınca değerlendirmeye alınacaktır.". Ancak buradaki kişilerin ayırt etme gücüne sahip olan kişiler olması gerektiği unutulmamalıdır. Genelge'nin 5'inci maddesinde ise bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olan kısıtlanmış erginler bakımından da bir düzenlemeye yer verilmişti. Buna göre TMK m.407 uyarınca kısıtlanmış hükümlülerin Cumhuriyet savcılığı kanalı ile müracaatta bulunmaları halinde vasilerinin de ad ve/veya soyadı değişikliği talebine ilişkin yazılı izninin olması kaydıyla hükümlünün talebi il ve ilçe idare kurullarınca değerlendirmeye alınacaktı. Kısıtlanmış olmamakla birlikte ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde tutuklu bulunan kişilerin de Cumhuriyet savcılıkları kanalıyla tutuklu buldukları yerin nüfus müdürlüğüne müracaatları halinde ad ve/veya soyadı değişikliğine ilişkin yazılı taleplerinin kabul edilip işleme alınacağı da Genelge'nin 7'nci maddesinde belirtilmişti. Genelge'nin 6'ncı maddesinde ise, Türk Medeni Kanunu'nun 408'inci maddesi çerçevesinde, ayırt etme gücüne sahip olup yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemeyen ve haklarında kendi istekleri üzerine verilen kesinleşmiş kısıtlama kararı olan kişilerin vasilerinin ad ve/veya soyadı değişikliği talebine ilişkin yazılı izninin olması kaydıyla dilekçelerinin kabul edilip işleme alınacağı belirtilmişti. Görüldüğü üzere Genelge'de sadece kısıtlı kimseler bakımından bir düzenlemeye yer verilmiş, ancak ayırt etme gücüne sahip ergin olmayan sınırlı ehliyetsizlerin durumuyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemişti. Ancak ayırt etme gücüne sahip küçüklük bakımından da NHK geçici m.11'in uygulanmasına bir engel olmamalıydı. Benzer yönde bkz. ÖZBİLEN, Arif Barış: "Mahkeme Kararına Dayanmayan Ad ve Soyadı Değişiklikleri (Nüfus Hizmetleri Kanunu Geçici Madde 8 Hükmüne Bir Bakış)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019, (140), s.209-210. Nitekim ayırt etme gücüne sahip küçüğün TMK m.27 çerçevesinde adın değiştirilmesini talep etme hakkına sahip olması görüşümüzle uyumlu olarak Kanun'da ya da Genelge'de de tam ehliyetsizlerin durumuyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemişti. Ancak nasıl ki tam ehliyetsizler bakımından haklı bir çıkarın bulunması halinde, yasal temsilcisinin onun adına TMK m.27'ye göre adın değiştirilmesi davası açabileceğini kabul ediyorsak, NHK geçici m.11 kapsamında da aynı kabul ile bir çözüme ulaşılabilirdi. Benzer yönde bkz. ÖZBİLEN, s.210.

¹⁰⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s.184; ŞİMŞEK, s.160-161; CENGİZ, s.94. Yargıtay'ın da bir kararında, ana ve babasının boşanmış olmasıyla velayet hakkının sadece bir tarafa bırakılmasıyla, somut olayda anneye bırakılmasıyla anneye böyle bir dava açma hakkı vermeyeceğini, böyle bir soyadı değişikliğinin çocuğun evlilik içinde doğmakla kazandığı meşru statüsüne ve onun yüksek menfaatlerine zarar vereceğini de gerekçe göstererek, çocuğun ergin oluncaya veya babasının kanundaki (TMK m.27'deki) koşulları kanıtlayarak soyadını değiştirmesine kadar aile soyadını taşıması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yarg.18.HD., T.29.09.2016, E.2016/9861, K.2016/10849; Yarg.18.HD., T.03.03.2014, E.2014/73, K.2014/3774, (www.kazanci.com, E.T.:31.5.2024). Aynı durumun, ana ve babası evli değilken doğan ve anasında kalan çocuk için de söz konusu olacağı yönünde bkz. DURAL / ÖĞÜZ, s.184.

¹¹⁰ BIRSEN, s.191. Benzer yönde bkz. ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.205, dn.34; ÖZTAN, Aile Hukuku, s.216; BAŞOĞLU, s.362-363; ÖZEN, s.193; PEHLIVAN, s.825; BİRİNCİ UZUN, Tuba: "Aile Soyadı Çıkmazı – Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s.107; ÇELEBİ, s.584-585. Yargıtay da bir kararında, çocuğun soyadının değiştirilmesi talebi bakımından, anne ve babanın boşanmış ve velayetin tek bir tarafa bırakılmış olduğu hallerde bile, bu durumun diğer tarafla ilişkisinin tamamen kesileceği anlamına gelmeyeceğinden, diğer tarafın da bu davada taraf olması ve onun da taleplerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yarg.3. HD., T.17.3.1987, 12074/2852, (ZEVLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.385); HÜRLİMANN-KAUP / SCHMID, s.205; ÖZTAN, Aile Hukuku, s.1016. Velayeti anneye bırakılan çocuğun soyadının annesinin soyadıyla değiştirilmesinde, sadece annenin talebiyle çocuğun üstün yararı gözetilerek böyle bir değişikliğin gerçekleştirilebileceğini kabul eden başka bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg.2. HD., T.09.04.2018, E.2018/1306, K.2018/4719, (www.kazanci.com, E.T.:28.5.2024). Böyle bir durumda çocuğa kayyım tayin edilmesinin gerekli olmadığı yönünde bkz. ÖZTAN, Aile Hukuku, s.1016.

temsilcinin dinlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹¹. Başka bir görüşse, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun soyadının değiştirilmesinin yasal temsilcisi tarafından talep edilebileceğini; ancak çocuğun menfaatiyle anne-babanın menfaati karşı karşıya kalabileceğinden açılan davada anne-babanın yasal temsilci sıfatıyla hareket etmesinin yerinde olmadığını, çocuğa kayyım atanması gerektiğini belirtmiştir¹¹². Doktrinde, velayet altındaki çocuğun adının değiştirilmesi bakımından, ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın, anne ve babanın birlikte hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹³. İsviçre Hukukuna göre, hukuki işlem yapma ehliyetinden yoksun olanlar bakımından yasal temsilci, bu kimse adına bu talebi yapabilecek; İMK m.270b'ye göre çocuk 12 yaşını doldurmuş ise, onun da onayı gerekli olacaktır¹¹⁴. Kanaatimizce çocuğun ister adının ister soyadının değiştirilmesi talebi bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu sonucuna ulaşıyorsak, kendisinin bu davayı tek başına açabileceğinin; ayırt etme gücüne sahip olmadığı durumlar bakımından haklı bir çıkarın bulunması şartıyla yasal temsilcisinin onun adına bu davayı açabileceğinin kabulü yerinde olacaktır. Ayrıca bu talebin, salt velayet hakkı çerçevesinde haklı sebebe dayandığını kabul etmek uygun olmayacağı gibi, ad veya soyad bakımından bir ayırım yapılarak konuyu ele almak da yerinde olmayacaktır. Neticede ayırt etme gücüne sahip olmayan bir çocuğun adının veya soyadının değiştirilmesi için TMK m.27'deki şartların varlığına kanaat getirilmesi halinde, bu davayı velayet hakkının tek bir tarafa bırakılmış olması sebebiyle yasal temsilci sıfatına sahip olan anne ya da baba; birlikte velayet söz konusuysa anne ve babanın birlikte açması koşulunun da aranmış olması gerekecektir.

Tam ehliyetsizler, yani ayırt etme gücüne sahip olmayanlar bakımından haklı bir çıkarın bulunması halinde, yasal temsilcisinin onun adına dava açabileceği doktrinde kabul edilmektedir¹¹⁵. Gerçekten de medeni hukuka, hatta kişiler hukukuna hâkim ilkelerden biri olan genellik ve eşitlik ilkesi çerçevesinde, aksi bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Aksi durumda kişinin hak ehliyetine sahip olamaması şeklinde bir sonuç doğacaktır ki, bu hukuk düzeninin istediği bir sonuç olmayacaktır.

4. Adın Değiştirilmesine Hâkim Karar Vermelidir

TMK m.27'ye göre adın değiştirilmesi için gerekli olan bir koşul da hâkimin haklı nedenin varlığı konusunda takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirmede bulunarak karar vermesidir. Bu husus, kanunda açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla TMK m.27'ye göre adın değiştirilmesi sadece dava yoluyla mümkündür¹¹⁶.

743 sayılı Medeni Kanunu'nun 26'ncı maddesinde, adın değiştirilmesi isteminin kime yöneltileceği açık olmamasına rağmen, doktrinde, adın değiştirilmesi amacıyla başvurulacak ve haklı nedenin bulunup bulunmadığı takdir edecek makamın mahkeme olacağı; bu mahkemenin de (o tarih için yürürlükte olan) 1587

¹¹¹ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.216; ÖZEN, s.194.

¹¹² TURAN BAŞARA, s.227. Benzer yönde bkz. ÖZEN, s.193-194.

¹¹³ ÖZSUNAY, s.202; İMRE, s.841-842; ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.385; Yarg.18.HD., T.12.12.2011, E.2011/9929, 2011/12617, (www.kazanci.com, E.T.:31.5.2024). Uyuşmazlık halinde babanın görüşüne üstünlük tanınması gerektiği yönünde bkz. ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.177. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, küçüğün öz adının değiştirilmesinde, anne ve baba boşanmış olsalar bile, içlerinden birinin nerede olduğunun bilinmemesi durumu yoksa birlikte hareket etmeleri gerektiğini belirtmiştir. Bkz. BGE 89 I 153, (DURAL / ÖĞÜZ, s.184, dn.539).

¹¹⁴ HOFER, s.113, kn.367; BÜCHLER, kn.6. Yargıtay'ın benzer yönde bir kararı için bkz. Yarg.HGK, T.8.12.2010, E.2010/18-643, K.2010/648, (Legalbank, E.T.: 13.10.2022).

¹¹⁵ HRUBESCH-MILLAUER / BOSSHARDT, s.19; ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.206; ATAAY, İsmi Değiştirilmesi, s.508; İMRE, s.841; ÖZSUNAY, s.201; SAYMEN, s.172; KÖPRÜLÜ, s.325; DURAL/ÖĞÜZ, s.184; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.122; ARPACI, s.177; ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.385; HELVACI, s.181; ÖZTAN, Aile Hukuku, s.1016; ŞİMŞEK, s.155.

¹¹⁶ 743 sayılı Medeni Kanunu'nun 26'ncı maddesinde adın değiştirilmesi talebinin hangi makama yöneltildiği konusunda bir açıklık bulunmamaktaydı. İlgili hükümde sadece haklı sebeplere dayanarak bir kimsenin adının değiştirilmesini isteyebileceği belirtiliyordu. Bu noktada bir yargı merciinin mi yoksa Kanun'un iktibas edildiği İsviçre'deki gibi idari bir makamın mı yetkili olduğu sorusu ortaya çıkıyordu. Bu husus doktrinde tartışılmış olmakla birlikte bir görüş, yargı merciin yetkili olduğunu kabul etmekteydi. Bkz. MARDİN, s.473-477; ATAAY, İsmi Değiştirilmesi, s.499-500.

sayılı 5.5.1972 tarihli Nüfus Kanunu'nun 46/1'nci maddesindeki hükmün¹¹⁷ örneksene yoluyla uygulanmasıyla ilgilinin oturduğu yer (konutunun bulunduğu yer) asliye hukuk mahkemesi olacağı ifade ediliyordu¹¹⁸.

743 sayılı Kanun döneminde, hatta 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.10.2011 tarihine kadar, çekişmesiz yargıya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. 1.10.2011 tarihinden itibaren çekişmesiz yargı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) (m.382-388) yasal olarak düzenlenmiş oldu. Ad ve soyadın değiştirilmesi, HMK m.382/II-b.a2'de, kişiler hukukundaki çekişmesiz yargı işleri kapsamında sayıldı¹¹⁹. HMK'da çekişmesiz yargı, dokuzuncu kısımda düzenlendi; bu kısımda görevli ve yetkili mahkemelerin neresi olacağı belirtildi. Buna göre, çekişmesiz yargı işlerinde aksine başka bir kanuni düzenleme olmadığı sürece, sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağı (HMK m.383); talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olacağı (HMK m.384) belirtilmiş oldu. Nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin nüfus davalarını düzenleyen NHK m.36/1-b.a'daki "Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcılar tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır..." hükmün, hükmün kaleme alınış şekline ve sistematüğinden dolayı TMK m.27'ye göre açılacak adın değiştirilmesi davaları bakımından görevli ve yetkili mahkemeyi düzenlemiş olduğu söylenemez. Bu sebeple, adın değiştirilmesine ilişkin olarak açılan davalarda görevli ve yetkili mahkemenin, özel olarak başka bir kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle, HMK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde belirleneceği, bu kapsamda görevli ve yetkili mahkemenin talepte bulunan kişinin oturduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesi olacağı belirtilmelidir¹²⁰.

¹¹⁷ "Bölüm 9/Kayıt Düzeltmeleri

Madde 46/1- Yaş, ad, soyadı ve diğer kayıt düzeltme davaları ilgilinin oturduğu yer asliye hukuk mahkemesinde Cumhuriyet savcısı ve nüfus baş memuru veya nüfus memuru huzuruyla görülür ve karara bağlanır.

¹¹⁸ İMRE, s.840; FEYZİOĞLU / DOĞANAY, s.91; ÖZSUNAY, s.200-201; KÖPRÜLÜ, s.326-327; ARPACI, s.176; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.176; ZEVLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.384. Farklı gerekçeyle aynı yönde bkz. ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.197-198, 207. Gerekçe göstermeksizin aynı yönde bkz. HIZ/YÜKSEL, s.16.

¹¹⁹ Böyle bir hükme rağmen, doktrinde bir görüş, adın değiştirilmesi davasının çekişmeli yargıya ya da çekişmesiz yargıya ait olacağı konusunda doktrinde görüş birliğinin bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.430-431. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili düzenlemesinden önce ileri sürülen bir görüşte, söz konusu bu davanın, çekişmesiz yargı yoluyla görülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. TEKİNAY, s.244; ZEVLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.386. Aksi yönde bkz. ŞİMŞEK, s.150, 156.

¹²⁰ Aynı yönde bkz. ZEYTİN / ERGÜN, s.99; Yarg.17. HD., T.17.10.2012, E.2012/6345, K.2012/11271; Yarg.17. HD., T.17.10.2012, E.2012/11283, K.2012/11293, (www.kazanci.com, E.T.:31.5.2024). Yargıtay'ın şu kararından da görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olacağını kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bkz. Yarg.HGK, T.26.02.2014, E.2013/17-2405, K.2014/191, (www.kazanci.com, E.T.:31.5.2024). Ancak doktrinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra dahi, herhangi bir kanuni dayanak ve gerekçe gösterilmeksizin bazı yazarlarca yetkili ve görevli mahkemenin davacının yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesi olduğu ifade edilirken (bkz. DURAL / ÖĞÜZ, s.184; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.430; KILIÇOĞLU, s.451); bazı yazarlarca da Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36'nci maddesinin birinci fıkrası gereği yetkili ve görevli mahkemenin davacının yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesi olduğu ifade edilmektedir (bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.121; AYAN / AYAN, s.149; PÜRSELİM ARNING, s.277-278; ÖZBİLEN, s.197.). Yargıtay, velayeti kendisine bırakılan annenin çocuğun soyadının kendi soyadıyla değiştirilmesine ilişkin açtığı davaya bakmakla görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Yarg.8. HD., T.20.02.2018, E.2017/6836, K.2018/2500; Yarg.8. HD., T.16.03.2017, E.2017/1124, K.2017/3787, (www.kazanci.com, E.T.:29.5.2024). Aynı yönde görüş için bkz. PEHLIVAN, s.823-824. Ancak kanunda bu hususta açıkça bir düzenleme bulunmamasına rağmen böyle bir sonuca varmak yerinde değildir. Bilakis kanunda adın değiştirilmesi davaları çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmiş ve görevli mahkeme de açıkça düzenlenmiştir. Kanunun açık hükmüne rağmen, kanuni dayanağı olmayan bir istisna oluşturmak kanaatimizce yerinde değildir.

Kişinin cinsiyet değiştirmesi halinde ise, Türk Medeni Kanunu'nun 40'inci maddesinin son fıkrasındaki "Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir." şeklindeki hükümde, cinsiyet değişikliği halinde mahkemece gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Öncelikle burada nüfus sicilinde yapılacak bir düzeltmeden söz edildiği için, görevli-yetkili mahkemenin ne olacağı ve yargılamanın nasıl olacağı konusunda uygulanması gereken hukuki düzenleme, Nüfus

Adın değiştirilmesi davasına nüfus müdürünün veya görevlendireceği nüfus memurunun katılıp katılmayacağı konusu açıklığa kavuşturulmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, NHK'ya göre adın değiştirilmesine ilişkin davalar, nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzurunda görülür ve karara bağlanır¹²¹. Katıldığımız diğer görüşe göre ise, NHK m.36'daki "Kayıt düzeltme davaları nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır." hükmü adın düzeltilmesi davasına ilişkindir. Adın değiştirilmesi davasında, nüfus müdürünün veya görevlendireceği nüfus memurunun hazır bulunmasına gerek yoktur¹²².

Konu, cumhuriyet savcılarının bakımından da değerlendirilmeye muhtaçtır. Zira "Nüfus Davaları" başlıklı NHK m.36/1-b.a'ya göre "Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcılarının tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır. Kayıt düzeltme davaları nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır." düzenlemesine göre, nüfus kaydı düzeltme davalarının ilgili şahıs ile ilgili resmî dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcılarının tarafından da açılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi, nüfus kaydı düzeltilmesi kapsamında adın düzeltilmesi ile adın değiştirilmesi farklı talepleri içeren farklı davalardır. Dolayısıyla bu davaların Cumhuriyet savcısı tarafından açılmayacağı ve katılımının gerekli olmadığı belirtilmelidir¹²³. Kaldı ki, kayıt düzeltme davalarının da 31/3/2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanun'un 31'inci maddesiyle, Cumhuriyet savcısının huzurunda görülüp karara bağlanacağı yürürlükten kaldırılmıştır.

C. Adın Değiştirilmesi Davasının Birden Çok Kez Açılıp Açılmayacağı

Kişinin ad değişikliğinden pişmanlık duyması, yeniden adın değiştirilmesi için haklı sebep oluşturmaz¹²⁴. Ancak daha önce değiştirmiş olduğu adına ilişkin yeni bir haklı sebebin ortaya çıkması halinde,

Hizmetleri Kanunu'nun 36'ncı maddesinin birinci fıkrası olacaktır. Bu kapsamda da görevli ve yetkili mahkemenin düzeltmeyi isteyen kişinin yerleşim yerindeki asliye hukuk mahkemesi olacağı söylenebilir. Yine Kanun'un 40'inci maddesinde, gerekli düzeltmeden söz edildiği için, bu düzeltmenin cinsiyet değişikliği sebebiyle yapılması gerekli olan herhangi bir düzeltme olabileceği; dolayısıyla bunun kapsamına cinsiyetin kız yerine erkek ya da erkek yerine kız olarak düzeltilmesi halinin girebileceği gibi, cinsiyet değişikliği sebebiyle kişinin cinsiyet değişikliği öncesi belli bir cinse ait bir adı taşıması sebebiyle değiştirdiği cinsiyetine uygun olan bir adla değiştirilmesi talebinin de gireceği ifade edilmelidir. Neticede kişinin Türk Medeni Kanunu'nun 40'inci maddesine göre talep edebileceği gerekli düzeltmelerin, adının değiştirilmesi halini de kapsayacağı ve her iki hususun birlikte talep edilmesi halinde, görevli ve yetkili mahkemenin Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36'ncı maddesi kapsamında belirleneceği, dolayısıyla böyle bir durum için, adın değiştirilmesi davasının görevli ve yetkili mahkemesinin, genel kuraldan farklı olarak ilgilinin yerleşim yerindeki asliye hukuk mahkemesi olacağı ifade edilebilir. Ancak cinsiyet değişikliğine ilişkin olarak gerekli düzeltmenin yapılmasına ilişkin talepler sözünü ettiğimiz mahkemede ileri sürülürken, adın değişikliği konusunda bir talepte bulunulmamış olursa; kişinin daha sonra adının değiştirilmesine yönelik açacağı davanın görevli ve yetkili mahkemesinin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun daha önce sözünü ettiğimiz hükümleri çerçevesinde belirlenmesi yerinde olacaktır.

¹²¹ ÖZSUNAY, s.202; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.177; DURAL/ÖĞÜZ, s.184; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.122; HELVACI, s.179-180; AYAN / AYAN, s.149; ŞİMŞEK, s.156; CENGİZ, s.84-85; HIZ / YÜKSEL, s.16. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, T.16.12.1983, E. 1983/3-601, K. 1983/1340, (Legalbank, E.T.:13.6.2024); Yarg.18. HD., T.21.12.2009, E.2009/8811, K.2009/12227, (www.kazanci.com, E.T.:25.5.2024).

¹²² ÖNDER, Âkil: "Öz Adla Soyadının Değiştirilmesi Davalarıyla Öz Ad, Soyadı ve Yaş ve Kayıt Tashihi Davalarının Mahiyetleri ve Mukayeseleri", Adalet Dergisi, Yıl:39, S. 6, Haziran 1948, s.655; ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.207; TEKİNAY, s.244; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.431. Savcı ve nüfus memurunun davaya katılmasından büyük bir yarar beklendiğinin söylenememesi gerekçesiyle benzer yönde bkz. ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.386.

¹²³ Aksi yönde bkz. ŞİMŞEK, s.158; CENGİZ, s.84-85.

¹²⁴ Yarg.18. HD., T.8.5.2000, E. 2000/5118, K.2000/5496, (Legalbank, E.T.:13.6.2024); AYAN / AYAN, s.150. Yargıtay, soyadını değiştiren bir kimsenin sonradan, bu soyadının yadırganması ve üzüntüye sebep olması sebebiyle açtığı ikinci değişiklik davasının reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T.8.5.2000, E. 2000/5118, K.2000/5496, (Legalbank, E.T.:13.10.2022). Ancak sonraki kararlarına bakıldığında aksi yönde bir tutum da sergilediği

aynı adın değiştirilmesine ilişkin yeni bir dava daha açması mümkündür¹²⁵. Daha önce adının değiştirilmesi için dava açan kişinin daha sonra soyadının değiştirilmesi için dava açabileceği evleviyetle kabul edilmelidir¹²⁶.

D. Adın Değiştirilmesinin Sonuçları

Hâkimin adın değiştirilmesine karar vermesiyle iki sonuç gerçekleşir: Değiştirilmesini talep eden kişinin o güne kadar kullanmakta olduğu adını terk ederek yeni adını taşımaya hak kazanması ve nüfus kütüğündeki kaydın buna uygun olarak değiştirilmesi.

TMK m.27/II'de, adın değiştirildiğinin nüfus siciline kayıt ve ilân olunması gerektiği belirtilmiştir. Ancak 16.5.2024 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararından görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 13 ve 20'nci maddelerine aykırı olması sebebiyle, hükümdeki "ilan" ve "ve" ibareleri kararın yayımlandığı tarihten itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmek üzere iptal etmiştir. Bu iptal hükmü, kişisel verilerin korunması çerçevesinde haklı görülebilir. Kaldı ki, ilan edilmesinin aynı maddede belirtilmiş

görülmektedir. Bkz. Yarg.18. HD., T.27.5.2002, E.2002/3480, K.2002/6028; Yarg.18. HD., T.20.1.2003, E.2002/11187, K.2003/48, (Legalbank, E.T.:13.6.2024). Yargıtay, babanın açtığı soyadı değişikliği davasıyla ergin olmayan çocuğun da soyadının değişmiş olması sebebiyle, o çocuğun ergin olduktan sonra soyadının değiştirilmesi için dava açamayacağını; buna NHK m. 36/I-b.b'nin izin vermeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Yarg.HGK, T.02.07.2008, E.2008/18-471, K.2008/478. Aynı yönde bkz. Yarg.18. HD., T.15.03.2007, E.2007/1477, K.2007/2335; Yarg.18. HD., T.28.02.2008, E.2008/834, K.2008/2176, (www.kazanci.com, E.T.:26.5.2024). Ancak adın düzeltilmesi ile değiştirilmesini eş anlamlı kabul eden Yargıtay'ın gerekçesi yerinde değildir. Çünkü söz konusu kanunun ilgili hükmü adın düzeltilmesi davalarına ilişkin getirilmiş bir düzenlemedir. Uyuşmazlık konusu adın düzeltilmesi olarak kabul edilse bile, söz konusu Hukuk Genel Kurulu kararının karşı oyunda da belirtildiği gibi her bir kişi ayrı ayrı değerlendirilmeli, babanın soyadını değiştirmesiyle bundan etkilenen ergin olmayan çocuğun soyadını artık değiştiremeyeceği gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Koşulları gerçekleşmişse çocuğun da daha sonra soyadının değiştirilmesi talebinde bulunabilmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca Yargıtay'ın kararlarına gerekçe kabul ettiği NHK m. 36/I-b.b'deki "Aynı konuya dair olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir" şeklindeki hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin 30.03.2012 tarihli 2011/34-48 sayılı kararıyla iptal edilmiş, iptal kararının 06.10.2012 tarihli 28433 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla, yürürlükten kalkmıştır. Hatta daha sonra 3.11.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7039 sayılı 19.10.2017 tarihli Nüfus Hizmetleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile ilgili bent değiştirilerek, haklı sebeplerin bulunması hâlinde aynı konuya ilişkin düzeltme yapılmasının hâkimden istenebileceği açıkça düzenlenmiştir. Böyle bir değişiklikten sonra Yargıtay'ın adın değiştirilmesi davalarının ikinci kez açılabilmesinin mümkün olduğu kanısında olduğu söylenebilir. Bkz. Yarg.8. HD., T.14.12.2017, E.2017/6311, K.2017/16881, (www.kazanci.com, E.T.:29.5.2024). Yargıtay'ın ilkinde idari bir işlemle değişmiş olmasını gerekçe gösterdiği aksi yöndeki kararı için bkz. Yarg.18. HD., T.25.06.2012, E.2012/7290, K.2012/7896, (www.kazanci.com, E.T.:31.5.2024).

¹²⁵ ÖNDER, s.656; ATAAY, İsmi Değiştirilmesi, s.514. Nitekim Yargıtay da bir kararında, cinsiyet değiştirmeden önce adını değiştiren bir kimsenin cinsiyet değişikliğinden sonra adının değiştirilmesi talebini kabul etmiş, hatta yerel mahkemenin böyle bir durumda adın değiştirilmesi davasının bir kereden fazla açılmayacağı gerekçesiyle talebi reddetmesini de yerinde görmemiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T.01.12.2008, E.2008/116488811, K.2008/12671, (www.kazanci.com, E.T.:25.5.2024). Yargıtay vatandaşlığını değiştiren bir kimsenin idari bir işlemle adının da değiştirilmesi halinde, bu kişinin adının değişmesinin; öncesinde yargı kararına değil de idari bir işleme dayanması sebebiyle daha sonra adının değiştirilmesine ilişkin dava açabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yarg.18. HD., T.07.05.2007, E.2007/3215, K.2007/3939, (www.kazanci.com, E.T.:26.5.2024).

NHK geçici m.11 çerçevesindeki taleplerin bir defayla sınırlandırıldığı Genelge'nin üçüncü ve 16'nci maddesinden anlaşılmalıydı. Ancak Genelge'nin 16'nci maddesinde, 7039 sayılı Kanunla getirilen (yani NHK geçici m. 8 çerçevesindeki) değişiklik kapsamına girmediği için reddedilen; genel ahlaka uygun olmayan ve toplum tarafından gülünç karşılandığı değerlendirilen adların değiştirilmesine yönelik taleplerin il ve ilçe idare kurulları tarafından yeniden değerlendirileceği belirtilmişti.

¹²⁶ Yarg.18. HD., T.06.05.2008, E.2008/3994, K.2008/5513, (www.kazanci.com, E.T.:26.5.2024). Benzer yönde bkz. ŞİMŞEK, s.135.

itiraz hakkına ilişkin doğrudan bir etkisi de bulunmamaktadır¹²⁷. Zira, itiraz için kişilere tanınmış bir yıllık süre, nisbi nitelikte olup, işlemesi kişilerin öğrenmesine bağlı tutulmuştur.

Adın değişmesi halinde, kişinin kişisel durumunda bir değişiklik olmaz (TMK m.27/III). Örneğin, bu kimsenin ad değişikliğiyle cinsiyetinin değiştiği anlamını ve sonucunu çıkarmak mümkün değildir¹²⁸.

Ad değişikliği hâlinde, nüfus müdürlüğü bu kişinin çocuklarının baba veya ana adına ilişkin kaydı, soyadı değişikliğinde ise eşin ve ergin olmayan çocukların soyadını düzeltir (NHK m.36/I-b.b)¹²⁹. Evli olmayan kadının soyadını değiştirmesi halinde de, evlilik dışında doğan ve ergin olmayan çocuklarının da soyadının değişeceği belirtilmelidir¹³⁰.

E. Adın Değiştirilmesine İtiraz

Adın değiştirilmesinden zarar gören, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir (TMK m.27/IV)¹³¹. Bu dava, değişikliğe karar veren mahkemede açılır¹³² ve adını değiştirene yöneltilir¹³³. İtiraz edenin ad değişikliğinden zarara uğrayıp uğramadığını hâkim takdir eder¹³⁴.

İtirazın haklı görülmesi halinde, adı değişen kişi, tekrar eski adına döner. Ancak bu durumda kişinin yeni bir başvuruya yeni bir ad alması mümkün olmalıdır¹³⁵. Hatta bu durumda, önceki yargılamada adın değiştirilmesinin haklı sebebe dayandığı kabul edilmiş olduğundan, yeni başvuruda hâkimin tekrardan haklı sebebin varlığı konusunda araştırma yapmasına gerek olmadığı gibi haklı sebebin bulunmadığını kabul ederek başvuruyu reddetme gibi bir yetkisinin de bulunmaması gerekir.

Adın değiştirilmesinden zarar görme olgusu ve kimin zarar görebileceği açıklığa kavuşturulması gereken konulardır. Hatemi'ye göre zarar görme, TMK m.26/II kapsamında yorumlanmalı, bu ad değişikliğiyle

¹²⁷ Ad değişikliğinden zarar görebilecek olan kişilerin bilgilendirilmesinin ilanın bir diğer amacı olduğu yönünde bkz. CENGİZ, s.110.

¹²⁸ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.432; ŞİMŞEK, s.171.

¹²⁹ Doktrinde bir görüş, bu değişikliğin ergin çocukları da etkilemesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. İMRE, s.842. Doktrinde, kadının haklı ve ciddi sebeplere sahip olması halinde, bu değişiklikten bir kaçınma hakkına sahip olabileceği ifade edilmiştir. Bkz. MARDİN, s.480. Doktrinde ayrıca, boşanmadan sonra çocuğun velayetinin anneye bırakıldığı ve babanın da TMK m.27'ye göre soyadının değiştiği durumlarda, çocuğun da soyadının değiştirilmesi talebine yönelik karar verilemeden önce annenin dinlenilmesi gerektiği, çocuğun soyadının değişmemesi için haklı sebeplerin varlığı halinde, babanın soyadındaki değişimin çocuğunkine etkili olmamasına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ÖZTAN, Aile Hukuku, s.1017. Kanaatimizce velayetin anneye bırakılması NHK m. 23/I, b'deki sonucun uygulanmasını engelleyemeyecektir. Babanın velayeti olmasa da soyadı, soybağı sebebiyle kazanıldığı için, babanın soyadı değişikliği ergin olmayan çocukları da etkileyecektir. Daha sonra çocuk, ayırt etme gücüne sahip olup olmaması duruma göre tek başına veya yasal temsilci aracılığıyla, değişen soyadının tekrar değiştirilmesini TMK m.27'deki şartların da sağlanması halinde talep edebilecektir.

¹³⁰ DURAL / ÖĞÜZ, s.184.

¹³¹ 743 sayılı Medeni Kanun'un ilgili hükmünde de sürenin öğrenmeden itibaren başlayacağını açıkça öngörülmesine rağmen bir yıllık sürenin ad değişikliğinin ilanından başlayarak hesap edileceği yönünde bkz. ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.388. Aynı dönem için bu düşüncenin aksi yönünde ve kanunun lafzıyla uyumlu yönde görüş için bkz. ARSEBÜK, s.256; SAYMEN, s.174; ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.208. Usul ekonomisi düşüncesiyle, adın değiştirilmesi davasına müdahale ile de itirazın gerçekleşebileceği yönünde bkz. CENGİZ, s.114.

¹³² ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.209; ÖZSUNAY, s.203; SAYMEN, s.174; DURAL / ÖĞÜZ, s.185; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY Özdemir, s.123; ARPACI, s.178; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.178; HELVACI, s.182; AYAN / AYAN, s.150; ZEYTİN / ERGÜN, s.99. İtiraz davasında da nüfus memurunun ve savcının hazır bulunması gerektiği yönünde bkz. ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.178; CENGİZ, s.115-116.

¹³³ Adını değiştiren kimsenin ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi halinde itiraz davasının adını değiştirenin mirasçılara karşı açılacağı yönünde bkz. ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.178.

¹³⁴ ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.208; ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.388; HELVACI, s.182.

¹³⁵ SAYMEN, s.174.

davacının adının haksız olarak kullanılmasına hukuki destek sağlandığı sonucuna varılmalı, dolayısıyla TMK m.2/II'ye uygun nihai hükme varılmalıdır; yoksa, örneğin “Ben yakın çevremde Ökkeş adını duymak istemiyorum, benim toplumdaki itibarımı bozuyor, zarar veriyor.” gibi bir gerekçeyle bir kardeşin “Seçkin” iken “Ökkeş” olan kardeşinin ad değişikliğine itirazı kabul edilmemelidir¹³⁶. Akipek/Akintürk/Ateş de, bu davanın ad üzerindeki hakkın korunması amacına yönelik olduğunu ifade etmiştir¹³⁷. Bu görüşe göre, bu davanın davacısı, değişmiş ad üzerinde hakkı olan ve bu değişiklikten dolayı zarar görmüş olan kimse olacaktır¹³⁸. İsviçre Federal Mahkemesi ise, sadece değiştirilen yeni adla aynı veya benzer adı taşıyanların zarar gören kimse olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmüştür¹³⁹. Doktrinde bir görüş, zarar gören kimsenin, o ismi taşımayan bir aile mensubu olabileceğini belirtmiştir¹⁴⁰. Hâkim adın değiştirilmesinden kimlerin zarar gördüğünü somut olayın şartlarına göre takdir edecektir. Biz de buradaki zarar görmenin ilk görüşte belirtildiği gibi dar değil, geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, adın değişikliği gerçekte olmayan bir bağın var olduğu algısı oluşturuyorsa veya karışıklığa yol açıyorsa, nasıl ki adın değiştirilmesi için bu hususlar haklı bir sebep teşkil ediyorsa, aynı zamanda değişiklikten zarar görülmesi sonucunu da doğurabilir¹⁴¹. Kocasının soyadını taşıyan ve o adla tanınan evli kadının, kocasının soyadını değiştirmesiyle artık yeni bir soyadı taşıyacak olmakla, önceki soyadla kazanmış olduğu tanınırlığı ve saygınlığı kaybetmesi, zarara uğramasına bir örnektir¹⁴². Bu kapsamda, değiştirilen adın kendisine ait olduğunu ve zarar gördüğünü iddia eden kişinin de itiraz hakkının olabileceği ifade edilmelidir¹⁴³.

Zararın varlığıyla ilgili olarak doktrinde bir görüş, mutlaka bir zararın meydana gelmiş ve ispatlanmış olması gerektiğini ararken¹⁴⁴; başka bir görüş, adın değişikliğinden kaynaklanan zararın mevcut bir zarar olabileceği gibi gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir zarar da olabileceğini ifade etmiştir¹⁴⁵. Zararın büyüklüğü ve türüyle ilgili olarak doktrinde bir görüş, bu değişiklikten dolayı önemli bir zarar görmeyi aramaktadır ve bu zararın maddi ya da manevi nitelikte olabileceğini ifade etmektedir¹⁴⁶. Doktrinde başka bir görüş de önemli bir zararın mevcudiyetini aramadan bu zararın maddi menfaatlerle ilgili olabileceği gibi ailevi veya duygusal sebeplerle de gerçekleşebileceğini ifade etmiştir¹⁴⁷.

Zarara uğrayan ve böylece itirazda bulunan kimseyle ilgili olarak; adın değişikliğinden zarar görmeyen kimsenin çıkarını ilgilendirmedeği halde, kendisi dışında birini zarara soktuğu ya da adın değiştirilmesi için haklı bir nedenin bulunmadığı gibi başka nedenleri ileri sürerek itirazda bulunması mümkün değildir¹⁴⁸. İtiraz eden kişi, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir¹⁴⁹.

¹³⁶ HATEMI, Hüseyin: Kişiler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 6. Baskı, İstanbul 2017, s.88, kn.11. Benzer yönde bkz. ŞİMŞEK, s.170.

¹³⁷ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.432.

¹³⁸ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.432.

¹³⁹ BGE 76 II 337.

¹⁴⁰ SAYMEN, s.173.

¹⁴¹ Benzer yönde bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.123.

¹⁴² ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.388; HIZ / YÜKSEL, s.17.

¹⁴³ ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.388.

¹⁴⁴ İMRE, s.844; ÖNDER, s.655. Zararın mevcut olması gerektiği yönünde benzer görüş için bkz. FEYZİOĞLU / DOĞANAY, s.91; SAYMEN, s.174; ÖZTAN, Şahıs Hukuku, s.178.

¹⁴⁵ OĞUZOĞLU, s.309; ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.208; ATAAY, İsmi Değiştirilmesi, s.511.

¹⁴⁶ ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.388; CENGİZ, s.113-114.

¹⁴⁷ OĞUZOĞLU, s.309. Benzer yönde bkz. ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.208.

¹⁴⁸ İMRE, s.844; ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s.388.

¹⁴⁹ ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.208, dn.42; BÜCHLER, Art.30, kn.8; BÜCHLER / FREI, ZGB Art.30, s.118; HRUBESCH-MILLAUER / BOSSHARDT, s.144.

II. TMK M. 27 HÜKMÜNÜN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ İHTİYACININ GEREKÇELERİ

A. Ad Değişikliği Konusunda Toplumun Esneklik Beklentisi ve Bu Beklentinin Mevzuata ve Uygulamaya Yansımaları

TMK m.27'yle ilgili olarak, hâkimin haklı sebep kavramına yönelik takdir yetkisinin sınırlarının ne olacağı, kişinin adını değiştirme hakkını kaç kez kullanabileceği, davacı tarafta kimlerin yer alabileceği, adın değiştirilmesinden zarar görenin kim olacağı ve zarar görmekle neyin kastedildiği, adın düzeltilmesi talebinden farklarının neler olduğu gibi konular yukarıda da görüleceği üzere açıklanmaya muhtaçtır. Ayrıca, doktrin ve uygulama, adın değiştirilmesi ölçütlerini sıkı koşullar altında değerlendirme, özellikle haklı sebep kavramını çok dar yorumlama eğilimindedir.

Açıklanmaya muhtaç birçok konu bulunmaktayken; ayrıca doktrin ve uygulama tarafından adın değiştirilmesi sıkı koşullar altında değerlendirilmekteyken; kanunkoyucu, 3.11.2017'de yürürlüğe giren 19.10.2017 tarih ve 7039 sayılı Kanunla (NHK'da yapılan değişiklikle eklenen geçici m.8 ile) adın değiştirilmesine yönelik bir kolaylık getirmişti. Bu kolaylık, adın idari bir kararla pratik bir şekilde değiştirilmesini sağlayan bir imkânın kabul edilmesiydi. Sanıyoruz ki, adın değiştirilmesi taleplerindeki yoğunluğun mahkemelerin iş yükünü ağırlaştırması karşısında bu yükü hafifletmek gayesiyle bu imkân kabul edilmişti. 3.11.2019 tarihinde bu hükmün uygulaması sona erecekken, 24.12.2019 tarihinde yürürlüğe giren 6.12.2019 tarihli 7196 sayılı Kanun'un 61'inci maddesiyle NHK'ya eklenen geçici m.11 ile üç yıl daha uzatıldı ve bu sürenin üç yıl daha uzatılması konusunda Cumhurbaşkanı yetkili kılındı; hatta hükmün uygulama kapsamı daha da genişletildi. Buna göre, geçici m.8 ile soyadı değişikliği konusunda il/ilçe idare kurullarının sadece SK m.3 hükmü çerçevesinde bir takdir yetkisinin bulunduğu söylenirken; bu kurulların geçici m.11 ile takdir yetkisine sahip olduğu hususlar daha da genişletilmişti. Şöyle ki bu kurullar, genel ahlaka uygun olmayan, toplum tarafından gülünç karşılandığı değerlendirilen ad ve soyadlarını da değiştirmeye yetkili; yani bu hususta takdir yetkisine sahip kılınmışlardı.

Bu hükümlerle, istisnai olarak kabul edilen adın değiştirilmesi uygulamasının kapsamı, idari bir kurulun da bu konuda yetkili kılınmasıyla, genişletilmişti. Bu düzenlemenin de yürürlükte olduğu dönem bakımından, adın-soyadının değiştirilmesinde, her iki hukuki düzenlemenin de (TMK m.27/NHK geçici m.11) kapsamına girdiği ölçüde, bunu talep eden kişinin seçebileceği iki ayrı hukuki imkân bulunuyordu. Dolayısıyla, NHK geçici m.11, yürürlükte olduğu dönem bakımından, TMK m.27'nin uygulanmasını engellemiyordu; kişinin talebi, NHK geçici m.11'in uygulama kapsamında olsa dahi, bu değişikliği TMK m.27'ye göre hâkimden talep etmesi de mümkündü¹⁵⁰. Ancak buna rağmen, geçici m.8 ve 11'in yürürlükte olduğu dönem bakımından kişinin taleplerinin NHK çerçevesinde ileri sürüldüğü göz önünde bulundurulduğunda, bu dönem bakımından TMK m.27'nin uygulanabilirliği azalmıştı. NHK'nın ilgili hükmünden önce sadece TMK m.27 çerçevesinde talep edilebilecek ve hâkimin takdirine dayalı olarak vereceği kararın sonucuna bağlı olacak bu hukuki kurumun uygulanabilirliği, bir süreliğine de olsa hâkim dışında, yargılama yapılmaksızın bir kurulun kararına bırakılmıştı¹⁵¹. Yani yargısal karar aranırken, idari bir karar ile hukuki sonucun gerçekleşmesi mümkün kılınmıştı.

¹⁵⁰ Aynı yönde bkz. ÖZBİLEN, s.214.

¹⁵¹ Ad veya soyadının NHK geçici m. 11 çerçevesinde değiştirilmesini talep eden kişinin başvuracağı makam ilgili hükümden belirtilmişti. Buna göre, kişi yerleşim yerinin bulunduğu nüfus müdürlüğüne başvurarak bu hakkını kullanabilecekti. İç İşleri Bakanlığı'nın "Ad ve Soyadı Değişikliği 2020/2" Genelgesinde de bu husus açıklığa kavuşturulmuştu. Genelgenin Müracaat başlıklı 18'inci maddesindeki hüküm şöyleydi: "*Kanun hükmü gereğince ad ve/veya soyadı değiştirme talebi bulunan kişinin yerleşim yerinin bulunduğu yerin nüfus müdürlüğüne müracaatı esastır. Bu nedenle il veya ilçe idare kurulunun yerleşim yeri dışındaki nüfus müdürlüklerine yapılan müracaatlar kabul edilmeyecektir. ...Yerleşim yeri aynı olan ailenin ergin çocukları soyadı değişikliğine ilişkin talepleri için ana ve babaları ile birlikte müracaat edebilecektir. Yerleşim yeri yurt dışında bulunan vatandaşlarımızın ad ve/veya soyadı değişikliğine ilişkin talepleri dış temsilciliklerimize yapılacaktır. Dış temsilcilikler tarafından bu talepler il veya ilçe idare kurullarınca değerlendirilmek üzere ilgililerin aile kütüğünde kayıtlı olduğu yerin valilik veya kaymakamlığına*

Bu hükümlerle, kişilere, TMK m.27'ye kıyasla daha pratik ve kolay bir yol sunulduğu ortadadır. Çünkü, NHK geçici m.8 ve 11'le TMK m.27 ile, bireylere ulaşmak istedikleri sonuca kolaylıkla ulaşma imkânı sağlanmış oldu. Hatta TMK m.27'de zarar görenlere tanınmış itiraz hakkı, NHK geçici m.11'le tanınmamıştı ve kurulların vereceği kararlar kesinlik taşımaktaydı.

B. Günümüzün Değişen Yaşam Koşulları Karşısında Adın Değişmezliği İlkesinin Sorgulanması Gerekliliği

Adın tanımlama özelliği sebebiyle, dilendiği anda ve sıklıkla değiştirilmesi, sosyal ve hukuki ilişkilerdeki istikrarın ve güvenin zedelenmesine neden olabilir. Bu sebeple TMK m.27 ile adın değiştirilmesi istisnai olarak uygulama alanına sahip olması gereken bir hukuki kurum olarak düzenlenmiştir¹⁵². Kanunkoyucu, adın değiştirilmesi için, kişinin hem haklı bir sebebe sahip olmasını hem de hâkimin haklı sebebin bulunduğu kanaat getirmesini aramıştır. Doktrin ve uygulamada, hâkimin bu talebi sıkı koşullar altında değerlendireceği kabul edilmektedir. Hatta bu noktada, kişinin adını değiştirmekteki menfaatinin kamu menfaatinden üstün gelmesi ölçütünün aranması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵³.

Kanaatimizce hukuki işlem güvenliğinin sağlanması için artık kişiyi tanımlayan tek unsur, kişinin adı ve soyadı değildir. T.C. kimlik numarası, her kişinin sahip olduğu kimlik kartında, başka vatandaşlardan ayırt edici özelliğe sahip yegâne bilgidir. Bundan başka sosyal güvenlik işlemlerinde SGK sicil numarası, vergi işlemlerinde vergi kimlik numarası, bankacılık işlemlerinde hesap numarası veya IBAN numarası vs. bireyleri ilgili alanda diğerlerinden ayırt etmekte yardımcı olabilmektedir. Kişiyi tanımlayan, değişmesi ya da değiştirilmesi mümkün olmayan, diğerlerinden kesin bir şekilde ayırt eden böylesi veriler varken; kişinin adını ve soyadını o kişiyi belirleyen tek unsur olarak kabul edip, değiştirilmesini sıkı ve zor koşullara bağlamanın gerekliği günümüzde artık tartışmaya açık hale gelmiştir.

III. ADIN DEĞİŞTİRİLMESİ BAKIMINDAN İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NDA KABUL EDİLEN SİSTEM VE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. İsviçre Medeni Kanunu'nda Adın Değiştirilmesi Bakımından Kabul Edilen Sistem

Hukumumuzda, yürürlükte olan mevzuata göre sadece mahkeme kararıyla elde edilebilecek bu sonuca, İsviçre'de idari bir mekanizma sayesinde daha kolaylıkla erişilebilmektedir. İsviçre Hukuku'na göre, adın değiştirilmesi için kişinin başvurusunu, ikamet ettiği kantonun hükümetine yapması gerekir (İMK m.30/I). Adın değiştirilmesine, ikamet edilen kanton yönetimince izin verilmektedir. Buna göre kişiler taleplerini, ilgili kantonun ilgili idari birimine yöneltecekler ve bu yönde alınan idari bir karar neticesinde kişinin adı değiştirilebilecektir. Prosedür, kantonal idari bir prosedüre (usul hukukuna) (ihtiyari yargı yetkisi) tabidir¹⁵⁴.

intikal ettirilecektir.". NHK geçici m. 11'de belirtildiği gibi, bu hüküm çerçevesinde adının veya soyadının değiştirilmesini talep eden kişinin yerleşim yerindeki nüfus müdürlüğüne yazılı olarak başvurusu gerekecekti. Nitekim, İç İşleri Bakanlığı'nın "Ad ve Soyadı Değişikliği 2020/2" Genelgesinin birinci maddesinde de "Ad kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ilgili kişilerin yazılı talebi olmadan resen ad ve/veya soyadı düzeltilmeyecektir." denilmek suretiyle yazılı başvurunun gerekliği ifade edilmişti. Genelge'nin 11'inci maddesine göre Nüfus Müdürlüğü'nün yapması gereken işlem şöyle açıklanmıştır: "İl ve ilçe idare kurullarınca verilen ad ve/veya soyadı değiştirme kararları ile ilgili olarak; nüfus kaydının düşünceler alanına ".....il veya ilçe idare kurulunun /.... /..... tarihli ve sayılı kararı ile adı ve/veya soyadı "....." iken "....." olarak düzeltilmiştir." şeklinde açıklama yapılacaktır."

¹⁵² CENGİZ, s.43. Adın tanımlama ve atfetme işlevi nedeniyle değişmezliği ilkesinin bulunduğu yönünde bkz. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, kn.1042; AEBI-MÜLLER, Art.30-30a, kn.2; BÜCHLER, Art.30, kn.2; HOFER / HRUBESCH-MILLAUER, s.218. Benzer yönde bkz. HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID, s.201; RIEMER, kn.218.

¹⁵³ CENGİZ, s.45. Benzer yönde bkz. ATAAY, İsmi Değiştirilmesi, s.505.

¹⁵⁴ BÜCHLER, Art.30, kn.7; RECHER, Alecs: "Änderung von Name und amtlichem Geschlecht: einfach zum rechtskonformen Entscheid", FamPra.ch 2015, (s.623-641), s.627; BÜCHLER/FREI, ZGB Art.30, s.117; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, kn.6.5.4.2.

Kanton yönetiminin ilgili idari makamı, adın değiştirilmesi talebini reddeden idari bir karar verirse, talep eden kişi, ilgili kanton idare mahkemesine itiraz edebilecek; kantonun son derece mahkemesi de talebi reddederse kişi, Federal Mahkeme'ye başvurabilecektir (Bundesgerichtsgesetz(BGG), Art.72/II-b.3)¹⁵⁵. Görüldüğü üzere, idari ve adli yargı makamları, ikincil nitelikte kendisine başvuru kurumları olarak görev yapmaktadırlar; hatta adın değiştirilmesi talebi, en sonunda Federal Mahkeme nezdinde bir hukuk davasına dönüşebilmektedir¹⁵⁶. Kişi, ad değiştirme talebiyle arzu ettiği sonuca, bu talep uygun görülürse, ilk planda idari bir makam aracılığıyla ulaşabilmektedir.

İsviçre'de adın değiştirilmesi talebini karara bağlayacak makam mahkeme olmamasına karşın, doktrin, her ne kadar yargısal takdir yetkisini düzenlemiş olsa da İMK m.4'teki (TMK m.4) hakkaniyete uygun karar verme yükümlülüğüyle ilgili hükmün, sözü edilen kanunu uygulayan diğer makamlar için de geçerli olacağını ifade etmiştir. Başka bir deyişle karar verme yetkisine sahip kanton yönetimi, adın değiştirilmesinde dikkate değer sebepleri takdir ederken, hakkaniyete uygun karar vermekle yükümlü olacaktır¹⁵⁷. Federal Mahkeme'ye itiraz yolunun öngörülmesiyle yeknesak bir uygulama da sağlanmak istenmiştir¹⁵⁸.

B. İsviçre Hukuku'nda Adın Değiştirilmesine Kolaylık Sağlayan Değişiklikler

İsviçre Hukuku'nda 30.09.2011 tarihinde yapılan ve 1.1.2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik sonrasında, adın değiştirilmesi bakımından daha esnek bir uygulamanın gerçekleşeceği düşüncesi hakim olmuştur. Çünkü, kanun metninde adın değiştirilmesi için aranan sebep bakımından daha önce, "*wichtige Gründe (haklı sebep, önemli sebep)*" ifadesi tercih edilmişken, bu değişiklikte "*achtenswerte Gründe (dikkate değer sebep)*" ifadesi tercih edilmiştir. İsviçre Hukuku doktrininde, yapılan bu değişikliğin adın değiştirilmesi için aranan sebeplerin niteliği bakımından daha esnek bir uygulama sağlayacağı ve yerinde olduğu ifade edilmiştir¹⁵⁹. Ayrıca, yapılan bu değişiklik sonrası için, adın değiştirilmesinin eskisine oranla daha kolay gerçekleşeceği, kısıtlayıcı olan uygulama açısından bir rahatlık sağlanacağı, Federal Mahkemenin aşırı katı tutumuna ilişkin kararlarının da uygulanabilirliğinin kalmayacağı ileri sürülmüştür¹⁶⁰. Ancak ifade etmek gerekir ki bu esnekleştirmeye rağmen, doktrin, adın değişmezliği ilkesinin korunması gerektiğini de belirtmiştir¹⁶¹.

IV. HUKUKUMUZ BAKIMINDAN DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

A. Öneri

Hukukumuzda, NHK'da geçici maddelerle kabul edilen imkânın yürürlükte olduğu dönemde bile, adın değişmezliği ve istisnai olarak değiştirilebileceği düşüncesi hakim olsa da, bir süreliğine de olsa bu ilkenin esnetildiği ve istisnaların geniş şekilde uygulama bulduğu yadsınamaz bir gerçektir. Öncesinde sadece TMK m.27 çerçevesinde ve sadece hâkimin takdir edeceği sebeple sınırlı olan bu talebin, yargılama yapılmaksızın bir idari makama yöneltilmesinin ve onun kararıyla neticelendirilmesinin yerinde olup olmaması günümüzde tartışmaya açılması gereken bir konudur. Bazı yazarlar, konunun çözümünün idari makamlara bırakılmasıyla

¹⁵⁵ BÜRKI/HRUBESCH-MILLAUEER, s.1045; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, s.205; RIEMER, kn.245.

¹⁵⁶ BÜCHLER, Art.30, kn.7; RECHER, s.627; BÜCHLER / FREI, ZGB Art.30, s.117; PEDRAZZINI / OBERHOLZER, kn.6.5.4.2.

¹⁵⁷ HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID, s.58-59, 203. Benzer yönde bkz. BUCHER, kn.782. Benzer yönde bkz. PEDRAZZINI / OBERHOLZER, kn.6.5.4.3.

¹⁵⁸ BUCHER, kn.783.

¹⁵⁹ AEBI-MÜLLER, Art.30-30a, kn.2; BÜCHLER, Art.30, kn.3; BÜRKI / HRUBESCH-MILLAUEER, s.1046; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, kn.1044; HOFER, s.114, kn.369; HRUBESCH-MILLAUEER / BOSSHARDT, s.142.

¹⁶⁰ AEBI-MÜLLER, Art.30-30a, kn.2, 4; BÜRKI / HRUBESCH-MILLAUEER, s.1045; HOFER / HRUBESCH-MILLAUEER, s.219; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, kn.1044.

¹⁶¹ HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, kn.1045; HRUBESCH-MILLAUEER / BOSSHARDT, s.142.

sakıncalar doğabileceği kaygısını dile getiriler de¹⁶², aslında adın değişmezliği ilkesinin NHK'da geçici maddelerin kabul edildiği 3.11.2017 tarihi öncesine göre esnetilmesi gerektiği düşüncesinin kanunkoyucu tarafından da benimsendiği ifade edilmelidir. Nitekim, bir süreliğine de olsa NHK'nın geçici maddeleriyle, TMK m.27 ile ulaşılmak istenen sonuca kolaylıkla ulaşıma imkânı sağlanmış oldu. Hatta TMK m.27'de zarar görenlerin sahip olduğu itiraz hakkına NHK geçici m.11'de yer verilmemiş olmasıyla ve kurulların vereceği kararın kesin olduğunun kabulüyle bu kolaylık daha da perçinlendi. Tüm bu gelişmeler karşısında, sözü edilen geçici maddelerin varlığıyla, adın değişmezliği ilkesinin esnetilerek hatırı sayılır istisnalara yer verildiğini ifade etmek gerekir.

Ülkemizdeki beş yıl süreyle uygulama alanı bulan ilgili geçici maddeler ve İsviçre Hukuku'ndaki durum göz önüne alındığında, adın değiştirilmesine ilk başta karar verecek makamın idari bir makam olması, olumlu etkiler doğurmuştur. Nitekim, ülkemizde bu yetkinin kısa süreliğine de olsa idari makamlara da verilmesi neticesinde, çok sayıda kişinin ad değişikliği talebinde bulunduğu medyaya yansımıştı¹⁶³.

Mehazdaki kabul bu yönde, hukukumuzda buna yönelik bir yargı kararının aranmasında ısrar edilmesi ve geçici bir dönem için idari makamlara bu yetkinin verilerek kişilere kolaylık sağlanmaya çalışılması, hukuki istikrar açısından sorgulanabilir bir tutum oluşturmaktadır.

TMK m.27 uygulamada pratik açıdan birtakım zorluklar da içermektedir. Kişilerin taleplerinin hemen sonuçlanmaması, uzun bir yargılama sürecini gerektirmesi, haklı sebep kavramının takdirinde tereddütler yaşanması, talepte bulunacak olan kişilerin belirlenmesi gibi durumlar bu zorluklara örneklerdir. Hukukumuz bakımından da İsviçre'de olduğu gibi, kişinin elde etmek istediği hukuki sonuca daha pratik şekilde ulaşabilmesi ve mahkemelerin iş yükünü hafifletmek düşünceleriyle, idari bir mekanizmanın kalıcı kılınması gerekir ve kişinin idari karara karşı yargı merciine başvurarak itiraz etme imkânı olmalıdır. Bu konuda yapılacak kanun değişikliğinde mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükmü ve yürürlükte olmasa da NHK geçici m.11 ve İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün "Ad ve Soyadı Değişikliği 2020/2" konulu, 24341420-010.06.01-3331 sayılı, 8.1.2020 tarihli Genelgesi göz önünde tutulabilir.

B. Öneriye Yöneltilen Eleştiriler ve Savunmalar

Hukukumuz bakımından, Türk Medeni Kanunu'nda, İsviçre'de olduğu gibi, idari bir makamın sürekli olarak yetkilendirilmesi ve kişinin idari karara karşı yargı merciine başvurarak itiraz etme imkânına sahip olması şeklinde bir uygulamaya birtakım eleştirilerde bulunulabilir. Bu muhtemel eleştirileri ve bunlara yöneltilen savunmaları ayrı bir başlık altında değerlendirmekte fayda vardır.

1. Haklı Sebep Kavramını Takdir Edecek Makamın Mahkeme Olması Gerektiği Eleştirisi ve Savunması

İdari makamın sürekli yetkili sayılmasına bir eleştiri olarak, TMK m.27'deki haklı sebep kavramını takdir edecek makamın mahkeme olması gerektiği ifade edilebilir. Ancak İsviçre'de, haklı sebep kavramını (değişiklik sonrası "dikkate değer sebep" kavramını) takdir edecek makamın, kanton yönetimi olduğu kabul edilmiştir. Bu makam her ne kadar bir yargı mercii olmasa da bu idari makamın İsviçre Medeni Kanunu'nun 4'üncü maddesi (İMK m.4, TMK m.4) kapsamında hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir. Hatta her ne kadar İsviçre Medeni Kanunu'nun 4'üncü maddenin başlığı "yargısal takdir yetkisi" (hâkimin takdir yetkisi) olsa da bu hükmün ve bu hükmün gerektirdiği "hukuka ve hakkaniyete göre karar verme" yükümlülüğünün, kendisine bu ve benzeri hususlarda karar verme yetkisi tanınmış, sözü edilen kanunu uygulama yetkisi verilmiş tüm

¹⁶² Kamu düzeni açısından birtakım sakıncalar doğabileceği yönünde bkz. ÖZBİLEN, s.213.

¹⁶³ Bkz. <https://tr.euronews.com/2019/10/26/turkiye-de-263-bin-kisi-ad-ya-da-soyadini-degistirdi-listenin-basinda-top-var#:~:text=T%C3%BCrkiye'de%20bu%20isim%20ve,%2C%20Armut%2C%20Davul...>, Erişim Tarihi:17.05.2024.

makamlar bakımından geçerli olacağı ifade edilmiştir¹⁶⁴. Hukukumuz bakımından da benzer kabul benimsenebilir.

İdari makamlara, yol gösterici özellik olması bakımından; Yargıtay'ın yerleşik içtihatları göz önünde tutularak hangi sebeplerin haklı sebep olarak kabul edilebileceğine yönelik bir Yönetmelik çıkarılması düşünülebilir. Ayrıca, hukuki nitelendirmenin ve aile hukuku bilgisinin ön planda olduğu haller, özellikle Yargıtay'ın henüz içtihat birliği oluşturmadığı tartışmalı olan konular tıpkı Genelge'de olduğu gibi¹⁶⁵, idari makamın yetkisi dışında bırakılabilir, kişilerin bu talepleri için doğrudan mahkemeye başvurmaları gerektiği belirtilebilir.

2. Konunun Özel Hukukun Kişiler Hukuku Alanını İlgilendirmesi ve İdari Makam Kararına Karşı Denetimdeki Belirsizlik Eleştirisi ve Savunması

İdari makamın yetkili sayılmasında olumsuz yaklaşımda yöneltilen başka eleştiriler ise, konunun esas itibarıyla özel hukukun kişiler hukuku alanında TMK kapsamında yer alması ve Ayrıca idari makamca alınan kararlara karşı denetimin nasıl olacağıdır. Ortada idari bir karar olduğuna göre, idare mahkemelerince bir denetimin mümkün olup olmayacağı da açıklığa kavuşturulmalıdır.

Konunun özel hukukun kişiler hukuku alanını ilgilendirmesi ve kişinin kişiliğinin bir parçası olan adıyla ilgili bir meselede mahkemenin yetkili olması gerektiği düşünülebilirse de, arzu edilen sonuca ulaşılmadaki kolaylık ve daha önce saymış olduğumuz diğer olumlu etkileri sebebiyle bu konuda bir esnekliğe yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

İdari karara karşı denetim konusunda ise, NHK geçici m.8 ve m.11 hükmünün uygulandığı dönemde, idari makam olarak kurulların vereceği kararın kesin olacağı belirtilmişti. Ancak bu kararların kesin olacağını kabul etmek, bazı durumlarda kişilerin menfaatleriyle bağdaşmayabilir. Talebin reddi halinde başvuruda bulunan kimsenin, talebin kabulü halinde ise başkalarının mağduriyeti söz konusu olabilir. Dolayısıyla verilen karara karşı bir denetim mekanizmasının getirilmesi, menfaati zedelenen kimselere bu yönde bir başvuru imkanının sağlanması gereklidir.

Genel kural, idari bir karara (işleme) karşı idare hukuku kuralları çerçevesinde bir denetim ve itiraz mekanizmasının işletilmesidir. Ancak ölüm karinesinde idari makamın kişi hakkında kütüğe ölü kaydı düşmeye yönelik karar vermekte yetkili sayılması ve bu karara karşı hukuk mahkemesinde tespit davası açmakta olduğu gibi bir denetim yolu kabul edilebilir. Hatırlamak gerekirse, TMK m.44'e¹⁶⁶ göre ölüm karinesine ilişkin bir mahkeme kararı aranmayıp, en büyük mülki amirin kararı yeterli görülmektedir. Hükümde belirtildiği üzere, kişinin sağ olduğunun iddia edilmesi halinde ilgililer tarafından bu durumun mahkemece tespiti dava edilebilmektedir. Bu dava, HMK kapsamında adli yargıda görülen bir tespit davası olmakla birlikte, adeta ölü kaydı düşülmesine ilişkin idari işleme yönelik bir itiraz niteliği de taşımaktadır. Benzer başka bir denetim yoluna evlenme başvurusunda rastlanmaktadır. TMK m.138/1'e¹⁶⁷ göre, kişilerin evlenme başvurusuna ilişkin

¹⁶⁴ HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID, s.58-59, 203. Benzer yönde bkz. BUCHER, kn.782. Benzer yönde bkz. PEDRAZZINI / OBERHOLZER, kn.6.5.4.3.

¹⁶⁵ NHK'da, açıklık olmamakla birlikte Genelge'nin 13'üncü maddesinde, il/ilçe idare kurullarının adın değiştirilmesine karar veremeyeceği haller sayılmıştı: kişilerin mevcut isimlerine ikinci/üçüncü isim eklenmesine veya mevcut iki/üç isminden birinin/ikisinin çıkarılmasına; evli kadının evlilik hanesinde sadece bekarlık soyadını kullanmasına; velayeti elinde bulunduran annenin çocuğuna bekarlık soyadını vermesine; medeni hali "dul" olarak koca hanesinde kayıtlı bulunan kadının bu hanede kendisinin ve ergin olmayan çocuklarının soyadını değiştirmesine ve Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin ad/soyadının değişikliğine yönelik taleplerinin bu Kanunun kapsamı dışında olacağı, bu taleplerin il ve ilçe idare kurullarınca reddedileceği belirtilmişti.

¹⁶⁶ "Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür. Bununla birlikte her ilgili, bu kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilir."

¹⁶⁷ "Evleneceklerden her biri evlendirme memurunun ret kararına karşı mahkemeye başvurabilir. İtiraz, evrak üzerinde incelenip kesin karara bağlanır."

evlendirme memurunun ret kararına karşı mahkemeye itirazda bulunmak mümkündür. Dikkat edilirse bu hükümde açıkça mahkemeye itirazdan söz edilmektedir.

Adın değiştirilmesi bakımından İsviçre’de de en son denetim aşamasında, Federal Mahkeme’de temyiz imkânı tanınmakta ve idari makamın verdiği karara karşı kanun yolu sonucunda ad değişikliğine ilişkin uyuşmazlık, özel hukuk uyuşmazlığına dönüşmektedir.

Hukukumuz bakımından bu konuda İsviçre’den farklı bir yaklaşım benimsenerek, yukarıda yer verilen ölüm karinesi veya evlendirme başvurusu örneklerinde olduğu gibi verilen karara karşı ilgililerin hukuk mahkemesine itiraz hakkının bulunduğu kabul edilebilir.

SONUÇ

Hukukumuzda adın değiştirilmesine ilişkin olarak, ilk bölümde değinildiği üzere açıklanmaya muhtaç birçok konu bulunuyorken ve doktrin ve uygulama tarafından adın değiştirilmesi sıkı koşullar altında değerlendirilmekteyken; kanunkoyucunun NHK’da yapılan değişikliklerle eklenen geçici m.8 ve m.11 ile adın değiştirilmesine yönelik idari bir mekanizmayı yetkili kılarak bu hususta bir kolaylık sağlamak istemesi gerçeği, bu konuda bir kanun değişikliği ihtiyacının bulunduğunu göstermiştir.

Hukukumuz bakımından; İsviçre’de olduğu gibi, kişinin elde etmek istediği hukuki sonuca daha pratik şekilde ulaşabilmesi ve mahkemelerin iş yükünü hafifletmek düşünceleriyle, idari bir mekanizmanın kalıcı kılınması ve kişinin kişinin idari karara karşı yargı merciine başvurarak itiraz etme imkânına sahip olması şeklinde bir kanun değişikliğine ihtiyaç bulunduğu söylenebilir. Bu çerçevede mehz İsviçre Medeni Kanunu’nun ilgili hükmü ve yürürlükte olmasa da NHK geçici m.11 ve İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nün “Ad ve Soyadı Değişikliği 2020/2” konulu, 24341420-010.06.01-3331 sayılı, 8.1.2020 tarihli Genelgesi göz önünde tutulabilir.

İsviçre’de kabul edildiği gibi, kişinin ad değiştirme talebinde bulunduğu idari makamın TMK m.4 çerçevesinde yani “hukuka ve hakkaniyete göre karar verme” yükümlülüğü altında hareket etmesi gerektiği kabul edilebilir. Hatta idari makamlara, yol gösterici olması bakımından; Yargıtay’ın yerleşik içtihatları göz önünde tutularak hangi sebeplerin haklı sebep olarak kabul edilebileceğine yönelik bir Yönetmelik çıkarılması düşünülebilir. Hukuki nitelendirmenin ve aile hukuku bilgisinin ön planda olduğu haller, özellikle Yargıtay’ın henüz içtihat birliği oluşturmadığı tartışmalı olan hususlar, tıpkı önceki paragrafta sözü edilen Genelge’de belirtildiği gibi, idari makamın yetkisi dışında bırakılabilir, kişilerin bu talepleri için doğrudan mahkemeye başvurmaları gerektiği belirtilebilir. Diğer yünden idari makamın adın değiştirilmesi kararına karşı bir denetim mekanizmasının getirilmesi, menfaati zedelenen kimselere bu yönde bir başvuru imkanının sağlanması da yerinde olur. Bu kapsamda, İsviçre’den farklı bir yaklaşım benimsenerek, ölüm karinesi veya evlendirme başvurusu örneklerinde olduğu gibi verilen karara karşı ilgililerin hukuk mahkemesine itiraz hakkının bulunduğu kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

AEBİ-MÜLLER, Regina Elisabeth: “Art.30-30a”, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art.1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz, 4.Auflage, 2023.

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 13.Baskı, Beta, İstanbul 2016.

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

ARSEBÜK, Esat: Medeni Hukuk I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Tan Matbaası, İstanbul 1938.

ATAAY, Aytekin: Şahıslar Hukuku, 3.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, (Şahıslar Hukuku).

- ATAAY, Aytekin: “Medeni Hukukta İsmi Değiştirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 29, Say:11, Kasım 1955, s.514, (İsmi Değiştirilmesi).
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nursen: *Kişiler Hukuku*, 8.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- BAŞOĞLU, Başak: “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, Yıl:2017.
- BİNATLI, Yusuf: *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, 3.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Aile Soyadı Çıkmazı–Anayasa Mahkemesi’nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4.
- BİRSEN, Kemaleddin: *Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku*, 5.Bası, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1959.
- BUCHER, Andreas: *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4.Auflage, 2009 Basel.
- BÜRKİ, Melanie / HRUBESCH-MİLLAUER, Stephanie: “Rechtsprechungs Panorama Personenrecht und Einleitungsartikel”, *AJP* 2019, (s.1038-1051).
- BÜCHLER, Andrea: *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar*, 4.aktualisierte Auflage, 2021.
- BÜCHLER, Andrea / FREI, Marco: *ZGB Art.30, ZGB Kommentar- Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf), 2.Auflage, 2011.
- CENGİZ, Bilal: *Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- ÇELEBİ, Özgün: “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019/2.
- DEMİRBAŞ, Ali: “Boşanma Nedeniyle Velayeti Anneye Verilen Çocuğun Soyadı”, *Yargıtay Dergisi*, C. 45, S. 3, Temmuz 2019.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin / DOĞANAY, Y. Ümit: *Medeni Hukuk Dersleri, Cilt I, Fakülteler Matbaası*, İstanbul 1966.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: *Türk Medeni Hukuku, Birinci Kitap, Şahsın Hukuku*, 3.Basım, Güney Matbaacılık, Ankara 1954.
- HATEMİ, Hüseyin: *Kişiler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık*, 6.Baskı, İstanbul 2017.
- HAUSHEER, Heinz / AEBİ-MÜLLER, Regina E.: *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5.Auflage, 2020.
- HAVUTCU, Ayşe / KALKANCI, Yasemin: “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:6, S. 2, Aralık 2020.
- HELVACI, Serap: *Gerçek Kişiler*, 3.Bası, Legal Yayınevi, İstanbul 2010.
- HIZ, Yüksel / YILMAZ, Zekeriya: “Ad, Adın Çeşitleri, Kazanılması, Değiştirilmesi ve Ad Üzerindeki Hakkın Korunması”, *Adalet Dergisi*, S. 18, 2004.
- HOFER, Sibylle: *Personenrecht*, 2019.
- HOFER, Sibylle / HRUBESCH-MİLLAUER, Stephanie: *Einleitungsartikel und Personenrecht*, 2.Auflage, 2012.
- HRUBESCH-MİLLAUER, Stephanie / BOSSHARDT, Martin: *Personenrecht*, 2.Auflage, 2021.
- HÜRLİMANN-KAUP, Bettina / SCHMİD, Jörg: *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, 3.Auflage, 2016.

- IŞINTAN, Pelin: “Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012/1.
- İMRE, Zahit: “Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması”, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- KÖPRÜLÜ, Bülent: *Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku*, 2.Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984.
- MARDİN, Ebul’ula: *Medeni Hukuk Dersleri, Şahsın Hukuku, İkinci Kısım, Çituri Biraderler Basımevi*, İstanbul 1941.
- ODYAKMAZ, Zehra / KESKİN, Bayram: “Boşanmış Anne-Babaların Müşterek Çocuklarının Soyadı Sorunu: Bir Karar İncelemesi ve İdare Hukukuna Yansımaları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 2, 2019.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku*, 15.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- OĞUZOĞLU, H. Cahit: *Medeni Hukuk I, Şahsın Hukuku*, 5.Basım, Yeni Deşen Matbaası, Ankara 1963.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar: “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, Yıl:2015.
- ÖNDER, Âkil: “Öz Adla Soyadının Değiştirilmesi Davalarıyla Öz Ad, Soyadı ve Yaş ve Kayıt Tashihi Davalarının Mahiyetleri ve Mukayeseleri”, *Adalet Dergisi*, Yıl:39, S. 6, Haziran 1948.
- ÖZBİLEN, Arif Barış: “Mahkeme Kararına Dayanmayan Ad ve Soyadı Değişiklikleri (Nüfus Hizmetleri Kanunu Geçici Madde 8 Hükmüne Bir Bakış)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, (140).
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Türk ve İsviçre Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, Yıl:2008.
- ÖZEN, Burak: “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, S. 3-4, İstanbul 2010.
- ÖZSUNAY, Ergun: *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 4.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- ÖZTAN, Bilge: *Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar*, 9.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.
- ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Aile Hukuku).
- PEDRAZZİNİ, Mario M. / OBERHOLZER, Niklaus: *Grundriss des Personenrechts*, 4.Auflage, 1993.
- PEHLİVAN, Mehmet Gökhan: “Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı ile Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl:2016, S. 7.
- PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin: *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Ad*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- RECHER, Alecs: “Änderung von Name und amtlichem Geschlecht: einfach zum rechtskonformen Entscheid”, *FamPra.ch* 2015, (s.623-641).
- RİEMER, Hans Michael: *Personenrecht des ZGB*, 2.Auflage, 2002.
- SAYMEN, Ferit H.: *Türk Medeni Kanunu, Cilt II, Şahsın Hukuku*, 2.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960.
- SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, 6.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, (Kişiler).



SEROZAN, Rona: “Anayasa Mahkemesi’nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesi’nin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, (Anayasa).

ŞİMŞEK, Engin: Adın Kazanılması ve Değiştirilmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3.Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1963.

ZEYTİN, Zafer/ERGÜN, Ömer: Türk Medeni Hukuku, 4.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.

KISITLI KİŞİ TARAFINDAN AKDEDİLEN MİRAS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ DURUMU
LEGAL STATUS OF AN INHERITANCE CONTRACT CONCLUDED BY A DISQUALIFIED PERSON

Dr. Öğretim Üyesi Tuğçem SEÇER*

ÖZET

Miras sözleşmesi, miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde, malvarlığının tamamında veya bir kısmında tasarrufta bulunabilmesine imkân kılan miras hukukuna özgü bir sözleşmedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun miras sözleşmesini düzenleyen 503. maddesi miras sözleşmesi yapabilmeye ehliyetini; mümeyyiz, ergin ve kısıtlı bulunmayan kişilere özgüler. Oysa, Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 468. maddesinin 1. fıkrası miras sözleşmesi yapabilmek için on sekiz yaşın doldurulmasını ve mümeyyizliği yeterli kabul eder. Hükmün ikinci fıkrası ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndan farklı olarak kısıtlı kişilerin miras sözleşmesi yapabilmeleri için, ayrıca kanuni temsilcilerinin rızasının gerekli olduğunu düzenler. Bu bağlamda İsviçre Medeni Kanun'u tarafından berrak olan kısıtlı kişinin miras sözleşmesi yapabilmeye yeteneği, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu bakımından tartışmalıdır. Başka bir ifadeyle, kısıtlı bir kişinin akdedeceği miras sözleşmesine ilişkin 4721 sayılı Medeni Kanun bakımından açık bir hüküm öngörülmez. Bu bağlamda miras sözleşmesinin geçerliliğini, öğreti görüşlerine ve yargı uygulamalarına dayanarak kazandığı ifade edilebilir. Yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi için, kısa süre zarfında, Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun hükümleri dikkate alınarak hükmün uygulamasının kısıtlanma nedenlerine göre yeniden şekillenmesi; uzun vadede ise Mehaz Kanun'a benzer şekilde kısıtlı kişiler bakımından miras sözleşmesi yapabilmeye koşullarının mevcut hükme bir fıkra eklenmek suretiyle düzenlenmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Kayyım, Fiil Ehliyeti, Miras Sözleşmesi, Kısıtlılık, Geçersizlik

ABSTRACT

The contract specialized to inheritance law is known as an inheritance contract, which gives the inheritor the freedom to dispose of all or some of his or her assets within the limits of freedom of disposition. The Turkish Civil Code No. 4721 Article 503, which regulates the inheritance contract, reserves the capacity to conclude an inheritance contract to the person of sound mind, adult, and capacity to contract. However, according to the first paragraph of Article 468 of the Swiss Civil Code (ZGB), having the ability to make decisions and being eighteen years old are sufficient requirements for concluding an inheritance contract. The second paragraph of the provision, unlike Code No. 4721, states that the consent of their legal representatives is required for restricted persons to form an inheritance contract. In this context, the ability of the restricted person to make an inheritance contract, which is clear under the Swiss Civil Code, is controversial in terms of Code No. 4721. In other words, The Turkish Civil Code provides no explicit provision for the inheritance agreement allowing it to be signed by a restricted individual. Thus, the inheritance contract gains its validity based on doctrinal opinions and judicial practices. In this case, in the short term, the application of the provision should be reshaped according to the reasons for restriction by considering the provisions of the Swiss Civil Code; in the long term, the conditions for the execution of an inheritance contract for restricted persons similar to the Swiss Civil Code should be regulated by adding a paragraph to the existing provision.

Keywords: Trustee, Capacity to Act, Inheritance Agreement, Restriction, Invalidity

* Başkent Üniversitesi, tugcemsahin@baskent.edu.tr, ORCID : 0000-0001-7121-1217.

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 514. maddesi uyarınca miras bırakan, tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde, malvarlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle tasarrufta bulunabilir. Başka bir ifadeyle, miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde, malvarlığının tamamında veya bir kısmında tasarrufta bulunabilmesine imkân kılan miras hukukuna özgü sözleşmelerden birisi miras sözleşmesidir.¹

Miras sözleşmesine ilişkin hükümler, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenir.² Kanun'da her ne kadar doğrudan bir tanıma yer verilmese de Kanun'un 514. maddesinin birinci fıkrasına göre mirasbırakan kişinin malvarlığının tamamında veya bir kısmında miras sözleşmesiyle tasarrufta bulunabileceği ifade edilmek suretiyle miras sözleşmesi ifadesi kullanılır.³

Miras sözleşmesi yapabilme ehliyeti ise, bu sözleşmenin bir ölüme bağlı tasarruf olması nedeniyle⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kısmında düzenlenir. Bu bağlamda, Medeni Kanun'un 503. maddesi uyarınca "*Miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekir.*" Görüleceği üzere miras sözleşmesi yapabilme ehliyeti yalnızca; ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan kişilere özgülenir. Oysa, Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB)⁵ 468. maddesinin birinci fıkrası miras sözleşmesi yapabilmek için on sekiz yaşın doldurulmuş olmasını ve ayırt etme gücüne sahip olmayı yeterli kabul eder. Aynı doğrultuda, İsviçre Medeni Kanunu'nun 468. maddesinin ikinci fıkrası ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndan farklı olarak kısıtlı kişilerin miras sözleşmesi yapabilmeleri için kanuni temsilcilerinin rızasının gerekli olduğunu ifade eder. Bu bağlamda kısıtlı kişinin miras sözleşmesi yapabilme yeteneği, İsviçre Medeni Kanunu'nun 468. maddesinin ikinci fıkrası tarafından berrak bir biçimde düzenlenir.

Öte yandan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu bakımından kısıtlı kişinin miras sözleşmesi yapabilme yeteneği muğlaktır.⁶ Çünkü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre ehliyet bakımından genel kural, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın borçlandırıcı bir işlem ya da tasarruf işlemi yapamamalarıdır. Bu bağlamda genel kural kısıtlı kişinin yasal temsilcisinin izniyle miras sözleşmesi yapabilmesini mümkün kılarken, Medeni Kanun'un 503. maddesinde yer alan özel düzenleme miras sözleşmesi yapabilme tasarruf ehliyetini yalnızca kısıtlı olmayan kişilere bahşeder. Esasen burada özel kural- genel kural değerlendirilmesi yapılarak çözüme ulaşılabileceği düşünülebilir. Ancak 4721 sayılı Medeni Kanun'un 463. maddesinde miras sözleşmesi yapılması vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekliliği olduğu haller arasında sayılarak, kısıtlı kişinin miras sözleşmesi

¹ DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s.96; AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.94; ANTALYA, Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.188.

² RG: 8.12.2001, 24607.

³ "*Kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş olan ölüme bağlı tasarruflar, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar ve maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar olmak üzere ikiye ayrılmakta olup şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname ve miras sözleşmesidir.*" Yargıtay 7. HD'nin 18.01.2024 tarih ve E: 2022/6760 K: 2024/309 sayılı kararı; BRAUN, Cihan Avcı / TEKBEK, Tuğçe: "Miras Sözleşmesinde Tarafların Ehliyet Durumu ve Ehliyetsizliğe Bağlı Hukuki Sonuçlar", TAÜHFD, C. 2, S. 4, 2022, s.412.

⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.128-129; İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 166, DURAL / ÖZ, s.60; Ayan, s.94.

⁵ Bkz. https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20230101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20230101-de-pdf-a-19.pdf (Son Erişim Tarihi: 26.07.2024).

⁶ DURAL/ÖZ, s.99-100.

yapabilme ehliyeti muğlak hale gelir. Her ne kadar bu düzenlemenin miras sözleşmesinin öteki yanı bakımından geçerli olduğu iddiası ileri sürülse de 4721 sayılı Medeni Kanun'da bu yönde bir açıklama yer almaz. Öte yandan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun maddeleri uyarınca kısıtlı bir kişi, tek başına bir el yazılı vasiyetname düzenleyebilir; bir kişiyi mirasçı olarak atayabilir ya da bir kişiye belirli mal vasiyetinde bulunabilir. Açıkta ki miras sözleşmesi, resmi vasiyetnamenin şartlarını evleviyetle taşır. Bu bağlamda tek başına el yazılı vasiyetname yapabilen kişinin tanıklar ve resmi memur huzurunda, özellikle ivazsız miras sözleşmesi dahi yapamaması hukuka uygun değildir. Bu nedenle hükmün, Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun hükümleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerekir.

I. İSVİÇRE MEDENİ KANUNU DÜZENLEMESİ

Miras sözleşmesi yapabilme ehliyeti, İsviçre Medeni Kanunu'nun 468. maddesinde düzenlenir. Anılan hükmün birinci fıkrası uyarınca *“Ayırt etme gücüne sahip ve 18 yaşını doldurmuş olan kişi, miras bırakan olarak miras sözleşmeyi yapabilir.”* ve ikinci fıkrası uyarınca *“Vesayet altında bulunan kişinin miras sözleşmesi yapabilmesi için, kanuni temsilcisinin izni gereklidir.”*⁷ Görüleceği üzere Mehaz İsviçre Medeni Kanun'u kısıtlı kişinin miras sözleşmesi yapabilme ehliyetini ayrıca ve açıkça hükmün ikinci fıkrasında düzenler. Ancak yalnızca bu fıkraya bakarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu tarafından her durumda kısıtlı kişinin miras sözleşmesi yapabilme ehliyetine sahip olması gerektiğini ifade etmek yerinde değildir. Çünkü Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun vesayet hükümleri, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hükümlerinden farklılık gösterir. Zira, İsviçre Medeni Kanunu'nun kısıtlı kişilerin miras sözleşmesi yapabilmesine olanak sağlayan 468. maddesinin ikinci fıkrası hükmü; akıl sağlığı, psikolojik bozukluk, akıl zayıflığı ve ayırt etme gücünden yoksunluk nedeniyle kısıtlanma (ZGB md. 390) nedenleri dışındaki kısıtlama nedenleri bakımından uygulanır. Diğer kısıtlanma nedenleri bakımından (ZGB md. 393 vd.) ise ayrıca fiil ehliyetini sınırlandıran bir nedenin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir.

Kısıtlanma sebepleri, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Bunlar; Medeni Kanun'un 404 ilâ 409. maddeleri arasında düzenlendiği üzere küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet, yaşlılık, engellilik, deneyimsizlik, ağır hastalık gibi sebeplerden biriyle isteğe bağlı olarak kısıtlanma olarak sayılmıştır. Oysa, İsviçre Medeni Kanunu'nda vesayet farklı şekilde düzenlenir.

İsviçre Medeni Kanunu, vesayeti, 393 ilâ 398. maddeleri arasında kapsamlı (kısıtlayıcı-genel) kayyımlik, yardım (refakat) kayyımılığı, temsil kayyımılığı, yönetim kayyımılığı, katılım (iş birliği) kayyımılığı olarak düzenler.⁸ Bu nedenle, kısıtlı kişinin neden kısıtlandığı miras sözleşmesini akdedilme ehliyeti bakımından önemlidir.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 393. maddesinde ilk olarak yardım kayyımılığı düzenlenir Bu kayyımlik türü ayırt etme gücüne sahip olan kişiler için söz konusu olur ve kişinin fiil ehliyetini ortadan kaldırmaz.⁹ Kısıtlanan kişinin karar verme yeteneğine sahip olmasına rağmen bazı konularda refakate gereksinim duyması nedeniyle yardım kayyımılığı düzenlemesi önemlidir. Çünkü kişi tamamen kısıtlanmasına gerek olmaksızın bazı iş ve işlemler bakımından destek alabileceğinden, irade özgürlüğü zedelenmez.¹⁰ Kanun'un 394. maddesinde temsil kayyımılığı düzenlenir. Temsil kayyımılığı bakımından kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılması mümkün olsa da fiil ehliyeti sınırlandırılmaksızın kendisine kayyım atanan

⁷ Çeviri yazara aittir. İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) orijinal metin için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de (Son Erişim Tarihi: 26.07.2024).

⁸ HÄFELI, Christoph: Kindes- und Erwachsenenschutz-recht, 3. Baskı, Stämpfli Verlag, 2021 Bern, s.137 vd.; GÜVEN, Kudret: İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler, Savaş Yayınevi, Ankara 2023, s.675-691.

⁹ YAVUZ, Cevdet / ERLÜLE, Fulya / TOPUZ, Murat: Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s.92; Güven, s.676.

¹⁰ HÄFELI, 139-140.

kişi kayyım tarafından yapılan işlemleri kabul etmeyebilir.¹¹ Kayyım burada bir yasal temsilcidir ve bu nedenle yapmış olduğu işlemler bakımından hak ve yükümlülük temsil edilenidir.¹² Yönetim kayyımlığı, Kanun'un 395. maddesinde düzenlenir; daha çok malvarlığı yönetimi için kullanılan bir kayyımlık türüdür. Belli bir malvarlığına özgülenebileceği gibi kişinin tüm malvarlığı üzerinde de kurulabilir.¹³ İşbirliği kayyımlığı, 396. maddede düzenlenir.¹⁴ Bu kayyımlık türünde vesayet altına alınan kişinin fiil ehliyeti kanun tarafından uygun bir biçimde sınırlandırılır. İşbirliği kayyımı atanabilmesi için kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Kişi, yalnızca kısıtlanmış olduğu iş ve işlemler bakımından ehliyetsiz kabul edilir.¹⁵ Özellikle işbirliği kayyımlığı, vesayet altına alınacak kişinin menfaatini koruma amacı güttüğünden miras sözleşmesi yapılırken kullanılması faydalı bir kayyımlık türüdür.¹⁶ Son olarak, kapsamlı kayyımlık, İsviçre Medeni Kanunu'nun 398. maddesinde düzenlenir. Anılan hükmün üçüncü fıkrası uyarınca ilgili kişinin fiil ehliyeti kanunen sona erer. Hüküm uyarınca genel kayyımlığın kurulabilmesi için kişinin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun hale gelmesi gerekir.

Bu çerçevede, kişi kısıtlanmış olsa bile iradesine üstünlük tanınması amaçlandığından¹⁷ bazı kayyımlık hallerinde kişinin kanuni temsilcinin iznine gerek olmaksızın miras sözleşmesi yapabilmesi mümkün kılınmıştır. Bazı kayyımlık türleri bakımından fiil ehliyeti sınırlandırılan kişinin sözleşme ehliyeti, kanuni temsilcinin iznine tâbi kılınmıştır. Örneğin spesifik olarak miras sözleşmesi yapılması için kendisine temsil kayyımı atanan bir kişi, İsviçre Medeni Kanunu'nun 468. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kanuni temsilcinin izni ile bu sözleşmeyi yapabilir. Bu bağlamda, İsviçre hukuku bakımından, fiil ehliyetini ortadan kaldırmayan bir kayyımlık kurulması durumunda kişinin miras sözleşmesi yapabileceği, fiil ehliyetinin ortadan kaldırılması halinde de kayyımlığın kapsamının incelenmesi gerektiği ifade edilebilir.

II. TÜRK MEDENİ KANUNU DÜZENLEMESİ

Fiil ehliyeti, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenir. Hüküm uyarınca "*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur.*" Yine, Kanun'un 16. maddesi uyarınca "*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler.*" Bu bağlamda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre ehliyet bakımından genel kural, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın borçlandırıcı bir işlem ya da tasarruf işlemi yapamamalarıdır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ehliyet için öngörülen genel kural uygulanacak olursa, kısıtlı bir kişinin yasal temsilcinin rızasıyla miras sözleşmesi yapabilmesi mümkün kabul edilmelidir. Oysa, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 503. maddesi açıkça miras sözleşmesi yapabilmek için kısıtlı olmamak koşulunu düzenleyerek genel kuraldan ayrılır. Başka bir ifadeyle yalnızca tam ehliyetli kişilerin miras sözleşmesi yapabilmesine olanak sağlar.¹⁸ İfade etmek gerekir ki miras sözleşmesi yapabileme ehliyetinin sözleşmenin yapıldığı sırada bulunması gerekir. Başka

¹¹ YAVUZ / ERLÜLE / TOPUZ, s.93.

¹² HÄFELI, 142.

¹³ GÜVEN, s.683.

¹⁴ Bu kayyımlık türü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde yer alan yasal danışmanlığa benzetilebilir. YAVUZ / ERLÜLE / TOPUZ, s.95.

¹⁵ GÜVEN, s.686.

¹⁶ HÄFELI, 153.

¹⁷ İsviçre Medeni Kanunu'nun vesayeti düzenleyen hükümlerinin yeniden düzenlenmesinin önemli bir gerekçesi kişinin "kendi kaderini belirleme" hakkının gelişmesini teşvik etmektir. KAPLAN, İbrahim: "İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, Cilt.1, S.137, 2018, s.379.

¹⁸ ÖZTAN, Bilge / ÖZTAN, Fırat, "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 65, C. 4, 2016, s.3590; DURAL/ÖZ, s.99.

bir ifadeyle miras sözleşmesi yoluyla ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin daha sonradan kısıtlanması miras sözleşmesinin geçerliliği etkilemez.¹⁹

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 503. maddesi, miras sözleşmesi bakımından tek başına ele alındığında kısıtlı bir kişinin miras sözleşmesi yapamayacağı kanısına varılabilir.²⁰ Ancak, Türk Medeni Kanunu'nun miras sözleşmesinin resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesini öngören 545. maddesi, miras sözleşmesine ilişkin ehliyet bakımından düzenleme öngören 463. maddesinin lafzı, ehliyet koşuluna uyulmadan yapılan miras sözleşmesinin iptal edilebilir nitelikte olduğunu düzenleyen 557. maddesi birlikte ele alındığında, kısıtlı bir kişinin akdettiği miras sözleşmesinin geçerliliğinin aslında 4721 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda muğlak bir biçimde düzenlendiği sonucuna varılabilir. Zira, kısıtlı bir kişinin ölüme bağlı tasarrufunu yalnızca vasiyetname ile düzenlemeye zorlanması, miras sözleşmesinin sağladığı olanaklardan yoksun bırakılması eşitlik ilkesine aykırılık meydana getirebilir.²¹

A. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 545. maddesinin İncelenmesi

4721 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 545. maddesinde miras sözleşmesinin şekli düzenlenir. Anılan hükmün birinci fıkrası uyarınca *"Miras sözleşmesinin geçerli olması için resmî vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir."* Bu bağlamda kanun koyucu, miras sözleşmesinin şeklini düzenlemek yerine resmi vasiyetnamenin şeklini düzenleyen hükme atıf yapmıştır.²² Başka bir ifadeyle bir miras sözleşmesinin geçerli olabilmesi için 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun resmi vasiyetnamede şekli düzenleyen hükmünde öngörülen şekil şartlarını taşıması gerekir.²³

Resmî vasiyetnameye ilişkin şekil kuralı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 532. maddesinde düzenlenir. Hüküm uyarınca *"Resmî vasiyetname, iki tanığın katılımıyla resmî memur tarafından düzenlenir."* Yine, Kanun'un 502. maddesinde resmi vasiyetname için ehliyet şartı düzenlenir. Hüküm uyarınca *"Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir."* denilir. Görüleceği üzere, resmi vasiyetname yapabilmek için erginlik ve kısıtlı olmama gibi şartlar aranmaz. Haliyle tam ehliyetli olmayan birisinin resmi vasiyetname yapabilme yetkisi bulunur.²⁴

Bu bağlamda, kısıtlı bir kişi tek başına bir el yazılı vasiyetname düzenleyerek bir kişiyi mirasçı olarak atayabilir. Yine, kısıtlı bir kişi belirli mal vasiyetinde bulunabilir. Buna karşın, aynı kısıtlı kişi, aynı ölüme bağlı tasarrufları miras sözleşmesi yoluyla yapamaz. Oysa miras sözleşmesi, bir resmi vasiyetnamenin

¹⁹ AYAN, s. 181; Eren, s.18-19.

²⁰ *"Miras sözleşmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hakkın kullanılması olduğu için, yasal temsilcinin işleme onay vermesi ile miras sözleşmesi geçerli hâle gelmez."* ÖZTAN/ÖZTAN, 3590.

²¹ ATLAN, Hülya: "İsviçre Hukuku'ndaki Değişiklikler Işığında Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlının Mirasbırakan Sıfatıyla Miras Sözleşmesi Yapabilmesine İlişkin Düşünceler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 31, C. 8, 2017, s. 357-358.

²² *"Miras sözleşmesinin geçerli olması için Türk Medeni Kanununun 545/l. maddesi uyarınca resmî vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir. Mirastan feragat sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla bir miras sözleşmesi olduğu için, yukarıda açıklanan kurallar mirastan feragat sözleşmesinin kurulmasında da geçerli olacaktır."* Yargıtay 14. HD'nin 19.04.2021 tarih ve E: 2018/3787 K: 2021/2893 sayılı kararı.

²³ KILIÇOĞLU, 129; DURAL / ÖZ, s.103; ANTALYA, 192.

²⁴ Miras sözleşmesi bakımından ehliyet koşulunun daha sıkı olmasını miras sözleşmesinin vasiyetname gibi serbestçe geri alınamayacağıyla gerekçelendiren görüş için bkz. SEROZAN, Rona / ENGIN, Baki İlkay: *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.238; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s.173-174; Kısıtlı kişilerin miras sözleşmesi yapabilme ehliyetlerini sözleşmesinin bağlayıcı olması gerekçesine dayandırmanın yerinde olmadığını; miras sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olması nedeniyle sağlar arası borç doğuran sözleşmeler kadar bağlayıcı olmadığını, zaten miras bırakanın sağlığında herhangi bir borç altına girmemesi nedeniyle malvarlığında dilediği tasarrufta bulunabileceğini lehtarın dava açma hakkının ancak miras bırakanın ölümünden sonra söz konusu olması nedeniyle miras sözleşmesinin iddia edildiği kadar bağlayıcı olmadığını savunan aksi görüş için bkz. ATLAN, s. 363.

şartlarını evleviyetle taşır. Buradan hareketle tek başına el yazılı vasiyetname yapabilen kişinin tanıklar ve resmi memur huzurunda ivazsız miras sözleşmesi yapılabilmesine olanak sağlamak gerekir.

Öte yandan uygulamada Yargıtay; miras sözleşmesi ehliyetine ilişkin “Somut olayda, davacının miras taksim sözleşmesi yapıldığı tarihte hukuki işlem ehliyetine haiz olmadığı iddia edildiğinden öncelikle davacının kısıtlanma talebine ilişkin mahkeme dava dosyası getirtildikten sonra davacının sağlık durumu ile ilgili toplanan bilgi ve belgeler ile birlikte bu hususta gösterilecek tüm deliller toplanarak, davacının sözleşme tarihinde miras taksim sözleşmesinin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek düzeyde hukuki işlem yapma ehliyetine haiz olup olmadığının tespiti ile hukuki işlem ehliyetine sahip olmadığının anlaşılması halinde davacının kısıtlanması için ilgili mahkemeye ihbarda bulunarak davacıya vasi tayin ettirilerek vasinin göstereceği tüm deliller toplanmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırmayla hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” ifadelerine yer vermek suretiyle hukuki işlem yapma yeteneğinin bulunup bulunmamasını bir ölçüt olarak kabul eder. Bu nedenle mevcut uygulamada, miras sözleşmesi yapabilmek için kısıtlı olmama şartının arandığı ifade edilmelidir.

B. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 463. maddesinin İncelenmesi

Türk Medeni Kanunu’nun 463. maddesinde vesayet makamından sonra denetim makamının da izninin arandığı işler düzenlenir. Hüküm uyarınca “Mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması” bu işlerden sayılır. Başka bir ifadeyle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 463. maddesinde miras sözleşmesi yapılması vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekliliği olduğu haller arasında sayılır. Ancak; genel kabule göre, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 463. maddesinde yer alan düzenleme miras sözleşmesinin yalnızca ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan karşı tarafı bakımından geçerlidir. Bu bağlamda miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan karşı tarafı tam ehliyetsizse sözleşmenin yasal temsilcisi tarafından yapılması gerekir.²⁵ Çünkü ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf bakımından yapılan hukuki işlem kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hukuki işlem değildir.²⁶

Yargıtay da, bu doğrultuda “...463. maddesinde de, vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi veya evlat edinilmesi, vesayet altındaki kişinin vatandaşlığa girmesi veya çıkması, bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması, ömür boyu aylık veya gelir bağlama veya ölünceye kadar bakma sözleşmeleri yapılması, mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması, küçüğün ergin kılınması, vesayet altındaki kişi ile vasi arasında sözleşme yapılması için vesayet makamından sonra denetim makamının da izninin zorunlu olduğu...” ifadelerine yer vermek suretiyle miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan karşı yanının kısıtlı bir kişi olabileceğini kabul eder.²⁷

Miras sözleşmesinin karşı tarafı sınırlı ehliyetsizse yasal temsilcinin onayına gereksinim duyulmaz; zira burada karşılıksız bir kazandırma söz konusu olur. Kazandırmanın karşılıklı olması halinde genel kural uygulanır.²⁸ Bu çerçevede, vesayet altında bulunan kişi yasal temsilcisi aracılığıyla dahi miras sözleşmesi yapamaz. Kişinin ayırt etme gücünün bulunması, kısıtlanma sebebi ya da yasal temsilcinin onayı sözleşmeyi geçerli kılmaz.²⁹

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 463. maddesinin lafzı yorumlandığında, kısıtlı bir kişinin miras sözleşmesini izin koşulunu yerine getirerek yapabileceği düşünülebilirse de yargı kararlarında söz konusu hüküm yalnızca sözleşmenin karşı tarafına ilişkin kabul görmekte ve kısıtlı kişinin denetim

²⁵ ÖZTAN/ÖZTAN, 3592.

²⁶ EREN, s. 26.

²⁷ Yargıtay 18.HD’nin 06.03.2014 tarih ve E: 2013/16178 K: 2014/3998 sayılı kararı.

²⁸ SEROZAN/ENGİN, s.238-239; AYAN, s.102-103; DURAL/ÖZ, s.100; ANTALYA, 216.

²⁹ AYAN, s.103.

makamının iznini alsa bile geçerli bir miras sözleşmesi yapamayacağı kabul edilmektedir.³⁰ Yine, miras sözleşmesi gibi mirastan feragat sözleşmesi bakımından da bu açıklamalar geçerlidir. Bu çerçevede kısıtlı bir kişi tarafından denetim makamının izni alınsa bile mirastan feragat sözleşmesi yapılamaz. Zira Yargıtay, “... mirastan feragat mukavelesinin bütün miras mukaveleleri gibi resmî vasiyet şeklinde yapılmasının gerektiğine ...”³¹ ve “...Mirastan feragat sözleşmesi (TMK.m.528), miras sözleşmesinin bir çeşidi olduğundan, resmî vasiyetname şeklinde yapılması zorunludur.”³² şeklindeki hükümleriyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 528. maddesinde düzenlenen mirastan feragat sözleşmesinin de bir miras sözleşmesi olarak yapılması gerektiğini ifade eder.

Yasal danışman bakımından ise durum farklıdır. 4721 sayılı Medeni Kanun’un 429. maddesinin birinci fıkrası uyarınca “Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye aşağıdaki işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır.” ve kendisine yasal danışman atanan kişilerin miras sözleşmesi yapabileceği kabul edilir. Bu kabulün temel gerekçesi, “miras sözleşmesi yapabilme ehliyetinin” Kanun’un 429. maddesinde sayılan “1. Dava açma ve sulh olma, 2. Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, 3. Kıymetli evrakin alımı, satımı ve rehnedilmesi, 4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, 5. Ödünç verme ve alma, 6. Ana parayı alma, 7. Bağışlama, 8. Kambiyo taahhüdü altına girme, 9. Kefil olma.” hallerinden birisi olmamasıdır.³³

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun vesayete ilişkin düzenlemelerinden yola çıkılarak ifade edilebilir ki vesayet altındaki kişinin miras sözleşmesi yapabilme yeteneği bakımından aslında muğlaklık yaratan kısım kısıtlanma nedenidir. Zira Kanun’un 405 ilâ 408. maddeleri arasında düzenlenen kısıtlanma sebeplerinin fiil ehliyetine etkisi bakımından ortak bir sonuç kabul edilmiştir. Oysa her durumda kişinin vesayet atına alınması aynı hedefe yönelmeyebilir. Örneğin koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hallerinde fiil ehliyeti kısıtlanmayabilir.³⁴

Bilindiği üzere, 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi’nin miras mukavelesi başlıklı 450. maddesinde “Miras mukavelesi, yapabilmek için, yapanın reşit olması şarttır.” denilmek suretiyle miras sözleşmesi yapanın reşit olması koşulu getirilmişti. Anılan hükümde yalnızca reşit olma şartının getirilmesi, ayırt etme gücüne sahip olma bakımından farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştu. Bu tartışmalar neticesinde genel kabul, bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi miras sözleşmelerinde de ayırt etme gücünün aranması gerektiği yönünde sonuçlanmıştı.³⁵ Öyle ki kanun koyucu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun miras sözleşmesini düzenleyen 503. maddesinin gerekçesinde “Yürürlükteki Kanunun 450nci maddesini karşılamaktadır. Yürürlükteki maddeden ve kaynak Kanundan farklı olarak uygulamada ve doktrinde kabul edildiği üzere, miras sözleşmesi yapabilmek için tasarrufta bulunanın

³⁰ İsviçre Federal Mahkemesinin vesayet hükümlerinde revizyon öncesindeki benzer kararları için bkz. BGer Urteil 5A_727/2009, https://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/2010/100205_5A_727-2009.html (Son Erişim Tarihi: 26.07.2024).

³¹ Yargıtay İBK 11.02.1959 tarih ve E: 1959/16 K: 1959/14 sayılı kararı.

³² Yargıtay 2. HD 14.05.2007 tarih ve E: 2007/6349 K: 2007/7938 sayılı kararı.

³³ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, 174; ANTALYA, 221; Yasal danışman atanan kişilerin miras sözleşmesi yapabilme ehliyetini oy danışmanı ve yönetim danışmanı bakımından farklı kabul ederek kendisine yönetim danışmanı atanan kişilerin ehliyet durumunun sınırlı ehliyetsize yaklaştığı görüşüyle miras sözleşmesi yapamayacaklarını ileri süren açıklamalar için bkz. ÖZTAN / ÖZTAN, 3590-3591.

³⁴ ÖZDEMİR, Elif Aydın: “19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu’nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2013, s.178; ATLAN, s.352.

³⁵ EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1966, s. 25.

kısıtlı olmaması koşulu da maddeye dahil edilmiştir.” ifadelerine yer vererek bu koşulun özellikle getirildiğini vurgulamıştır.³⁶

Benzer şekilde, 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 406. maddesinin 5. bendinde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesine benzer bir biçimde vesayet ve denetim makamının iznine bağlı işler arasında miras sözleşmesine yer verilmiş olması 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 450. maddesine ilişkin yürütülen tartışmaları aydınlatamamıştır. Günümüzde kabul gören görüşe paralel biçimde 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 406. maddesinin sadece malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmayan karşı taraf için uygulanabilir olduğu kabul edilmiştir.³⁷

Tüm bu açıklamalara karşın hükmün amaçsal yorum yöntemi ile yorumlanması halinde, hükümden kısıtlı bir kişinin kendi başına bir miras sözleşmesi yapamayacağı; ancak yasal temsilcisinin onayı ve Kanun'un 463. maddesi uyarınca vesayet makamının ve ondan sonra denetim makamının da izni ile bu sözleşmesinin geçerli kabul edilebileceği sonucu çıkarılabilir. Zira amaçsal yorum yöntemine göre kanunlarda yer alan düzenlemeler zamanın gereklerine ve anlayışına göre kazandıkları anlama göre yorumlanmalıdır. *“Özellikle fiziksel engeli, ağır hastalığı veya yaşlılığı yüzünden işlerini gereği gibi yönetemediği için iradi olarak kısıtlanmış olmakla birlikte ayırt etme gücü bulunan bir yetişkinin miras sözleşmesi yapmasına engel olunmasını gerektirecek hukuki bir gerekçe bulmak güçtür.”³⁸* Bu nedenle, günümüz vesayet hukukunda, iradenin üstünlüğü ilkesinin yoğun bir biçimde korunması nedeniyle hükmün bu şekilde yorumlanması daha doğru olur.³⁹ Bu bağlamda, ifade edilmelidir ki, kısıtlı kişinin miras sözleşmesi yapabilme ehliyetinin bütünüyle yasaklanması hakkaniyete uygun olmaz.

C. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 546. ve 557. maddelerinin İncelenmesi

Miras sözleşmesi, resmi vasiyetnamenin şekline tabi olmasına ve miras sözleşmesinin bir resmi vasiyetnamenin şartlarını evleviyetle taşmasına rağmen; resmi vasiyetname yapabilmek için erginlik ve kısıtlı olmama gibi şartlar aranmaz. Kısıtlı bir kişi tek başına bir el yazılı vasiyetname düzenleyebilirken ya da bir kişiyi mirasçı olarak atayabilirken miras sözleşmesi yapamaz. Bu durumun, yani miras sözleşmesi yapabilme ehliyetinin ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan kişilere özgülenmesinin gerekçesi vasiyetnameden tek taraflı olarak dönülebilmesine karşın miras sözleşmesinin karşılıklı bir sözleşme olmasına dayandırılır.⁴⁰

Oysa miras sözleşmesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 504. maddesinde düzenlenen irade sakatlığı hallerine başvurulmak suretiyle iptal edilebilir. Zira hüküm uyarınca *“Mirasbırakanın yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama etkisi altında yaptığı ölüme bağlı tasarruf geçersizdir.”* Kanun'da *“miras bırakanın ölümünden sonra”* ifadesi yer alıyor olsa da miras bırakan sağlığında 4721 sayılı

³⁶ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun madde gerekçeleri için tam metin bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1> (Son Erişim Tarihi: 26.07.2024)

³⁷ ATLAN, 357.

³⁸ ATLAN, 362.

³⁹ *“Kişisel özgürlük ile vesayet amacı birbiriyle çeliştiği bu durumda kanun koyucunun tercihini kişisel özgürlük lehine kullandığı kabul edilmelidir.”* ANTALYA, 224.

⁴⁰ Miras sözleşmesi bakımından ehliyet koşulunun daha sıkı olmasını miras sözleşmesinin vasiyetname gibi serbestçe geri alınamayacağıyla gerekçelendiren görüş için bkz. SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.238; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s.173-174; Kısıtlı kişilerin miras sözleşmesi yapabilme ehliyetlerini sözleşmesinin bağlayıcı olması gerekçesine dayandırmanın yerinde olmadığını; miras sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olması nedeniyle sağlar arası borç doğuran sözleşmeler kadar bağlayıcı olmadığını, zaten miras bırakanın sağlığında herhangi bir borç altına girmemesi nedeniyle malvarlığında dilediği tasarrufta bulunabileceğini lehtarın dava açma hakkının ancak miras bırakanın ölümünden sonra söz konusu olması nedeniyle miras sözleşmesinin iddia edildiği kadar bağlayıcı olmadığını savunan aksi görüş için bkz. ATLAN, s. 363.

Medeni Kanun'un 504. maddesi uyarınca miras sözleşmesinin iptalini talep edebilir.⁴¹ Yine miras sözleşmesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 546. maddesi uyarınca ortadan kaldırılabilir. Zira hüküm uyarınca "*Miras sözleşmesi, tarafların yazılı anlaşmasıyla her zaman ortadan kaldırılabilir.*" denilir. Ayrıca miras sözleşmesi iptal davasına konu edilebilir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 557. Maddesinde iptal davası açılacak durumlar düzenlenir. Hüküm uyarınca "1. Tasarruf mirasbırakanın tasarruf ehliyeti bulunmadığı bir sırada yapılmışsa, 2. Tasarruf yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucunda yapılmışsa, 3. Tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlâka aykırı ise, 4. Tasarruf kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmışsa" iptal davası açılması mümkündür.⁴² Bu bağlamda miras sözleşmesi yapabilme ehliyetinin kısıtlı kişilere verilmemesini; miras sözleşmesi bakımından ehliyet koşulunun daha sıkı olmasına ve miras sözleşmesinin vasiyetname gibi serbestçe geri alınamamasına bağlamak doğru bir sonuç ortaya koymayabilir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin ehliyetsiz olması hâlinde hem vasiyetname hem miras sözleşmesi geçersiz olur. Ancak sözleşme, kendiliğinden geçersiz hale gelmez. Ehliyet koşuluna uyulmadan yapılan miras sözleşmesi ancak iptal edilebilir niteliktedir.⁴³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 557. fıkrasına göre miras bırakanın ölümünden sonra ehliyetsizlik nedeniyle miras sözleşmesinin iptali istenebilir. Yine, Kanun'da "*miras bırakanın ölümünden sonra*" ifadesi yer alıyor olsa da miras bırakan sağlığında 4721 sayılı Medeni Kanun'un 504. maddesi uyarınca miras sözleşmesinin iptalini talep edebilir.⁴⁴

SONUÇ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu bakımından kısıtlı kişinin miras sözleşmesi yapabilme ehliyetinin tartışılabilir olduğu iddiası mümkündür; öte yandan bu iddianın irdelenmesi için Medeni Kanun'daki düzenlemenin tarihsel gelişim sürecinin de göz ardı edilmemesi gerekir.

Bilindiği üzere, 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin miras mukavelesi başlıklı 450. maddesinde "*Miras mukavelesi, yapabilmek için, yapanın reşit olması şarttır.*" denilmek suretiyle miras sözleşmesi yapanın reşit olması koşulu getirilmişti. Anılan hükümde yalnızca reşit olma şartının getirilmesi, ayırt etme gücüne sahip olma bakımından farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştu. Bu tartışmalar neticesinde genel kabul, bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi miras sözleşmelerinde de ayırt etme gücünün aranması gerektiği yönünde sonuçlanmıştı.⁴⁵ Öyle ki kanun koyucu tarafından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun miras sözleşmesini düzenleyen 503. maddesinin gerekçesinde "*Yürürlükteki Kanunun 450nci maddesini karşılamaktadır. Yürürlükteki maddeden ve kaynak Kanundan farklı olarak uygulamada ve doktrinde kabul edildiği üzere, miras sözleşmesi yapabilmek için tasarrufta bulunanın kısıtlı olmaması koşulu da maddeye dahil edilmiştir.*" ifadelerine yer verilerek bu koşulun özellikle getirildiği vurgulanmıştır.⁴⁶

Meseleye bu noktadan bakıldığında, kısıtlı kişinin miras sözleşmesi yapabilme ehliyetinin açık ve kesin bir biçimde bulunmadığı ifade edilebilir. Ancak tartışmaya açık olan bu hükmün, tarihsel yorum ve lafzi yorum yöntemleri ile yorumlanması her zaman doğru bir bakış açısı sağlamayabileceği gibi; günün gereksinimlerini karşılayamayabilir. Öte yandan, hükmün amaçsal yorum yöntemi ile yorumlanması halinde hükümden kısıtlı bir kişinin kendi başına bir miras sözleşmesi yapamayacağı; ancak yasal

⁴¹ DURAL / ÖZ, s.102; SEROZAN / ENGIN, s.239; ANTALYA, 227-228.

⁴² BRAUN / TEKBEN, 449-450.

⁴³ ÖZTAN / ÖZTAN, 3594.

⁴⁴ BRAUN/TEKBEN,451-452; DURAL/ÖZ, s.102; SEROZAN/ENGIN, s.239; ANTALYA, 227-228.

⁴⁵ EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1966, s. 25.

⁴⁶ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun madde gerekçeleri için tam metin bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1> (Son Erişim Tarihi: 26.07.2024)

temsilcisinin onayı ve Kanun'un 463. maddesi uyarınca vesayet makamının ve ondan sonra denetim makamının da izni ile bu sözleşmesinin geçerli kabul edilebileceği sonucu çıkarılabilir. Zira amaçsal yorum yöntemine göre kanunlarda yer alan düzenlemeler zamanın gereklerine ve anlayışına göre kazandıkları anlama göre yorumlanmalıdır. Günümüz vesayet hukukunda, iradenin üstünlüğü ilkesinin yoğun bir biçimde korunması nedeniyle hükmün bu şekilde yorumlanması daha doğru olacaktır.

Benzer biçimde öğretide öne sürülen miras sözleşmesi yapabilme ehliyetinin kısıtlı kişilere verilmemesini; miras sözleşmesi bakımından ehliyet koşulunun daha sıkı olmasına ve miras sözleşmesinin vasiyetname gibi serbestçe geri alınamamasına bağlayan görüşü kabul etmek özellikle öncelikle irade serbestisi ve kendi geleceğini belirleme hakkı daha sonra 4721 sayılı Medeni Kanun'da tanınmış sözleşmeyi ortadan kaldırma, irade sakatlığı hallerine dayanarak iptal ya da diğer iptal davası açma halleri çerçevesinde yapılacak değerlendirme sonucunda doğru bir yönelim ortaya koymayabilir.

Sonuç olarak, kısıtlı bir kişinin akdedeceği miras sözleşmesine ilişkin 4721 sayılı Medeni Kanun bakımından açık bir hükmün öngörülmediği iddia edilebilir. Bu bağlamda miras sözleşmesi geçerliliğini, öğretide görüşlerine ve yargı uygulamalarına dayanarak kazanır. Yani, günümüzde baskın görüş olan kısıtlı bir kişinin akdetmiş olduğu miras sözleşmesinin geçerli olamayacağı görüşü değişebilir. Bu halde, kısa süre zarfında, Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun hükümleri dikkate alınarak hükmün uygulamasının kısıtlanma nedenlerine göre yeniden şekillenmesi; uzun vadede ise Mehaz Kanun'a benzer şekilde kısıtlı kişiler bakımından miras sözleşmesi yapabilmenin koşullarının mevcut hükme bir fıkra eklenmek suretiyle düzenlenmesi gerekir.

KAYNAKÇA

ANTALYA, Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ATLAN, Hülya: "İsviçre Hukuku'ndaki Değişiklikler Işığında Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlının Mirasbırakan Sıfatıyla Miras Sözleşmesi Yapabilmesine İlişkin Düşünceler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 31, C. 8, 2017, s.349-369.

AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1966, s. 25.

GÜVEN, Kudret: İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler, Savaş Yayınevi, Ankara 2023.

HÄFELİ, Christoph: Kindes- und Erwachsenenschutz-recht, 3. Baskı, Stämpfli Verlag, 2021 Bern.

İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 12.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

KAPLAN, İbrahim: "İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, Cilt.1, S.137, 2018, s.275-404.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

ÖZDEMİR, Elif Aydın: "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2013, s.171-209.

ÖZTAN, Bilge / ÖZTAN, Fırat: "Ölümüne Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 65, C. 4, 2016, s.3585-3615.



SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey: Miras Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

BRAUN, Cihan Avcı / TEKBEN, Tuğçe: “Miras Sözleşmesinde Tarafların Ehliyet Durumu ve Ehliyetsizliğe Bağlı Hukuki Sonuçlar”, *TAÜHFD*, C. 2, S. 4, 2022, s.407-484

YAVUZ, Cevdet / ERLÜLE, Fulya / TOPUZ, Murat: Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.



ANONİM VE LİMİTED ŞİRKET PAYLARININ EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ UYARINCA TASFİYESİNDE GÜNCEL SORUNLAR

CURRENT PROBLEMS IN THE LIQUIDATION OF SHARES OF JOINT STOCK AND LIMITED LIABILITY COMPANIES IN ACCORDANCE WITH THE PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY REGIME

Öğr. Gör. Dr. Utku TOPCAN*

ÖZET

Eşler arası mal rejiminin tasfiyesi davaları, malvarlığı değerleri arasında anonim veya limited şirket paylarının da mevcut olması durumunda hem ticaret hukuku hem de medeni hukuk açısından oldukça karmaşık ve çok yönlü sorunlar ortaya çıkarabilmektedir. Bu tür davalarda, öncelikle payların edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğunun belirlenmesi kritik bir aşamadır. Medeni hukuk açısından bu tespiti yapabilmek için, edinilmiş mallara katılma rejiminin temel prensipleri ve edinilmiş mal ile kişisel mal kategorileri arasındaki farkların net bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin kanuni ve -şayet eşler arası bir anlaşma mevcutsa- akdi temel esasları, eşlerin evlilik süresince kazandıkları malvarlıklarının nasıl paylaşılacağına sınırlarını belirler. Bu bağlamda, anonim ve limited şirket paylarının edinilmiş mallara katılma rejimi içerisinde nasıl değerlendirileceği, hangi payların edinilmiş mal ve kişisel mal olarak sınıflandırılacağı önemlidir, zira bu tespit, tasfiye sürecinin temelini oluşturur.

Şirketler hukuku açısından ise, tasfiye sürecinde dikkate edilmesi gereken birden çok sorunlu alan söz konusudur. Öncelikle, hangi malvarlığı değerlerinin edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde dikkate alınacağı belirlenmelidir. Bu süreçte, diğer eşin katılma alacağı olarak talep edebileceği malvarlığı değerlerinin tespiti yapılmalıdır. Şirket paylarının değeri ve bu paylara düşen kâr miktarının doğru bir şekilde belirlenmesi esastır. Şirketin değerlemesi sırasında, hangi değerlendirme yöntemlerinin kullanılacağı da ortaya konmalıdır. Bu bağlamda, "konjonktürel ve endüstriyel değer artışı" gibi kavramların ayrımını yaparak, değerlemenin ne zaman yapılacağı, sermaye artırımı yapılması ve kâr dağıtımını yapılmaması veya kâr dağıtımını yapılmış olup da dava tarihinde kârın pay sahibi eş tarafından tüketilmiş olması hallerinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği araştırılmalıdır.

Gerek medeni hukuk gerekse ticaret hukuku açısından sürecin nasıl yönetilmesi gerektiğine dair bir yol haritası sunulması, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sürecine dair uygulayıcıların karşılaşılabilecekleri sorunları daha iyi anlamalarına ve çözüme ulaşmalarına yardımcı olunması, çalışmanın temel amacıdır. Çalışmada, anonim ve limited şirket paylarının edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde tasfiyesinde önem arz eden hususlar, güncel yüksek yargı kararları ışığında incelenecektir.

* İzmir Ekonomi Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, utku.topcan@ieu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5096-7653.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Eşlerin Katılma Alacağı, Şirket Payları.

ABSTRACT

In cases for the liquidation of marital property regimes where the assets include shares in joint-stock or limited companies, both commercial and civil law issues can become highly complex and multifaceted. In such cases, determining whether the shares are acquired assets or personal assets is a crucial step. From a civil law perspective, this determination requires a clear understanding of the fundamental principles of the acquired property participation regime and the distinctions between acquired and personal assets. The statutory and, if applicable, contractual principles of the acquired property participation regime define how the assets accumulated during the marriage are to be shared. In this context, it is essential to determine how shares in joint-stock and limited companies are to be classified within the acquired property participation regime, and which shares are to be considered as acquired or personal assets, as this classification forms the basis of the liquidation process.

From a commercial law perspective, several problematic areas need to be addressed during the liquidation process. First, it must be determined which assets will be considered in the liquidation of the acquired property participation regime. During this process, it is necessary to identify the assets that the other spouse may claim as part of their participation share. Accurately determining the value of the company shares and the amount of profit attributable to those shares is essential. Additionally, it should be established which valuation methods will be used for the company's valuation. In this context, distinctions such as "conjunctural and industrial value increase" must be made, and it should be determined when the valuation should occur, how to handle capital increases, and what steps to take if profits have not been distributed or if profits have been distributed but consumed by the shareholding spouse at the time of the lawsuit.

The primary aim of this study is to provide a roadmap for managing the process from both civil and commercial law perspectives, helping practitioners better understand and resolve potential issues in the liquidation process of the acquired property participation regime. The study will examine the critical issues related to the liquidation of joint-stock and limited company shares within the framework of the acquired property participation regime, in light of the recent Turkish case law.

Keywords: Participation in Acquired Property Regime, Participation Claim of Spouses, Company Shares.

GİRİŞ

Aile içi ilişkiler ve ekonomik ortaklıklar, ortak mülkiyet ve paylaşım sorunlarını gündeme getirmektedir. Özellikle boşanma veya ayrılık durumlarında, taraflar arasında malların nasıl paylaşılacağına dair anlaşmazlıklar sıklıkla ortaya çıkar. Türkiye'de edinilmiş mallara katılma rejimi, bu tür durumlarda mal paylaşımını düzenleyen önemli bir hukuki çerçeve sunar. Edinilmiş mallara katılma rejimi, evlilik birliği

içinde edinilen malların eşler arasında eşit olarak paylaşılmasını öngörür. Ancak, bu rejimin tasfiyesi sırasında şirket paylarının durumu, hukuk sistemimizin karşılaştığı özel ve karmaşık bir meseledir.

Anonim ve limite şirket payları, ekonomik değer taşıyan ve belirli hakları temsil eden varlıklar olarak, tasfiye sürecinde dikkatli bir şekilde ele alınmalıdır. Eşler arasında mal paylaşımı yapılırken, özellikle bir veya her iki eşin sahip olduğu şirket paylarının tasfiyesinin nasıl gerçekleştirileceği, birçok hukuki ve pratik sorunu beraberinde getirir. Bu durum, şirketlerin mali yapıları, yönetim hakları ve değerlendirme yöntemleri açısından önemli tartışmalara yol açabilir.

Bu çalışmada, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sürecinde şirket paylarının nasıl ele alındığı incelenecektir. Konunun medeni hukuk yönü boyutu çerçevesinde ilk olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminin temel ilkeleri ve tasfiye sürecinin genel çerçevesi açıklanacaktır. Ardından, konunun ticaret hukuku boyutu çerçevesinde, şirket paylarının tasfiyesi sürecinde uygulamada karşılaşılan zorluklar, yargı kararları ışığında ele alınacaktır. Bu bağlamda, kişisel ve edinilmiş mal niteliğindeki şirket payları tespit edilecek, özellikle payın geliri olarak kâr üzerinde eşin hakları, farklı senaryolar gözetilerek, incelenecektir.

I. YASAL REJİM OLARAK: EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA

A. Genel Olarak

Evliliğin boşanma, ölüm ya da iptal gibi herhangi bir sebeple sona ermesinin sonuçlarından birisi eşlerin mal varlıklarının tasfiyesidir. 743 sayılı mülga Medeni Kanun'daki kanuni rejim olan mal ayrılığından 1.1.2002 itibarıyla edinilmiş mallara katılma rejimine geçilmiştir. Bu değişikliğe gidilmesinde, evlilik birliği sona erdiğinde, mal ayrılığı rejiminin eşler arasında büyük haksızlıklara yol açtığı, özellikle meslek sahibi kocanın lehine işlediği, ev işlerini yapan ve hatta kocasına mesleğinin icrasında yardımcı olan kadının durumunu hiç nazara almadığına dair eleştiriler etkili olmuştur¹.

Ocak 1988'de yürürlüğe giren, 5 Ocak 1984 tarihli bir Kanunla yeni baştan düzenlenen kaynak İsvMK'da, mal birliği olarak geçerli olan yasal mal rejimi "Edinilmiş Mallara Katılma" (*Errungenschaftsbeteiligung*) olarak kabul edilmiştir. TMK'nın edinilmiş mallara katılma rejiminin düzenlemelerinde de kaynak İsvMK m. 196 – 220 hükümleri birkaç istisna dışında, tamamen iktisap edilmiştir.

Bu bölümde, anonim ve limited şirket paylarının katılma rejiminin tasfiyesindeki durumuna geçmeden önce, bu rejimin temel ilke ve kuralları tanıtılacaktır.

¹ TMK m. 202 gerekçe.

B. Rejime Hâkim İlkeler²

Edinilmiş mallara katılma rejiminde anonim ve limited şirket paylarının tasfiyesinde özellik arz eden hususlara geçmeden önce, bu rejime hâkim ilkelerden kısaca bahsetmek gerekir.

Bunlardan ilki olan “emek karşılığı edinilen mallarda hak sahipliği ilkesi”, eşlerden birisi emek harcarken, diğer eşin de eve ya da edinilmiş mala emek harcayacağı veya harcamış olacağı düşüncesine dayanır. Bir görüşe göre edinilmiş malların nelerden ibaret olduğunu örnekseme yoluyla sayan TMK m. 219’daki tüm değerler, emek gerektiren kazanımlardır.

Temel bir diğer ilke olan “ikame ilkesi” uyarınca edinilmiş malların yerine geçen değerler, edinilmiş mal sayılır. Örneğin, eşlerden biri kazandığı parayla kendi şahsi kullanımı için dahi araba satın almışsa, araba edinilmiş mal sayılacaktır. Aynı şekilde, kişisel mal yerine geçen değerler de kişisel mal sayılır. Örneğin, eşlerden biri babasından miras kalan evi satıp ailenin kullanımı için araba satın almışsa, araba da kişisel mal sayılacaktır. Burada ikame olunan malın kullanım amacına değil, yerine geçtiği malın hangi gruba ait olduğuna bakılır.

TMK m. 239’da karşılığını bulan “eşe aynı değil şahsi hak tanınması” ilkesi, kural olarak hak sahibi eşin sadece alacak hakkı talep edebilmesi, ezcümle borçlu eşin borcunu nakit veya ayın olarak ödeme yetkisini düzenlemektedir. Başka bir deyişle, bu rejimde “malların paylaşılması” söz konusu değildir. Malların tasfiyesi sonucu ortaya bir artık değer çıkarsa, aksine sözleşme yoksa bunun yarısı üzerinde eşler alacak hakkına sahip olur ve buna da katılma alacağı denir. Yani eş, malların maliki olmaya devam edecek; diğer eşe bir mülkiyet payı verilmeyecektir. Bu kuralın istisnasını TMK m. 240 oluşturur. Anılan hükümde, eşe, belli koşullarda alacak hakkı yerine konut ve konut eşyası üzerinde aynı hak (intifa, oturma veya mülkiyet) tanınmasını isteme yetkisi verilmiştir.

“Mal gruplarının değişmezliği” ilkesi uyarınca TMK m. 219 ve m.220’de düzenlenen edinilmiş ve kişisel mal grupları kural olarak değiştirilemez. Ancak kanun koyucu bu kuralı kişisel mallar lehine yumuşatmış ve belli edinilmiş mal değerlerinin kişisel mal sayılabilmesi yönünde TMK m. 221’de sözleşme özgürlüğü tanımıştır. Bundan başka, TMK m. 227/3, m. 237/1 ve m. 223/2 hükümlerinde de sözleşme ile rejim içerisinde farklı esaslar belirlenmesine imkân tanınmıştır.

Rejimin bir diğer ilkesi, “ispat kolaylığı ve iyiniyet” ilkesi uyarınca, aksi kanıtlanıncaya kadar, eşlerin malları edinilmiş mal kabul edilir (TMK m. 222/3). Başka bir deyişle, TMK. m. 220 hükmü çerçevesinde kişisel mal olarak sayılmamış ve eşler tarafından TMK. m. 221 kapsamında da mal rejimi sözleşmesi çerçevesinde kişisel mal olarak kabul edilmemiş malvarlığı değerleri edinilmiş mal olarak kabul edilir. Eşlerden hangisine ait olduğu kanıtlanması mümkün olmayan hallerde ise, malın eşlerin paylı mülkiyetinde olduğu karinesi işler.

² KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Katkı-Katılma Alacağı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 84 vd [Katılma Alacağı]; AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta, İstanbul 2016, s. 155 vd.; ÖZDAMAR, Demet / KAYIŞ, Ferhat: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, Seçkin, Ankara 2015, s. 29 vd; ZEYİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin, Ankara 2021, s. 113 vd.

Son olarak, rejimin esaslarından “tercih” ilkesine göre, şayet bir malın edinilmesinde edinilmiş malların katkısı kişisel malların katkısına eşit ise, o takdirde söz konusu malın edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak aleyhine nitelendirme yapılmış olan mal grubu bakımından kural olarak TMK. m. 230 hükmü esasları çerçevesinde denkleştirme yapılması gerekecektir³.

A. Kişisel Mal & Edinilmiş Mal Ayrımı

a. Edinilmiş Mallar

Edinilmiş mallara katılma rejiminde mallar mutlaka ya edinilmiş mal ya da kişisel mal olarak kategorize edilmektedir. Bu süreçte malvarlığı değerlerinin başka bir türde ele alınmaları söz konusu olamayacağı gibi herhangi bir malvarlığı değerinin kısmen edinilmiş mal, kısmen kişisel mal olarak dikkate alınması da söz konusu değildir.

Kanun’da öncelikle edinilmiş malların genel bir tanımı yapılmıştır. Buna göre, “*her eşin bu mal rejiminin devamı süresince (ve) karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri*” edinilmiş maldır (TMK m. 219/1). Bu tanım uyarınca, bir malvarlığı değerinin edinilmiş mal sayılabilmesi için “evlilik birliğinin devamı süresince edinilmiş olması” ve “karşılığının verilmiş olması” gerekmektedir⁴.

Bu genel tanımdan sonra, yine aynı maddede, sınırlayıcı olmayan biçimde edinilmiş mal grupları da sayılmıştır. Buna göre bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır (TMK m. 219/2):

1. Çalışmasının karşılığı olan edinimler,
2. Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler⁵,
3. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar⁶,
4. Kişisel mallarının gelirleri⁷,

³ Örneğin 27 bin TL’lik bir arabanın edinilmesine 15 bin TL edinilmiş mallardan, 12 bin TL de kişisel mallardan katkı sağlanmışsa, bu mal daha çok edinilmiş mallardan sağlandığı için edinilmiş mal kabul edilecektir. Eşit katkı söz konusu ise de edinilmiş kabul edilecektir. ÖZDAMAR / KANYIŞ, s. 42.

⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 338-341 [Aile Hukuku]; TMK m. 219/2’de sayılan belirli malvarlığı değerleri, tanımda yer alan unsurları taşıyıp taşıyamamasından bağımsız şekilde edinilmiş mal olarak nitelendirilmiştir. SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s. 143; ZEYTİN, s. 119-124.

⁵ Karş. TMK m. 228/2.

⁶ Karş. TMK m. 228/2.

⁷ Karş. TMK m. 221/2; Tasfiye payının “gelir” ve dolayısıyla edinilmiş mal kabul edilmesi hususunda öğretideki farklı görüşlere rağmen, şayet anonim veya limited şirket payı kişisel mal niteliğinde ise, tasfiye payının pay bedeline karşılık gelen kısmı da TMK. m. 220/b.4 anlamında kişisel malın yerine geçen değer (kaim değer) olması sebebiyle kişisel mal sayılmalıdır. KIRCA, İsmail / KIRCA, Çiğdem, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited Şirketlerde Bağlamın Etkisizleşmesi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 550; ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri - Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin, Ankara 2014, s. 234 vd. Ancak, tasfiye payının pay bedelini aşan kısmı TMK. m. 219/b.4 hükmü kapsamında edinilmiş mal grubuna dâhil edilmelidir.

5. Edinilmiş malların yerine geçen değerler.

Şayet bir malvarlığı değerinin karşılığı hem kişisel mallardan hem de edinilmiş mallardan karşılanmış ise, o takdirde söz konusu malvarlığı değerinin elde edinilmesinde hangi mal grubunun ağırlıklı olarak etken olduğu dikkate alınmalıdır.

b. Kişisel Mallar

Kişisel malların nelerden oluştuğu TMK m. 220’de bentler hâlinde sayılmıştır, ancak bir tanım verilmemiştir. Bu mallar kanundan ötürü kişisel mal sayılır.

Genel bir tanım vermek gerekirse, kişisel mallar, evlilik birliğinden önce veya mal rejiminin sona ermesinden sonra edinilen veya evlilik birliği içerisinde edinilmekle birlikte TMK m. 220’de -edinilmiş malların aksine- *numerus clausus* sayılan malvarlığı değerleridir.

Kişisel malları kaynağına göre iki grupta düzenleyen kanun koyucu, kanun gereği kişisel sayılan malları şu şekilde saymaktadır:

1. Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya,
2. Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri,
3. Manevi tazminat alacakları,
4. Kişisel mallar yerine geçen değerler.

Burada sayılan malvarlığı değerleri ayrıca TMK m. 219’da verilen tanım yoluyla edinilmiş malları düzenleyen TMK m. 219 hükmünün kapsamına girse dahi, başka bir deyişle, evlilik birliği devam ederken emek karşılığı edinilmiş olsa dahi, kişisel mal sayılır.

İkinci grup kişisel mallar için kanun koyucu sözleşme özgürlüğü ilkesi getirmiştir. TMK m. 220’de kişisel mallar sınırlı sayı ilkesi geçerli olacak şekilde sayıldıktan sonra, TMK. m. 221 hükmü ile eşlere mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle edinilmiş mal olan birtakım değerlerin kişisel mal olarak sayılması hususunda ek imkân verilmiştir. Bu hükümlerle iki kategori mal arasında önemli bir fark da yaratılmıştır: Edinilmiş mal statüsü yaratılamaz ancak kişisel mal statüsü yaratılabilir⁸. Buna göre, eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, *bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti* sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler (TMK m. 221/1). Aynı şekilde eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin de edinilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırabilirler (TMK m. 221/2). Yalnız bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, kişisel malların TMK m. 220’de *numerus clauses* sayılması ve bu tip bir saymanın istisnalarının açıkça kanunda düzenlenmiş olması gerekliliği karşısında, sözleşme ile kişisel mal kategorisine alınabilecek mallar

⁸ GENÇCAN, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin, Ankara 2017, s. 206.

yalnızca TMK m. 221’de sayılanlardan ibarettir. Başka bir deyişle, edinilmiş mal olarak kabul edilen her unsur kişisel mal olarak kararlaştırılmaz⁹.

Bu noktada tekrar belirtmek gerekir ki, TMK. m. 220 çerçevesinde kişisel mal olarak sayılmamış ve eşler tarafından TMK. m. 221 hükmü uyarınca mal rejimi sözleşmesi ile de kişisel mal olarak kabul edilmemiş malvarlığı değerleri, ispat kolaylığı ilkesi uyarınca (TMK m. 222/2) edinilmiş mal olarak kabul edilir¹⁰.

B. Artık Değer ve Katılma Alacağı İlişkisi

Artık değer, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden - varsa eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere- bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır. (TMK m. 231) Bu değer hesaplanırken değer eksilmesi göz önünde bulundurulmaz.

Bu düzenleme uyarınca her bir eşin artık değeri;

- ❖ Edinilmiş mallar,
- ❖ Edinilmiş mallara varsa eklenecek değerlerin eklenmesi,
- ❖ Her bir eşin kendi edinilmiş malları ile kişisel mallar arasında denkleştirme miktarı (TMK m. 230 uyarınca)
- ❖ Bu üç kalemin toplamından borçların çıkarılması suretiyle bulunur.

Artık değer hesaplanırken, borçlar da *edinilmiş mallara ilişkin borçlar ve kişisel mallara ilişkin borçlar* olarak tasnif edilir. Denkleştirmeye ilişkin TMK m. 230/2 uyarınca; “Her borç, ilişkin bulunduğu mal kesimini yükümlülük altına sokar”. Buna göre, bir borç edinilmiş mala ilişkin ise edinilmiş mallardan düşülür. Kişisel mala ilişkin borç ise tasfiyede dikkate alınmaz. Hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borç edinilmiş mallara ilişkin sayılır.

Bu şekilde bulunan artık değerinin yarısı üzerinde, diğer eş veya mirasçuları, katılma alacağı hakkına sahibi olurlar (TMK m. 236/1).

Özetle, erkek eşin katılma alacağı, kadın eşin artık değerinin yarısıdır. Bunun tespiti için, kadın eşin malvarlığındaki değerler, kişisel mal ve edinilmiş mal olarak ayrılır. Yalnızca edinilmiş mallar tasfiyeye girer. Aynı şekilde, kadın eşin katılma alacağı, erkek eşin artık değerinin yarısıdır. Bunun tespiti için de erkek eşin malvarlığındaki değerler, kişisel mal ve edinilmiş mal olarak ayrılır. Yalnızca edinilmiş mallar tasfiyeye girer.

⁹ Dolayısıyla TMK. m. 219 ve m. 220 hükümleri, TMK. m. 221 hükmünde sayılanlar dışında emredicidir. ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Yetkin, Ankara 2015, s. 441.

¹⁰ Bir malın hangi gruba girdiği hususunda çekişme çıkarsa bu konuda tespit istenebilir. GENÇCAN, s. 210.

C. Sona Erme ve Tasfiye Anı

Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığın geçilmesine karar verilmesi hâllerinde mal rejimi dava tarihinde (davanın açıldığı tarih) sona erer¹¹ (TMK m. 225/2).

Mal rejiminin sona erdiği an, aynı zamanda eşlerin kişisel malları ile edinilmiş mallarının tespit edildiği andır (TMK m. 228/1). Dolayısıyla belirli bir malın hangi gruba girdiği ve tasfiyeye katılıp katılmayacağı, söz konusu malın tasfiye anında eşlerin malvarlığında bulunup bulunmamasına bağlıdır.

Mal rejiminin sona erdiği anın tespiti kadar önemli bir başka an da, malların hangi andaki değerlerinin dikkate alınacağıdır. Mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılırlar (TMK m. 235). Yargıtay uygulamalarına göre ise tasfiye tarihi karar tarihine en yakın tarihtir. Tasfiye anı, mahkemenin karar günü olarak kabul edilecek olursa, hâkim, bilirkişi raporlarına göre yapılan değer tespitlerini, karar tarihi ile raporların sunulma tarihi arasındaki zaman farkını dikkate alarak, meydana gelebilecek olan olası değişiklikleri, durumun özelliklerine göre yeniden değerlendirme yaptırarak katılma alacağı oranında belirlemelidir¹².

Bu arada, değer artış payı alacağı da tasfiyeye etki edebilir. TMK m. 227 uyarınca, eşlerden biri, diğerinin kişisel malının edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanır; bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değeri esas alınır. Şayet bu mal daha önce elden çıkarılmışsa, hâkim, diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirler (TMK m. 227/2). Eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler (TMK m. 227/3).

Mal rejiminin tasfiye anı bir başka açıdan daha önem arz eder. TMK m. 232 uyarınca, mal rejiminin tasfiyesinde malların sürüm değerleri esas alınır.

İkinci bölümde ise bu sürüm değerinin anonim ve limited şirket payları bakımından nasıl değerlendirildiği üzerinde durulacaktır.

¹¹ Her zaman sona ermeyi tasfiye takip etmeyebilir. Taraflar ölüm, boşanma durumunda tasfiyeyi hiç istememiş olabilirler yahut boşanma durumunda tasfiyeyi isteme hakkı zaman aşımına uğramış olabilir.

¹² KARAMERCAN, Fatih: Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Seçkin, Ankara 2015, s. 210

II. KATILMA REJİMİNDE ANONİM VE LİMİTED ŞİRKET PAYLARININ TASFİYESİ

A. Şirket Paylarının Katılma Rejiminde Sınıflandırılması

a. Kişisel Mal Niteliğindeki Şirket Payları

Katılma rejimi sona erdikten sonra şirket paylarının tasfiyesinde dikkat edilmesi gereken hususlara geçmeden önce, katılma rejiminin genel kural ve ilkeleri uyarınca hangi hallerde şirket paylarının kişisel mal, hangi hallerde edinilmiş mal kategorisinde kabul edildiğini tespit etmek gerekir.

Buraya kadar anlattıklarımız çerçevesinde, kişisel mal niteliğindeki şirket paylarını üç grupta incelemek mümkündür:

1) TMK m. 220/b.2 kapsamında kişisel mal kabul edilen şirket payları:

- ❖ Eşlerin evlilik *birliğinin kurulmasından önce* sahip oldukları şirket payları
- ❖ 743 sayılı mülga MK döneminde kurulan evliliklerde, *edinilmiş mallara katılma rejiminden önce (1.1.2002 tarihinden önce)* sahip oldukları şirket payları
- ❖ Edinilmiş mal rejimi içerisinde *miras yoluyla* sahip oldukları şirket payları
- ❖ Edinilmiş mal rejimi içerisinde *karşılıksız kazandırma yoluyla* sahip oldukları şirket payları

2) TMK m. 220/b.3 kapsamında kişisel mal kabul edilen şirket payları:

- ❖ *Manevi tazminat alacağı* kullanılarak alınan şirket payları

3) TMK m. 220/b.4 kapsamında kişisel mal kabul edilen şirket payları:

- ❖ Evlilik birliği öncesinde *mevcut parasal birikimiyle* alınan şirket payları
- ❖ *Bağış olarak verilen bir malın satış bedeli* ile alınan şirket payları
- ❖ 1.1.2002'den *önceki şirket hisselerinin satış bedeliyle* alınan şirket payları
- ❖ Şirketlerin *birleşmesi* durumunda devrolunan şirketteki payların eşlerden birinin kişisel malı olması durumunda bu eşin birleşme nedeniyle devralan şirkette edinmiş olduğu paylar (yahut ayrılma akçesi)
- ❖ Şirketin *bölünmesi* durumunda da bölünen şirket paylarının bir eşin kişisel malı olması halinde bölünme nedeniyle bu paylara karşılık edinilen paylar (yahut ayrılma akçesi)
- ❖ Şirketin *tür değiştirmesi* durumunda da tür değiştirmeden önce eşin şirketteki payının kişisel malı olması halinde değişen şirkette bu paylara karşılık edinilen paylar (yahut ayrılma akçesi)

Bu örneklerin hiç birisinde şirket payı, mal rejimi tasfiyesi ve katılma alacağı davasına konu edilemeyecektir.

b. Edinilmiş Mal Niteliğindeki Şirket Payları

Tasfiyeye konu edilemeyen kişisel mal niteliğindeki şirket paylarını tespit ettikten sonra, diğer eşin üzerinde katılma alacağı talep edebileceği edinilmiş mal niteliğindeki şirket paylarını *dört* grupta toplayabiliriz¹³:

1) Eşin mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek, çalışmasının karşılığında edindiği şirket payları (TMK m. 219/2/b.1 kapsamında). Bu paylar üzerinde eşin sahip olduğu haklar:

- i. Katılma Alacağı (TMK m. 236): Bu alacağın tek sebebi ve dayanağı, evlilik ve rejim devam ederken payın edinilmiş olmasıdır¹⁴. Diğer eşin payın ediniminde katkıda bulunması gerekmez. Şayet mal rejimi devam ederken eş, hissesini başkasına bağışlamış veya devretmişse, devir, bağış şeklinde ise, TMK m. 229/1/b.1 uyarınca mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan yapılması halinde; devir satış şeklinde ise –süre sınır olmaksızın ancak katılma alacağını azaltma maksatlı yapılmış olması şartıyla- “*eklenecek değer*” olarak hisse halen hissedar eşin üzerinde kabul edilir. Şayet eş halen hisse sahibi ise, pay, edinilmiş malvarlığına dahildir ve diğer edinilmiş malların tasfiyesi gibi yapılır¹⁵.
- ii. Değer Artış Payı Alacağı (TMK m. 227): Edinilmiş mallara katılma rejimi dönemi içerisinde edindiği mala diğer eş katkıda bulunmuşsa, bu, katkıda bulunan lehine TMK m. 227 uyarınca bir alacak hakkı doğurur ve payın karar tarihindeki rayiç değeri hesaplanarak karar tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte talep edilebilir.

¹³ Bu arada TMK m. 221/1’de yer alan “*Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler*” hükmünün anonim ve limited şirket payları bakımından uygulanıp uygulanamayacağı yönünde iki karşıt görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, ticari şirket ortaklığından elde edilen paylar kişisel mal olarak kabul edilebilir, ancak bu durumda pay sahibinin şirketin yönetim veya denetiminde görev alması gerekir. Yalnızca pay sahibi olmak, meslek icrası veya işletme faaliyeti olarak kabul edilmez. Diğer görüşe göre ise, bir malvarlığı değerinin, bir meslek icrası veya işletme faaliyetiyle ilgili olup olmadığını ayırt etmek gerekir. Salt yatırım amaçlı edinilen malvarlığı değerleri, meslek veya işletme faaliyeti kapsamında sayılmadığı için kişisel mal olarak kabul edilemezler. Özetle, şirket paylarının kişisel mal olarak kabul edilmesi için bu payların işletme faaliyetine özgülenmiş olmasını aramak gerekir. Ayrıca, İsviçre doktrininde meslek icrası genellikle serbest mesleklerle sınırlı olarak yorumlanmaktadır. Bu doğrultuda, edinilmiş malların kişisel mal olarak kabulü, tipe bağlılık ilkesi uyarınca, yasal mal rejimi ilkelerine uygun şekilde sınırlı tutulmalıdır. Anılan tartışma için birçokları yerine bkz. BÜBERCİ, Afet Gülen: Anonim ve Limited Şirketlerde Pay, Kâr Payı ve Yedek Akçelerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Kapsamında Tasfiyesi, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Bölümü, İstanbul 2019, s. 82 vd.

¹⁴ KILIÇOĞLU, Katılma Alacağı, s.117.

¹⁵ KILIÇOĞLU, Katılma Alacağı, s.117-118.

Karşılığı verilerek katılma rejimi devam ederken edinilen şirket payı üzerindeki katılma alacağının hesabında gözetilecek ilke ve unsurlar Yargıtay tarafından şu şekilde ortaya konmuştur¹⁶:

- ❖ Şirketin mal rejiminin sona erdiği andaki durumu,
- ❖ O tarihteki ekonominin genel gidişatı,
- ❖ Şirketin faaliyet gösterdiği sektörün konumu, büyüklüğü ve büyüme hızı,
- ❖ Tasfiyeye konu şirketin bilanço değerleri,
- ❖ Şirketin kullandığı teknoloji, makina ve tesisatın durumu ile araştırma geliştirme faaliyetleri (ARGE),
- ❖ Ürettiği hizmet ve ürünleri pazarlama ile rekabet gücü,
- ❖ Müşteri portföyü, organizasyonu ile yönetim kadrosu büyüme potansiyeli,
- ❖ Şirketin değerlendirme anındaki satışlarına, kazançlarına, siparişlerine, nakit akışlarına ve finansal durumuna göre geleceğe ilişkin tahminler,
- ❖ Kâr dağıtım politikası,
- ❖ Gelecekte planlanan sabit kıymet yatırımları, stratejisi,
- ❖ Ekonominin genel arz ve talep kuralları, göz önünde bulundurularak katılma alacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Şirketin mal rejiminin sona erdiği tarih itibarıyla bu şekilde belirlenen değerinin TÜFE göz önünde bulundurularak tasfiye (karar) tarihindeki sürüm değeri üzerinden ulaşılabilecek değer üzerinden katılma alacağının hesaplanması gerekir. Şirketin sadece öz sermaye değeri ve boşanma davası tarihinden sonraki özvarlıkları dikkate alınarak yapılan hesaplamayı hatalı bulan Yargıtay, şirketin özsermaye değeri ve ödenmeyen sermaye borcu da ödenmiş gibi düşünülerek, belirlenen şirket değerinin güncellenmiş değeri üzerinden katılma alacağına hükmedilmesini bozma sebebi kabul etmiştir.

¹⁶Yargıtay 8. HD'nin 13.02.2020 tarih ve E:2020/61 K:2020/1332 sayılı kararı (Lexpera) (Erişim Tarihi: 08.03.2024); Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. HD'nin 21.11.2016 tarih ve E:2015/6299 K:2016/15819 sayılı kararı (Lexpera) (Erişim Tarihi: 08.03.2024).

- 2) **Eşin mal rejiminin devamı süresince sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerle sahip olduğu şirket payları** (TMK m. 219/2/b.2 kapsamında)¹⁷.
- 3) **Eşin çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlarla sahip olduğu şirket payları** (TMK m. 219/2/b.3 kapsamında).
- 4) **Edinilmiş mal niteliğindeki bir şirket payının satışı ile elde edilen yeni bir şirket payı** (TMK m. 219/2/b.5 kapsamında).
- 5) **Şirket hissesinin gelirleri** (TMK m. 219/2/b.4 kapsamında). Şirket hissesi gelirlerinin edinilmiş mal kabul edilebilmesinin ön şartı, TMK m. 221/2 uyarınca eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırmamış olmalarıdır. Bu yönde bir anlaşma yoksa, edinilmiş mallara dahil edilebilecek şirket hissesi gelirlerini üç grupta toplamak mümkündür:
 - i. **Dağıtılmamış (dava tarihinde mevcut olan) kâr payları:** Uygulamada katılma rejiminin tasfiyesinde şirketler hukukuna ilişkin olarak en sık talep edilen malvarlığı unsuru, dava tarihinde henüz dağıtılmamış kâr paylarıdır. Konuya ilgili bir kararında Yargıtay *“İddia ve savunma doğrultusunda toplanan tüm deliller, ailenin ekonomik ve sosyal statüsü, yaşam standardı ve hayatın olağan akışına göre aile harcamasında kullanıldığı kabul edilen makul miktar belirlenip çıkarıldıktan sonra, kalan miktarın mal rejiminin tasfiyesinde gözetilmesi gerekir. Yukarıdaki değer tespiti, belirleme ve hesaplamaların yapılabilmesi geçen gerek görülürse mali müşavir, bankacı ve hesap bilirkişi veya bilirkişilerinden de yardım alınmalıdır. Mahkemece, yukarıda açıklanan Daire'nin ilke ve uygulamalarına göre araştırma ve inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.”*¹⁸ demek suretiyle, dağıtılmamış kâr payı üzerindeki katılma alacağının hesabında, makul bir miktar aile harcamalarının belirlenip çıkarılmasını şart koşmuştur.
 - ii. **Dağıtılmış ve tüketilmiş (dava tarihi itibarıyla mevcut olmayan) kâr payları:** Eşin payına isabet eden kârın dağıtılmış hatta pay sahibi eş tarafından tüketilmiş olması, diğer eşin bu kâr payı üzerinde katılma alacağı hakkı ileri sürmesine engel değildir. Yakın tarihli bir kararında konuyu ele alan Hukuk Genel Kurulu, özel dairenin bozma ilamında yer alan

¹⁷ Karş. TMK m. 228/2.

¹⁸ Yargıtay 8. HD'nin 22.11.2018 tarih ve E:2016/15937 K:2018/19045 sayılı kararı (Kazancı İçtihat) (Erişim Tarihi: 09.03.2024)

detaylı araştırmanın yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Buna göre, evlilik birliğinin kurulduğu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar:

- ❖ Dava konusu şirketin kâr edip etmediğinin,
- ❖ Kâr etmişse davalı eşe şirket kâr payı ödenip ödenmediğinin,
- ❖ Ödenmişse mevcut olup olmadığının ya da herhangi bir yatırıma dönüştürülüp dönüştürülmediğinin,
- ❖ Ödenmiş kâr payının mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut olmaması durumunda ise; iddia ve savunma doğrultusunda toplanan tüm deliller, ailenin ekonomik ve sosyal statüsü, yaşam standardı ve hayatın olağan akışına göre aile harcamasında kullanıldığı kabul edilen makul miktar belirlenip çıkarıldıktan sonra, kalan miktarın tespit edilmesi¹⁹,
- ❖ Kâr payı ödemesi yapılmamışsa kârın şirkete yatırım olarak kullanılıp kullanılmadığının araştırılıp belirlenmesi,
- ❖ Kâr payı ödemesi yapılması veya karın şirkete yatırım olarak kullanılması durumunda, bu miktarların mal rejiminin sona erdiği tarih itibarıyla ulaştığı reel değer belirlenerek mal rejiminin tasfiyesinde göz önünde bulundurulmalıdır²⁰.

iii. **Dağıtılmayarak sermaye artışında kullanılan kâr payları**²¹: Kârın dağıtılmayarak şirketçe yatırıma dönüştürülmesi halinde Yargıtay iki farklı hesap yöntemi belirlemiştir. Bunlardan

¹⁹ Karş. TMK m. 227/2 “malın elden çıkarılması” ve TMK m. 229/2 “azaltma kastıyla yapılan devirlerin eklenmesi”.

²⁰ Yargıtay HGK’nın 1.7.2021 tarih ve E:2020/458 K:2021/889 sayılı kararı (Kazancı İçtihat) (Erişim Tarihi: 10.03.024); “Mahkemece yapılacak iş; evlenme tarihinden mal rejiminin sona erdiği 07.01.2013 tarihine kadar, dava konusu şirketin kar edip etmediğinin, kar etmişse davalı eşe şirket kâr payı (temettü=kazanç) ödenip ödenmediğinin, ödenmişse mevcut olup olmadığının ya da herhangi bir yatırıma dönüştürülüp dönüştürülmediğinin, kâr payı ödemesi yapılmamışsa karın şirkete yatırım olarak kullanılıp kullanılmadığının araştırılıp belirlenmesidir. Kâr payı ödemesi yapılmış veya karın şirkete yatırım olarak kullanılması durumunda, bu miktarların mal rejiminin sona erdiği tarih itibarıyla ulaştığı reel değer belirlenerek mal rejiminin tasfiyesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Ödenmiş kâr payının mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut olmaması durumunda ise; iddia ve savunma doğrultusunda toplanan tüm deliller, ailenin ekonomik ve sosyal statüsü, yaşam standardı ve hayatın olağan akışına göre aile harcamasında kullanıldığı kabul edilen makul miktar belirlenip çıkarıldıktan sonra, kalan miktarın mal rejiminin tasfiyesinde gözetilmesi gerekir.” Yargıtay 2. HD’nin 20.10.2021 tarih ve E:2021/5618 K:2021/7414 sayılı kararı (Lexpera) (Erişim Tarihi: 10.03.024).

²¹ Rüşhan hakkının katılma rejimi kapsamındaki niteliği ve bu anlamda eski payın semeresi (geliri) olup olmadığı tartışmalıdır. Moroğlu’na göre semere, bir şeyin veya hakkın, kendi cevheri bozulmadan ve eksilmeden belli zaman veya dönemlerde verdiği mahsuldür. Rüşhan hakkı ise hem eski payın semeresi değil, uzantısı yahut genişlemesinin bir neticesidir hem de dönemsel nitelikte değildir; sermaye artırımına karar verilmesiyle doğan bir haktır. Bu görüş uyarınca, eşin kişisel malı niteliğindeki şirket payına ilişkin sermaye artırımını ile rüşhan hakkı sonucu elde etmiş olduğu yeni pay, TMK m. 219/2/ b.4 anlamında bir edinilmiş mal değildir. Şayet yeni pay ediniminde edinilmiş mal değerinden katkının bulunması halinde, TMK m. 230/1 kapsamında edinilmiş mallar

daha “basit” biçimde formüle ettiği yöntemde, dağıtılmayan kâr payının mal rejiminin sona erdiği tarih itibariyle ulaştığı reel değer belirlenerek mal rejiminin tasfiyesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Burada reel değerden kasıt, TÜFE oranları dikkate alınarak ulaşılabilecek değerdir²².

Dağıtılmayarak sermaye artışında kullanılan kâr payı üzerinde katılma alacağına tespitine ilişkin daha teknik ve detaylı bir analiz yapılması gerektiğini öngördüğü bir başka kararında ise Yargıtay yalnızca dağıtılmayan kâr payının mal rejiminin sona erdiği tarih itibariyle ulaştığı reel değer belirlenmesini yeterli görmemiş, şirketin değerlemesi ile artırımın şirketteki değerinin tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Buna göre “...edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde yapılan sermaye artırımının aksi ispat edilemediğinden edinilmiş mallardan karşılandığı ve dolayısıyla üzerinde davacının katılma alacağı hakkı bulunduğu kabulü gerekir. Mahkemece yapılacak iş, öncelikle tasfiyeye konu edilen şirketin; **sermaye artırım yapıldığı tarih itibariyle sürüm (rayiç) değeri belirlenmelidir.** Değer belirlenirken; şirketin 07.06.2002 tarih itibariyle durumu; o tarihteki ekonominin genel gidişatı, şirketin faaliyet gösterdiği sektörün konumu, büyüklüğü ve büyüme hızı, tasfiyeye konu şirketin bilanço değerleri, şirketin kullandığı teknoloji, makina ve tesisatın durumu ile araştırma geliştirme faaliyetleri (ARGE), ürettiği hizmet ve ürünleri pazarlama ile rekabet gücü, müşteri portföyü, organizasyonu ile yönetim kadrosu büyüme potansiyeli, şirketin değerlendirme anındaki satışlarına, kazançlarına, siparişlerine, nakit akışlarına ve finansal durumuna göre geleceğe ilişkin tahminler, kar dağıtım politikası, gelecekte planlanan sabit kıymet yatırımları, stratejisi, ekonominin genel arz ve talep kuralları göz önünde bulundurulmalıdır. Bundan ayrı şirketin, açıklanan aynı yöntem ve kriterlere göre, mal rejimin sona erdiği tarih 15.07.2005 itibariyle sürüm (rayiç) değerinde belirlenerek, TÜFE (Tüketici Fiyat Endeksi) göz önünde bulundurulması tasfiye (karar) tarihindeki sürüm değeri bulunmalıdır. İzah edilen şekilde tespit edilecek sermaye artırım

lehine denkleştirme yapılmalıdır. MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, On İki Levha, İstanbul 2018, s. 142.

²² Yargıtay 8. HD'nin 22.11.2018 tarih ve E:2016/15937 K:2018/19045 sayılı kararı (Lexpera) (Erişim Tarihi: 10.03.2024). Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. HD'nin 17.10.2018 tarih ve E:2016/11910 K:2018/17472 sayılı kararı (Lexpera) (Erişim Tarihi: 10.03.2024). “Mahkemece, dört bankaya yeniden yazı yazılarak 4721 sayılı kanunun yürürlük tarihi ve mal rejiminin sona erdiği tarih itibariyle davalının banka hesap hareketlerinin gönderilmesinin istenmesi, bundan sonra ihtiyaç duyulması halinde gelen evrakların bankacı bilirkişiye gönderilmesi, ..., 4721 sayılı kanunun yürürlük tarihi ve mal rejiminin sona erdiği tarih arası döneme dair şirket bilançoları getirtilerek aynı zaman diliminde elde edilen karın yatırıma dönüştürülüp dönüştürülmediği, sermaye artırımında kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi için hesap uzmanı ve mali müşavir bilirkişiden rapor alınıp tüm deliller toplandıktan sonra belirtilen dönem içinde şirket gelirinin olup olmadığı, gelirin bulunması durumunda mal rejiminin sona erdiği anda mevcut olup olmadığı, gelir gerçekleşmiş ancak mevcut değilse bunun hayatın olağan akışına uygun bulunup bulunmadığı göz önünde tutularak iddia ve savunma doğrultusunda karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile hüküm tesisi hatalı olmuştur.” Yargıtay 8. HD'nin 11.10.2016 tarih ve E:2016/507 K:2016/13581 sayılı kararı (Kazancı İçtihat) (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

*tarihindeki şirketin sürüm değeri ile sermaye arttırım miktarı oranlandıktan sonra bu oran, şirketin (yine açıklanan şekilde belirlenecek) tasfiye tarihindeki sürüm değeri ile çarpılmalı ve böylelikle **sermaye arttırımın güncel karşılığı tespit edilmelidir**. Bulunacak bu güncel değer içinde davalının hissesine karşılık gelen miktarın yarısı davacının katılma alacağı olacaktır.”²³*

B. Kişisel Mal Niteliğindeki Payda Gerçekleşen Endüstriyel & Konjonktürel Değer Artışı Ayrımı

Endüstriyel değer artışı, mal sahibinin özel çabası ile gerçekleşen değer artışıdır. Bu halde, payın kendisi kişisel mal niteliğindeyse de, değerinde meydana gelen artış TMK m. 219/2/b.1 kapsamında edinilmiş mal sayılır. Değer kazanan paya karşılık gelen kâr payı ise her halde TMK m. 219/2/b.4 anlamında kişisel malın geliri olarak edinilmiş mal sayılır.

Konjonktürel değer artışı ise, mal sahibinin özel çabası olmadan, olağan yönetim sonucu gerçekleşen değer artışıdır. TMK. m. 219/1 veya TMK m. 219/2/b.1 anlamında *karşılık verilerek elde edilen malvarlığı değeri veya çalışmanın karşılığı olan edinim* sayılmaz, dolayısıyla kişisel mal sayılır.

Anonim ve limited şirketlerin paylarında meydana gelen değer artışının katılma rejimi kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiğine dair Yargıtay’ın iki farklı yönde kararı bulunmaktadır.

22.1.2007 tarihli bir kararında Yargıtay, kişisel mal niteliğindeki hisselerde oluşan artışı kaynak gözetmeksizin edinilmiş mallar kapsamında değerlendirmiştir. Kararında endüstriyel & konjonktürel artış ayrımı yapmayan 2. Hukuk Dairesi, kişisel mal niteliğindeki limited şirket hissesinin edinilme tarihindeki değerinden, mal rejiminin başlangıcından sonraki değerini çıkarmış ve meydana gelen fazlalığı edinilmiş mal kabul etmiştir. Bu halde şayet eşin ilgili hisse bakımından herhangi bir faaliyeti söz konusu değilse ve artış salt konjonktürelse edinilmiş mal grubu kapsamında değerlendirilmesi kişisel mallar aleyhine adaletsiz bir borç yaratacaktır²⁴.

5.11.2015 tarihli bir kararında ise Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin önüne gelen davada, davalı eş, dava konusu hisselerin ait olduğu şirketin hâkim ortağıdır. Bu halde Özel Daire, ilgili hisse değerindeki artışın endüstriyel mi konjonktürel mi olduğunun tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karara göre hissedeki artış, şayet hâkim ortak olan davalı eşin kişisel çabası karşılığında meydana geldiyse, bu artış için davacı eş lehine katılma alacağı hesaplanmalıdır²⁵.

C. Şirket Hisselinin Eşe Aynı Olarak Devri

a. Genel Olarak: Katılma Alacağı ve Değer Artış Payının Ödenme Şekli

TMK m. 239/1 uyarınca, katılma alacağı ve değer artış payı, ayın veya para olarak ödenebilir. Aynı ödemede malların sürüm değeri esas alınır; bir mesleğin icrasına ayrılmış birimler ile işletmelerin

²³ Yargıtay 8. HD’nin 03.07.2018 tarih ve E:2016/4248 K:2018/14780 sayılı kararı (Kazancı Mevzuat) (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

²⁴ Yargıtay 2. HD’nin 22.1.2007 tarih ve E:2006/7011 K:2007/111 sayılı kararı (Lexpera) (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

²⁵ Yargıtay 8. HD’nin, 5.11.2015 tarih ve E:2015/16149 K:2015/19750 sayılı kararı (Lexpera) (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

ekonomik bütünlüğü gözetilir. Burada alacaklı eşe değil, borçlu eşe tanınan bir hak söz konusudur. Kaynak İsvMK m. 218'ya alınmayan bu hüküm, eşe şahsi hak tanınması ilkesinin kanuni bir istisnasını teşkil etmektedir.

b. Anonim Şirketlerde

Bilindiği üzere, anonim şirketlerde nama yazılı payların devri TTK m. 490, 491, 492 maddelerinde düzenlenmiştir. Nama yazılı payların ve pay senetlerinin devrinde ilke, kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, bunların herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebileceği yönündedir. Bununla birlikte devir bazı hallerde kanun tarafından sınırlandırılmıştır. Buna göre, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir. Kanun getirdiği bu sınırlamanın istisnası da yine kanun tarafından düzenlenmiş olup, devrin, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra yoluyla gerçekleşmesi halinde şirketin onayının aranmayacağı düzenlenmiştir.

Öte yandan, devrin esas sözleşme ile de sınırlandırılması mümkündür. TTK m. 492/1 uyarınca, esas sözleşme, nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilir. Öğretideki aksi görüşe rağmen²⁶ Kılıçoğlu'na göre ise gerek TMK m. 166 (anlaşmalı boşanma) gerek TMK m. 239/1'e dayanan pay devrinde, TTK m. 492/1'in uygulanması mümkün değildir zira her iki halde de kesinleşmiş mahkeme kararı söz konusudur ve şirket esas sözleşmesi, kesinleşmiş mahkeme kararının uygulanmasına engel teşkil etmemelidir²⁷.

c. Limited Şirketlerde

Limited şirketlerde ise esas sermaye payının devri (TMK m. 595-596) hususunda daha esnek bir düzenleme yapılmış, şirket sözleşmesinde ortaklar genel kurulunun onayının aranmayabileceği bir düzenden, sebep dahi göstermeksizin esas sermaye payının geçişinin ortaklar genel kurulunca onaylanmayabileceği, sermaye payının devrinin tamamen yasaklanabileceği bir düzene kadar geniş bir yelpaze sunulmuştur.

Bununla birlikte esas sermaye payının, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler – bu arada anlaşmalı boşanma dahil olmak üzere- veya icra yoluyla geçmesi hâllerinde, tüm haklar ve borçlar, genel kurulun onayına gerek olmaksızın, esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçer. Bu halde ortaklar genel kurulu, iktisabın öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde esas sermaye payının geçtiği kişiyi onaylamayı reddedebilir. Bunun için, şirketin, payları kendi veya ortağı ya da kendisi tarafından gösterilen üçüncü bir kişi hesabına, gerçek değeri üzerinden devralmayı, payın geçtiği kişiye önermesi şarttır. Şirket, üç ay içinde esas sermaye payının geçişini açıkça ve yazılı olarak reddetmemişse onayını vermiş sayılır.

²⁶ Kırca / Kırca, anlaşmalı boşanmaya dayanan hisse devrinin şirket iç ilişkisine müdahale anlamına geldiğini belirtmektedir. KIRCA / KIRCA, s. 565 vd.

²⁷ KILIÇOĞLU, Katılma Alacağı, s. 122-126.

SONUÇ

Sonuç olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminin anonim veya limited payları içermesi halinde, rejimin tasfiyesi davalarında medeni hukuk ve ticaret hukuku kesişiminde önemli güçlükler ortaya çıkabilmektedir. Bu payların edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olarak gruplandırılacağı belirlenmesi, tüm tasfiye sürecini şekillendiren en kritik adımdır. Medeni hukuk perspektifinden bakıldığında, bu, edinilmiş mallara katılım rejimini yöneten temel ilkelerin kapsamlı bir şekilde anlaşılmasını gerektirir.

Konunun ticaret hukuku cephesinde ise daha fazla sorunla karşılaşmaktadır. En başta gelen zorluk, tasfiye sürecine hangi varlıkların dahil edilmesi gerektiğini saptamaktır. Bu noktada edinilmiş mal statüsündeki şirket payları tespit edildikten sonra, şirketin ve dolayısıyla payların değerinin ve bu paylara denk gelen kâr payının belirlenmesi için çalışmada incelenen Yargıtay kararları ışığında uygun değerlendirme yöntemlerinin izlenmesi gerekir. Konjonktürel ve endüstriyel değer artışları, değerlemelerin zamanlaması ve kârın dağıtılmayarak sermaye artışına gidilmesi gibi hususlarda yine çalışmada yer verilen Yargıtay kararlarının öngördüğü esasların titizlikle uygulanması önem arz eder.

Bu çalışma hem medeni hem de ticaret hukuku perspektiflerinden bu zorlukların üstesinden gelmek için uygulayıcıya bir yol haritası sağlamayı amaçlamaktadır. Özellikle yakın tarihli yüksek yargı kararları ışığında, edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında anonim ve limited şirket paylarının tasfiye sürecine ilişkin ayrıntılı içgörüler sunarak, uygulayıcılara potansiyel sorunları ele almak ve çözmek için gerekli araçları sunmaya çalışmıştır. Süreci şekillendiren yasal ve akdi ilkelerin ayrıntılı bir şekilde anlaşılması ve varlık değerlemesi ve kâr dağıtımı için etkili stratejilerin yanı sıra, bu çalışma evlilik mallarının tasfiyesinde daha öngörülebilir ve adil sonuçlara katkıda bulunmaya çalışmıştır.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk: Aile Konutu-Mal Rejimleri-Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin, Ankara 2014.

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta, İstanbul 2016.

BÜBERCİ, Afet Gülen: Anonim ve Limited Şirketlerde Pay, Kâr Payı ve Yedek Akçelerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Kapsamında Tasfiyesi, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Bölümü, İstanbul 2019.

GENÇCAN, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin, Ankara 2017.

KARAMERCAN, Fatih: Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Seçkin, Ankara 2015.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016. [Aile Hukuku]

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Katkı - Katılma Alacağı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016. [Katılma Alacağı]

KIRCA, İsmail / KIRCA, Çiğdem, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited Şirketlerde Bağlamın Etkisizleşmesi", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008.

MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, On İki Levha, İstanbul 2018.

ÖZDAMAR, Demet, KAYIŞ, Ferhat: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, Seçkin, Ankara 2015.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Yetkin, Ankara 2015.

SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.

ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin, Ankara 2021.

Yargıtay 2. HD'nin 20.10.2021 tarih ve E:2021/5618 K:2021/7414 sayılı kararı.

Yargıtay HGK'nın 1.7.2021 tarih ve E:2020/458 K:2021/889 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 13.02.2020 tarih ve E:2020/61 K:2020/1332 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 22.11.2018 tarih ve E:2016/15937 K:2018/19045 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 17.10.2018 tarih ve E:2016/11910 K:2018/17472 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 03.07.2018 tarih ve E:2016/4248 K:2018/14780 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 21.11.2016 tarih ve E:2015/6299 K:2016/15819 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin 11.10.2016 tarih ve E:2016/507 K:2016/13581 sayılı kararı.

Yargıtay 8. HD'nin, 5.11.2015 tarih ve E:2015/16149 K:2015/19750 sayılı kararı.

Yargıtay 2. HD'nin 22.1.2007 tarih ve E:2006/7011 K:2007/111 sayılı kararı.

SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMANIN ULUSLARARASI HUKUKTA ÇEVRESEL BOYUTUYLA İNCELENMESİ
EXAMINATION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT WITH ITS ENVIRONMENTAL DIMENSION IN
INTERNATIONAL LAW

Av. Esmâ İBA ÇAPLIK*

ÖZET

1987 Brundtland Raporu ile ortaya çıkan sürdürülebilir kalkınma kavramı; 2015 yılındaki 193 ülkenin uygulamayı taahhüt etmesiyle sonuçlanan; Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi sonucunda düzenlenen “2030 Sürdürülebilir Kalkınma Araçları” eylem çağrısı ile uluslararası gündemde merkeze yerleşmiştir. Sürdürülebilir kalkınma, devletlerin kendi iç dinamiklerinde halledebileceği bir konu olmaktan çıkmış, gelinen aşamada sürdürülebilirlikten bahsedebilmek için uluslararası bir mutabakat ve işbirliği gerektiği anlaşılmıştır. Ancak kavramın ortaya çıkışı 150-200 yıllık bir geçmişe sahip olduğu halde, bu zamana kadar yapılan düzenlemeler, alınan kararlar ve uygulamada karşılaşılan sorunlar yeterince ilerleme kaydedilemediğini de gözler önüne sermektedir. Günümüz dünyasında küresel anlamda ciddi etkileri olan; yoksulluk, hatalı tüketim alışkanlıkları, çevresel zararlar, bilinçsiz doğal kaynak kullanımı giderek büyük bir ivme ile artarken bunun karşısında sürdürülebilir çevre ve kalkınma politikalarının uluslararası arenada çoğu kez bağlayıcı olmayan kararlarla devletlerin önüne sunulması; devletlerin de bu konuya ekonomik ya da iç politik nedenlerle gereken önemi vermemesine sebep olmaktadır. Yine çevre ile ekonomik kalkınmanın aslında birbiriyle etkileşim içerisinde olan kavramlar olduğu hala bazı devletlerce gözden kaçırılmaktadır. Çoğunlukla başka alt yapı çalışmaları yahut kısa vadede sonuç verecek uygulamalar kimi devletlerin bunlara öncelik tanıyarak çevre ve sürdürülebilirlik kavramlarını geri plana itmelerine neden olmaktadır. Her ne kadar uluslararası arenada sürdürülebilirliğin önemi belgelere yansımaktaysa da pratikte hala istenilen ilerleme kaydedilememiş; bu belgelerde olması planlanan duruma erişilememiştir. Devletler, başka bir devlette ortaya çıkan çevresel bir sorunun kendi topraklarında dolaylı bir etkisi olacağını da düşündüğü için uluslararası çapta sağlanan işbirliği uygulamada zayıf kalmaktadır. Oysa dünyanın bir ucunda eriyen buzullar diğer ucunda iklim değişikliğine varacak kadar ciddi etkiler ve sonuçlar doğurmaktadır. Bunun fark edilebilmesi için uluslararası çalışmaların sıklaştırılması, işbirliğinin farklı boyutlarıyla tartışılması ve bütüncül bir yaklaşımın yerleştirilmesi için gerekli süreçlerin işletilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda, Uluslararası Hukuk'ta sürdürülebilir kalkınmanın ortaya çıkışı, kaydedilen ilerlemeler ve sürdürülebilir kalkınma ile sürdürülebilir çevre kavramlarının karşılıklı etkileşimi, ayrıca uluslararası alanda yapılan çalışmaların sonucunda düzenlenen belgelerin niçin bağlayıcı olarak düzenlenmediği; dolayısıyla olması gereken durum ve uygulamaların neler olduğu konuları tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sürdürülebilir kalkınma, sürdürülebilir çevre, yoksulluk, uluslararası işbirliği, Uluslararası Hukuk ilkeleri.

* İzmir Barosu, İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Y221379007@ogr.ikc.edu.tr, ORCID: 0009-0005-1078-1175.

ABSTRACT

Emerging with the 1987 Brundtland Report, the concept of sustainable development has taken center stage on the international agenda with the "2030 Sustainable Development Goals" call for action issued as a result of the Sustainable Development Summit in 2015, which resulted in 193 countries committing to implement the goals. Sustainable development has ceased to be an issue that states can deal with in their own internal dynamics, and it has been understood that an international consensus and cooperation is required to talk about sustainability at this stage. However, although the emergence of the concept has a history of 150-200 years, the regulations, decisions taken and problems encountered in practice reveal that not enough progress has been made so far. In today's world, poverty, faulty consumption habits, environmental damages, and unconscious use of natural resources, which have serious global impacts, are increasing at an accelerated pace, while sustainable environment and development policies are often presented to states with non-binding decisions in the international arena; states do not attach the necessary importance to this issue for economic or domestic political reasons. And it is still overlooked by some states that environment and economic development are actually interacting concepts. Mostly other infrastructure works or practices that will yield results in the short term cause some states to prioritize these and push the concepts of environment and sustainability to the background. Although the importance of sustainability in the international arena is reflected in documents, in practice, the desired progress has still not been made and the situation planned in these documents has not been achieved. Since states consider that an environmental problem in another state will have an indirect impact on their own territory, international cooperation remains weak in practice. However, melting glaciers on one side of the globe have serious impacts and consequences, up to climate change on the other side. In order for this to be realized, international efforts should be intensified, cooperation should be discussed in different dimensions and the necessary processes should be carried out to establish a holistic approach. In this study, the emergence of sustainable development in international law, the progress made and the interaction between the concepts of sustainable development and sustainable environment will be discussed.

Keywords: Sustainable development, sustainable environment, poverty, international cooperation, principles of international law

GİRİŞ

İnsanoğlu var olduğundan beri dünyanın kaynakları üzerinde bir egemenlik kurma çabası içerisinde olmuştur. Bu egemenlik kurma çabaları da çoğu zaman çevresel etkileri nedeniyle dünyaya geri dönülmez şekilde zarar vermiştir. Özellikle geline aşamada, sanayi devriminden bu yana, kaynakların daha hızlı erişilip tüketilmeye başlanması; tüketim odaklı bir yaşama biçiminin yaygınlaşması, tüketilen kaynağın yerine yenisinin konulmaması, üretim yapılırken sürdürülebilirliğin gözetilmemesi artık küresel çapta zararlı etkilerini doğurmaya başlamıştır.

Dünyaya verilen zararlar, bölgesel etkileri aşarak dünyanın bir ucundan başka ucuna etkilerini göstermeye başlayınca; çevrenin korunmasının ve sürdürülebilirliğin sadece iç enstrümanlarla değil; uluslararası çapta işbirliği ve bütüncül bir yaklaşım ile sağlanması gerektiği¹ ve ancak bu durumda etkili olabileceği geç de olsa anlaşılmıştır. Başta devletlerin, kalkınma kavramını sadece ekonomik boyutuyla dikkate aldığı görülürken gerçek bir kalkınmadan bahsedebilmek için bunun çevresel boyutuyla ve sürdürülebilirlik çerçevesinde ele alınması gerekliliği de pekişmiştir.

Böylelikle neredeyse 40 yıldır sürdürülebilir kalkınma kavramı artık yazılı metinlerde, uluslararası mecrada ses getirmeye başlamıştır. Kavramın tarihçesinden bahsederken de değineceğimiz üzere, kavramın yaygın tanımı hukuk dünyasına; 1987 yılında Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonunun “Brundtland (1987 Our Common Future- Ortak Geleceğimiz) Raporu” ile girmiştir. Kavramın tanımı yapılmadan önce de sürdürülebilir bir çevre ve kalkınma gayesi aslında daha öncelerden belli toplumlarda görülmüş; bakılan bazı davalarda yer verilen ifadelerle yine bazı sözleşmeler, bildirimler ve konferanslarda aslında bu kavramın oluşmasına destek sağlandığı söylenmiştir.²

I. SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA KAVRAMI

Sürdürülebilir kalkınma kavramı, çoğu kez başka kavramların bu kavramla ilişkilendirilerek açıklanması sonucu belirsiz bir izlenime sahip olmuştur.³ Bu belirsizliğin sebeplerin de biri de kavramın geniş kapsamlı olması ve hala gelişiyor olmasıdır. Yani söz konusu kavram, dünya var oldukça ve zaman ilerledikçe gelişen teknoloji ile birlikte kendisini genişletmeye devam edecek nitelikte olduğu için muğlak kalması oldukça doğaldır.

İngilizcede *sustainable development* olarak ifade edilen bu kavramın genel olarak kabul edilen sözlük tanımına baktığımızda ise “çevre değerlerinin ve doğal kaynakların savurganlığa yol açmayacak biçimde akılcı yöntemlerle, bu günkü ve gelecek kuşakların hak ve yararları da göz önünde bulundurularak kullanılması ilkesinden özveride bulunmaksızın, ekonomik gelişmenin sağlanması” şeklinde ifade edildiği görülmektedir.⁴

A. Kavramın Tarihi Süreçte Ortaya Çıkışı

Sürdürülebilir kalkınma kavramının, tanımsal olarak ortaya konulmasının neredeyse 40 yıllık bir geçmişi olsa da bu kavramın aslında, çok öncelerden ele alınmaya başlandığından söz etmiştik. Kavrama yapılan katkılar, bazı davalarda ve bazı uluslararası metinlerde 150-200 yıl öncesinde oluşmaya başlamıştır.

¹ YILMAZ, Hasan / YÜCEL, Tarık: “Sürdürülebilir Kalkınmanın Sağlanmasında Uluslararası Çalışmalar ve Eleştirileri”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 5, sy 3 (31 Aralık 2022), s. 694.

² SARİBEYOĞLU SKALAR, Meltem: *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma*, 1. bs (İstanbul: Beta, 2015), s. 17.

³ SARİBEYOĞLU SKALAR, s.2.

⁴ TIRAŞ, H. Hayrettin: “Sürdürülebilir Kalkınma Ve Çevre: Teorik Bir İnceleme”, *T.Y.*, s. 60.

Esasen, ikinci dünya savaşından sonra artan sanayileşme ile birlikte tüketimin ve hammadde kullanımının ciddi boyutlara ulaşmasının sonucunda çevre zararları da doğrusal oranda artış göstermiştir.⁵ Bunun sonucu olarak çevre ve kalkınma arasındaki bağlantının sadece ekonomik olarak açıklanamayacağı ve çevrenin geri dönülmez zararlar aldığı 1970’li yılların başına doğru fark edilmiş ve böylelikle sürdürülebilirlik kavramı gündeme gelmeye başlamıştır.⁶

Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi kavramın tartışılması ve oluşma süreci 150-200 yıllık yazılı bir geçmişe sahiptir. Nitekim sürdürülebilir kalkınma kavramının oluşumuna katkısı son derece önemli olduğu belirtilen ve 1893 yılında Bering Denizi Tahkimi ile tahkim mahkemesince önemli hususlara değinilmiştir.⁷ Bu uyuşmazlıkta; Rusya’nın 1867 yılında Alaska’yı ABD’ye satması üzerine, ABD’nin Alaska’daki fokların (kürk için) Pribilof Adalarında kontrolsüz ve aşırı avlanması ve bazı fokların kaybolması üzerine ABD, Bering Denizinin kendi hakimiyetinde olduğunu belirterek fokların soylarının tükenmesini engellemek amacıyla 1870 yılında bazı avlanma yasakları getirmiştir.⁸ 1886 yılında 3 İngiliz gemisinin fok avcılığı yaptığı tespit edilince kaptanlar yargılanmış ve ceza almıştır. İngiltere ise olayın açık denizde meydana geldiğini, ABD’nin bu tarz önlemler alma yetkisinin olmadığını, açık denizde yalnızca korsanlık eylemleri halinde bu tedbirlere başvurulabileceğini ileri sürmüştür.⁹ Uyuşmazlığın tahkime taşınması ile birlikte ABD, savunmasında açık denizlerdeki fokları korumalarının “insanlığın ortak yararına” olduğunu ve ulusların burada mutlak malik olmadıklarını ancak insanlığın yararı için bunları bir emanet olarak korumaları gerektiğini ileri sürerek uluslararası sürdürülebilirlik kavramının oluşmasına temel sağlamıştır.¹⁰

Daha sonraları yaşanan gelişmeler de sürdürülebilir çevre ve kalkınma kavramına katkıda bulunmaya devam etmiştir. Zira 1946 tarihli Balina Avcılığının Düzenlenmesi Sözleşmesi, 1958 tarihli Açık Denizde Balıkçılık ve Canlı Kaynakların Korunması Sözleşmesi, 1957 yılının Dünya Meteoroloji Örgütü tarafından Jeofizik yılı olarak ilan edilmesi, 1962 tarihinde Birleşmiş Milletler (bundan sonra BM olarak anılacaktır) Genel Kurulunca kabul edilen Ekonomik Kalkınma ve Doğanın Korunması Kararı, 1967 yılında UNESCO tarafından düzenlenen Hükümetlerarası Biyosfer Uzmanları Konferansı, 1972 yılında BM tarafından düzenlenen İnsan ve Çevre Konferansının sonunda bildirilen Stockholm Bildirgesi gibi metinlerde de aslında sürdürülebilir kalkınma kavramı yer almıştır. Kavramın tanımının 1987 Brundtland Raporunda yer alması, raporun bu konuda temel metinlerden biri olarak kabul edilmesini sağlamıştır.

Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonunun 1987 Ortak Geleceğimiz (Brundtland Raporunda) kavramın tanımı:

⁵ TIRAŞ, s. 62.

⁶ OZMEHMET, Ecehan: “Dünyada Ve Türkiye Sürdürülebilir Kalkınma Yaklaşımları”, T.Y., s. 2.

⁷ SARAÇYAKUPOĞLU, Gökey: “Uluslararası Deniz Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması Ve Uluslararası Andlaşmalar Bağlamında Uygulanması”, T.Y., s. 72.

⁸ BROWN, J. Stanley: “Fur Seals And The Bering Sea Arbitration”, *Journal Of The American Geographical Society Of New York*, 26, Sy 1 (1894): 356-60, <https://doi.org/10.2307/197152>, Erişim Tarihi: 07.04.2024.

⁹ SARIBEYOĞLU SKALAR, s.18.

¹⁰ YÜKSEL, Aytaç / BARUT, Duygu: “Sustainable Development In International Environmental Law”, T.Y., s. 39.

"Bugünün gereksinimlerini, gelecek kuşakların gereksinimlerini karşılama yeteneğinden ödün vermeden karşılayan kalkınma" şeklinde yapılmıştır.¹¹ Bugün hala bazı yönlerden eleştirilse de yaygın tanım olarak Brundtland Raporunda bahsi geçen tanımın referans alındığını söyleyebiliriz.

II. SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA KAVRAMININ, ULUSLARARASI HUKUK METİNLERİNDE İŞLENİŞİ

Uluslararası çapta yüz yıldan fazla süredir üzerine konuşulan ve tartışılan sürdürülebilirlik kavramının hukuk dünyasına girmesine ve gerek çevre hukuku gerekse ekonomi hukukunu da aşarak daha geniş çapta Uluslararası Hukuk'ta kapsayıcı bir ilke olarak yer alması gerekliliği 1970'li yıllarda anlaşılmış ve artık uluslararası işbirliği çerçevesinde bu ilke göz önüne alınmaya başlamıştır. Buna katkısı olan bazı önemli uluslararası belgeleri aşağıda inceleyeceğiz.

A. 1972 Stockholm Bildirgesi

Çevre hukukunun, Uluslararası Hukuk'ta bağımsız bir alan olarak görülmesinde büyük katkıları olan Stockholm Konferansı; çevre meselelerini uluslararası çapta ele alarak bu alanda öncü olmuştur.¹² Birleşmiş Milletler tarafından 1972 yılında Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 113 devletin katılımıyla Stockholm'de *İnsan Çevresi Konferansı* adı altında söz konusu bu konferans düzenlenmiştir. Konferansın sonucunda ise, *devletlerin bağlayıcı olmamasını arzulamalarından ötürü*, yumuşak hukuk ilkeleri denilen bağlayıcı olmayan ilkeleri içeren (26 adet ilkeyi içeren) bir bildirge (Stockholm Bildirgesi) ve 109 tavsiye içeren bir eylem planı hazırlanmıştır.¹³ Stockholm'de düzenlenen bu uluslararası konferansın neticesinde hazırlanan bildirge; sosyoekonomik gelişme ile çevrenin ilişkisini ortaya koyması açısından oldukça önemli bir belge olarak yerini almıştır.¹⁴

Bildirgede düzenlenen bazı önemli ilkeler doğrudan sürdürülebilir çevre ve kalkınmaya yönelik olması ve iyi bir çevrede yaşamının temel insan hakkı olarak görülmesi yönlerinden bir mihenk taşı niteliğindedir. Bu açıdan bakıldığında Stockholm Bildirgesinin 1. İlkesi; "*Özgürlük, eşitlik, ve kaliteli bir çevrede onurlu ve yeterli yaşam şartları sağlanmış olarak yaşamak insanların temel bir haklarıdır. İnsan, aynı zamanda, bugünkü ve gelecek kuşaklar için çevreyi koruma ve iyileştirmenin ciddi sorumluluğunu da taşır.*"¹⁵ şeklinde, özgürlük ve eşitlik gibi en temel insan haklarının çevre hakkı ile aynı düzeyde önemli olduğunu vurgulayarak çevre hakkının insan hakkı olarak görülmesine öncülük etmiştir.

¹¹ Federal Office For Spatial Development Are, "1987: Brundtland Report", s. 37, <https://www.are.admin.ch/are/en/home/medien-und-publikationen/publikationen/nachhaltige-entwicklung/brundtland-report.html>. Erişim Tarihi: 08.04.2024.

¹² DİNÇ, Güney: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'Ne Göre Çevre Ve İnsan", *Barobirlik, T.Y.*, s. 7.

¹³ PALLEMAERTS, Marc: "Stockholm'den Rio'ya A Uluslararası Çevre Hukuku: Geleceğe Doğru Geri Adım Mı?", 1993, s. 614.

¹⁴ OZMEHMET, s. 6.

¹⁵ Çeviri için: "Stockholm Bildirgesi-Bm İnsan Ve Çevre Konferansı Bildirgesi", *Hukuk Ansiklopedisi* (Blog), 04 Nisan 2022, <https://hukukbook.com/stockholm-bildirgesi-milletler-insan-ve-cevre-konferansi-bildirgesi/> Erişim Tarihi: 08.04.2024.

Ayrıca bildirmede düzenlenen; 5. ilkesinde; *“Dünyanın yenilenemeyen kaynakları bir gün tükenmelerini önleyecek biçimde kullanılmalı ve bunların yararlarını bütün insanlığın paylaşması sağlanmalıdır.”* şeklindeki ifadeler ile çevrenin insanlığın ortak yararı olarak görüldüğü anlaşılmıştır. Bildirmede bir diğer önem arz eden 11. ilkede; *“Bütün devletlerin çevre politikaları geliştirmekte olan ülkelerin bugünkü ve gelecekteki kalkınma potansiyelini güçlendirmeli ve herkes için daha kaliteli yaşam koşulları sağlanmasına engel olmamalıdır. Devletler ve uluslararası kuruluşlar çevresel önlemlerin uygulanmasından doğabilecek uluslararası veya ulusal sonuçları karşılamak için anlaşma zemini oluşturmalıdır.”*¹⁶ şeklinde ve benzer nitelikteki 24. ilkede; *“Çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken uluslararası konular, büyük/küçük ülke veya başka bir ayırım yapılmadan eşitlik içinde ve bütün ülkeler tarafından bir işbirliği ruhu içinde ele alınmalıdır.”*¹⁷ şeklinde düzenlemesiyle; sürdürülebilir kalkınmanın mümkün olabilmesi için uluslararası işbirliğinin olması gerektiği; devletlerin bu konuda uyumlu bir politika gütmeleri gerektiği vurgulanarak yine çevre ve kalkınma sorunlarının tek başına çözülebilecek bir konu olmadığı ilk kez uluslararası bir belge ile kabul edilmiştir.

Stockholm Konferansı ve bildirgesi bu yönleriyle oldukça önemli bir yere sahipse de içerdiği ilkeler, zamanın koşulları ve katılımcı devletlerin, bu ilkelerin zorunlu kabul edilmesine sıcak bakmamasından ötürü yumuşak hukuk ilkeleri olarak Uluslararası Hukuk'ta yerini almıştır.¹⁸ Yine de konferansta değinilen konular, özellikle çevre hakkının temel insan hakkı olarak görülmesi, uluslararası alanda öncülük ettiği sürdürülebilir kalkınma odaklı işbirliği anlayışı, söz konusu konferansı önemli bir yere taşımıştır. Ayrıca konferansın sonucunda BM Çevre Programı diye çevrilen UNEP'in kurulması da bir diğer önemli sonuçlarından.¹⁹ Daha sonra BM Genel Kurulu, Brundtland Raporu olarak bilinen raporu da yayımlayacak olan Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonunu (WCED'i) kurmuştur.²⁰

B. 1987 Ortak Geleceğimiz (Brundtland) Raporu

WCED'in o dönem başkanlığını yapan Gro Harlem Brundtland'ın sürdürülebilir kalkınma kavramını ilk kez bu raporda tanımlamasından ötürü, Brundtland Raporu olarak bilinen *“Ortak Geleceğimiz”* isimli rapor, 1987'de yayımlanarak, Uluslararası Hukuk'ta yerini almıştır.²¹ WCED, bu raporu yayımlama amacını; sürdürülebilir kalkınma için devletlere yol gösterici nitelikte olan ancak dağınık halde bulunan ilkelerin birleştirilmesi ve 2000 yılından önce bunların uygulanabilirliğinin sağlanması ve nihayetinde çevre koruma ve kalkınma konularında küresel bir sözleşmenin hazırlanmasını sağlamaya yöneltmiştir.²² Bu amaçla WCED, ilkeleri toparlamak ve belirlemek üzere bir grup çevre hukuku uzmanlarını görevlendirmiş ve uzmanlar, 1987 yılında son raporunu hazırlayarak yayımlamıştır.²³

¹⁶ Çeviri için: “Stockholm Bildirgesi-Bm İnsan Ve Çevre Konferansı Bildirgesi” Erişim Tarihi: 08.04.2024.

¹⁷ Çeviri için: “Stockholm Bildirgesi-Bm İnsan Ve Çevre Konferansı Bildirgesi” Erişim Tarihi: 08.04.2024.

¹⁸ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 25.

¹⁹ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 25.

²⁰ YÜKSEL / BARUT, s. 41.

²¹ OZMEHMET, s. 6.

²² PALLEMAERTS, s. 616.

²³ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 26.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi raporda sürdürülebilir kalkınmanın halen referans alınmakta olan tanımı yapılmış ve böylelikle dünya kamuoyunun da bu konulara dikkati çekilmiştir.²⁴ Nitekim sürdürülebilir kalkınma; *“bugünün gereksinimlerini, gelecek kuşakların kendi gereksinimlerini karşılama olanaklarını tehlikeye atmaksızın karşılayan kalkınma”* şeklinde raporda tanımlanmıştır.²⁵

“Ortak kaygılar”, “Ortak zorluklarımız” ve “Ortak çabalarımız” olarak isimlendirilen ve üç bölümden oluşan bu raporda²⁶yoksulluğun kaldırılması, ülkelerin doğal kaynaklardan eşit olarak yararlanması, nüfus artışının kontrol altına alınması ve gelişen teknolojilerin çevreye zarar vermeden geliştirilmesi üzerine çalışılması üzerine hazırlanan ilkelerle sürdürülebilir kalkınma ilkesi direkt bağlantılı addedilmiştir.²⁷ Raporda düzenlenen ilkeler içerikleri itibariyle de varılmak istenilen amaca en iyi hizmet edecek şekilde hazırlandığını gösterir niteliktedir. “Raporun tüm ülkeler için öngördüğü kalkınma modeli:

- uzun vadeli, kalıcı bir ekonomik büyüme,
- kalkınma ile doğa arasındaki dengeyi koruyan bir ekonomi,
- doğayı tüketmeden kullanan uygulamalara dayanan ve dolayısıyla uzun vadede sürdürülebilir bir ekonomik gelişme olarak özetlenebilmektedir.”²⁸

Bu haliyle bakıldığında raporun vurguladığı önemli hususların başında ekonomik gayelerle çevresel gayelerin birbiriyle sıkı ilişki içerisinde olduğunun kabulü gelmektedir.²⁹ Rapor bu denli özenli hazırlanmışken, WCED’in planladığı küresel bir sözleşme fikri hayata geçmediği gibi hazırlanan ilkelere de 2000 yılından önce uyulması da mümkün olmamıştır. Bunun sebeplerinden önemli bir tanesi; gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkelerin kalkınma sorunlarının farklı olması, diğer bir önemli sebep bazı ülkelerin söz konusu ilkelere uyum sağlama çabası olduğu halde diğer ülkelerin bunlara uyma konusunda eğilim göstermemesi; haliyle ortak uzlaşma olmadığı için hedeflenen amaca ulaşılamaması³⁰; ayrıca bazı ülkelerde var olan ihtiyaçların çevre sorunlarına göre öncelikli görülmesi ve daha hızlı ulaşılabılır görülmesi de etken olmuştur. Neyse ki bu raporun bir devri başlatması üzerine, uluslararası çalışmaların devamı gelmiş ve Rio Konferansı ve daha sonraki pek çok işbirliği girişiminin temelleri atılmıştır.

²⁴ YILMAZ / YÜCEL, s. 696.

²⁵ GÖNEL, Feride: “Globalleşen Dünyada (nasıl bir) Sürdürülebilir Kalkınma”, 2002, <https://avesis.yildiz.edu.tr/yayin/c5c5b5d9-9d7a-4ea7-9706-56681dae5f21/globallesen-dunyada-nasil-bir-surdurulebilir-kalkinma>, Erişim Tarihi: 12.04.2024.

²⁶ YILDIRIM, Oğuz / İSMAİL NURİ, Fatme: “Sustainable Development under the Historical Development Process”, *Sustainable Development*, t.y., s. 9.

²⁷ YÜKSEL / BARUT, s. 42.

²⁸ OZMEHMET, s. 7.

²⁹ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 27.

³⁰ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 29.

C. 1992 Rio Konferansı Bildirgesi ve Gündem 21

Brundtland Raporunun hazırlanmasından ve sürdürülebilir kalkınmanın uluslararası çerçevede ele alınmasından sonra 1992'de Brezilya'da BM Çevre ve Kalkınma Konferansı (diğer adıyla Yeryüzü Zirvesi) düzenlenmiştir.³¹ Söz konusu konferansa yoğun bir katılım olmuş; 179 ülkeden resmi katılımcılar, çevre örgütleri, bilim insanları ve iş insanlarının da katılımı ve ilgisiyle geniş çapta ses getiren uluslararası konferanslardan biri olmuştur.³² Rio Konferansının bu sayede daha önceki uluslararası çalışmalardan farkı, merkezi yönetimlerle birlikte yerel yönetimlerin, sivil toplum kuruluşlarının, farklı farklı kesimlerden temsilcilerin de katılımı olmuştur.³³

Brundtland Raporu ile yankı uyandırılması istenen sürdürülebilir kalkınma kavramı, bu konferansta daha geniş bir şekilde ve detaylıca ele alınmıştır. Konferans neticesinde düzenlenen Rio Bildirgesindeki ilkeler genel olarak özetlenirse:

"-insanlığın şimdiki ve gelecek nesilleri için sağlıklı bir çevre hakkı ve kalkınma hakkı (ilke 1 ve 3);

- doğal kaynaklar üzerinde egemenlik, Stockholm Bildirgesinin iyi bilinen 21'inci ilkesinin tekrarı (bu kez 2'nci ilke olarak) ancak, gelişmekte olan ülkelerin çevre politikasının kalkınma politikasını engellememesi gerektiği yönündeki görüşünü yansıtmak için, "ve kalkınma" sözcükleri eklenmiştir;

- entegre bir yaklaşım gerekliliğiyle kalkınma ve çevresel korumanın yakın bir eşgüdümü (ilke 4 ila 7);

- "üretim ve tüketimin sürdürülemez alışkanlıklarını" azaltmayı amaçlayan uluslararası siyasi önlemler, araştırma ve geliştirmenin (AR&GE) ve teknolojinin iyileştirilmesi ve sürdürülebilir kalkınmayı destekleyen daha açık bir uluslararası ekonomik sistem (ilke 8, 9 ve 12);

- ortak ama farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesi de dâhil olmak üzere halihazırda mevcut olan veya gelişme aşamasında bulunan uluslararası hukukun diğer ilkeleri (ilke 7), çevresel zarar için devlet sorumluluğu (ilke 13), ihtiyat ilkesi (ilke 15), zamanında bildirim ve istişare (ilke 19), silahlı çatışma sırasında çevrenin korunması (ilke 24), uyuşmazlıkların barışçıl çözümü (ilke 26) ve Rio ilkelerinin uygulanmasında ve "sürdürülebilir kalkınma alanında uluslararası hukukun geliştirilmesinin sürdürülmesi(nde)" işbirliği yükümlülüğü (ilke 27)."³⁴

Rio konferansı sonucu hazırlanan bu ilkeler, çağın gereklerine daha yakın bir anlayışın benimsendiğini ve kalkınma hakkının temininde işbirliğinin bir yükümlülük olarak görüldüğünü gözler önüne sermektedir. Aynı zamanda konferansın neticesinde, Sürdürülebilir Kalkınma Komisyonunun kurulması da bildirgeyi bu yönleriyle önemli kılmaktadır.

Ayrıca Rio Konferansında, sürdürülebilir kalkınmanın desteklenmesi amacıyla oluşturulan Gündem 21 (Agenda 21) isimli eylem planında UNEP'in tekrar gözden geçirilmesi ve artan çevre

³¹ YÜKSEL / BARUT, s. 43.

³² YÜKSEL / BARUT, s. 43.

³³ OZMEHMET, s. 8.

³⁴ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 29-30.

sorunlarıyla mücadele için özellikle ekonomik yönden desteklenmesi amacıyla, kapsamlı şekilde ele alınması gündeme gelmiştir.³⁵ Ancak konferansın neticesinde planlandığı gibi olmamış ve UNEP güçlendirilip desteklenmediği gibi idari yapısı da değiştirilip geliştirilmemiştir.³⁶ Buna karşın konferans neticesinde ülkelerin; Gündem 21 belgesi, “Ormanların Sürdürülebilir Yönetimi İçin İlkelerin Bağlayıcı Olmayan Bildirimi” belgelerini kabul etmeleri; ayrıca İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ile Biyoçeşitlilik Sözleşmesinin imzaya açılmış olmaları³⁷ konferansın en önemli sonuçlarından olmuştur.

Gündem 21’in 38’inci bölümünde, BM bünyesinde konferans neticesinde alınan kararları, ilkeleri ve ilerlemeleri takip etmek üzere bir kurumun oluşturulması öngörülmüş ve neticede aynı yıl içerisinde BM Sürdürülebilir Kalkınma Komisyonu (CSD) kurulmuştur.³⁸ Gündem 21 ile sürdürülebilir kalkınma kavramının içeriği genişletilerek farklı disiplinlerde de kullanılacak şekilde kapsamlı düzenleme yoluna da gidilmiştir.³⁹ Nitekim Gündem 21’de ortaya konulan ilkelere bakıldığında; sürdürülebilir kalkınmanın, çevre ve ekonomi arasındaki denge gözetilerek, gelişmekte olan ülkelerin ihtiyaçları gözetilerek, ayrıca gelişmekte olan ülkelere destek sağlanarak, her bölgeye uygun ancak küresel bazda düzenlemeler yapılarak mümkün olacağından bahsedilmiştir.⁴⁰ Buradan anladığımız, daha önceki konferanslarda ve bildirgelerde, gelişmekte olan ülkelerin bölgesel ihtiyaçlarının göz ardı edildiği ve gerçekçi düzenlemeler yapılmadığı için yeterli başarı elde edilemediği fark edilmiştir.

Özetle; Konferans ve neticesinde yayımlanan Bildirge ve Gündem 21, sürdürülebilir kalkınmayı çevresel eksende vurgulayıp ele alması ve bazı yükümlülükler öngörmesi; çok katımlı olması ve bu yönüyle daha fazla dikkat çekmesiyle ön plana çıkmışsa da bundan önceki ilkelere nasıl riayet edilmediyse bu ilkelere de beklenen ve hedeflenen uyum sağlanamadığı görülmüştür.

D. 2000 Birleşmiş Milletler Bin Yıl Zirvesi

2000 yılının Eylül ayında, 189 ülkenin katılımıyla yapılan BM Genel Kurul toplantısı neticesinde, Binyıl Kalkınma Hedefleri (Millenium Development Goals) kabul edilmiş ve bu bildirgeye göre 2015 yılına kadar gerçekleştirilmesi planlanan ulusal ve uluslararası çaplı 8 temel hedef belirlenmiştir.⁴¹ “Binyıl Kalkınma Hedefleri”, sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin devletlerin iç dinamikleriyle uyumlu hale getirilmesi, çevrenin ve özellikle biyoçeşitliliğin korunması, eğitime erişimin artırılması konularına değinmesi açısından oldukça önemlidir.⁴²

Bildirgede, 20. Yüzyılda olması gereken değerler üzerine de konuşulmuştur. Şöyle ki; “Özgürlük, eşitlik, dayanışma, hoşgörü, doğaya saygı, ortak sorumluluk” olarak belirlenen değerlerin içerikleri şöyledir:⁴³

³⁵ KAYHAN, Ali Kerem: “Birleşmiş Milletler Çevre Programı Üzerine Bir İnceleme” 33, Sy 1 (2013), s. 36.

³⁶ KAYHAN, s. 67.

³⁷ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 32.

³⁸ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 34.

³⁹ YILMAZ / YÜCEL, s. 696.

⁴⁰ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 35.

⁴¹ TIRAŞ, s. 63.

⁴² YILMAZ / YÜCEL, s. 696.

⁴³ AKYILDIZ, Fulya: “Binyıl Kalkınma Hedefleri, İnsan Hakları Ve Demokrasi”, 01 Ocak 2011, s. 48.

- Kadınlar ve erkekler, açlık ve şiddet korkusu duymaksızın, baskı ve adaletsizliğe uğramaksızın, onurlu bir biçimde kendi hayatlarını yaşama ve çocuklarını yetiştirme hakkına sahiptirler. Bu hakların en büyük güvencesi insanların kendi iradelerine dayalı demokratik ve katılımcı yönetiştir.
- Hiç bir birey ve hiç bir ulus, kalkınmadan yararlanma olanağından mahrum edilmemelidir. Kadın ve erkeklerin hak ve fırsat eşitliği güvence altına alınmalıdır.
- Küresel sorunlar, maliyet ve külfetin temel eşitlik ve sosyal adalet ilkelerine uygun olarak adil bir biçimde paylaşıldığı yollardan çözümlenmelidir. En çok zarar görenler ya da en az yararlananlar, en çok yararlananların yardımını hak ederler.
- İnsanlar, tüm inanç, kültür ve dil farklılıklarıyla birbirlerine saygı duymalıdır. Toplumların kendi içlerindeki ve birbirleriyle olan farklılıkları, korkulacak ya da bastırılacak değil, insanlık değeri olarak yüceltilecek niteliklerdir. Uygarlıklar arasında bir Kültür ve Barış Diyalogu aktif biçimde desteklenmelidir.
- Sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda tüm canlı türlerinin ve doğal kaynakların yönetimine özen gösterilmelidir. Ancak bu yolladır ki doğanın bize sunduğu sonsuz zenginlikler korunabilir ve gelecek kuşaklara aktarılabilir. Bugünkü sürdürülemez üretim ve tüketim kalıpları, kendi esenliğimiz ve çocuklarımızın esenliği adına değiştirilmelidir.
- Dünya ölçeğinde ekonomik ve sosyal kalkınmanın ve uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditlerin yönetim sorumluluğu dünya uluslarınca paylaşılmalı, bunların gerekleri çok taraflı olarak yerine getirilmelidir. Dünyanın en evrensel ve temsil gücü en yüksek örgütü olarak Birleşmiş Milletler bu konuda merkezi bir rol oynamalıdır.”

Bin Yıl Hedeflerinde, 2015 yılına kadar gerçekleştirilmesi planlanan 8 önemli hedefin özeti ise şöyledir:

- Günlük 1 doların altında gelire sahip ülke nüfuslarını yarı yarıya azaltmak,
- Tüm dünyada hem kız çocuklarının hem de erkek çocuklarının ilköğretimi tamamlamalarını sağlamak,
- Eşit eğitim olanaklarını sağlamak ve kadınları güçlendirmek,
- Gelişmekte olan ülkelerdeki çocuk ölümlerini azaltmak,
- Gelişmekte olan ülkelerde, doğum sırasında yaşanan kadın ölümlerini azaltmak,
- HIV, AIDS gibi hayati hastalıkların azalmasını sağlamak,
- Ülkelerin ulusal ölçekte de sürdürülebilir kalkınmasının sağlanması ve sürdürülebilir çevre temini için uğraşmak,
- Sürdürülebilir kalkınma için küresel çapta işbirliği yapılmasını sağlamak.⁴⁴

Söz konusu bildirge ve belirlenen hedefler, bağlayıcı olmasa da daha sonra yaşanacak uluslararası kalkınma odaklı gelişmelere zemin hazırlamıştır. 2014 yılında yayımlanan Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporunda, 8 hedefin gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmiştir:

⁴⁴ “Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu 2014”, UNDP, <https://www.undp.org/tr/turkiye/publications/binyil-kalkinma-hedefleri-raporu-2014> Erişim Tarihi: 10.04.2024.

- “Binyıl Kalkınma Hedeflerine ulaşıldı, yoksulluk oranı 1990 ve 2010 yılları arasında yarı yarıya azaldı; ama 1,2 milyar insan hala aşırı yoksulluk içinde yaşıyor.
- 2000’li yılların başlarında kayda değer ilerleme kaydedilse de, okulu bırakan çocuk sayısını azaltma konusundaki ilerlemeler belirgin şekilde yavaşladı.
- Kadınlar kota sisteminin de desteğiyle parlamentolarda daha fazla güç sahibi oldu.
- Önemli gelişmeler yaşanmasına rağmen, dünya hala çocuk ölüm oranının azaltılması konusundaki Binyıl Kalkınma Hedefinde geride kaldı.
- Anne ölüm oranını azaltmak için çok daha fazla ilerleme kaydedilmesi gerekiyor. Yoksulluk ve eğitimsizlik ergenlik çağında doğum oranının yüksek kalmasına neden oluyor.
- Hala çok sayıda HIV enfeksiyonu vakası görülüyor.
- Milyonlarca hektar ağaç her yıl yok oluyor ve bu değerli varlığı tehdit altında bırakıyor. Küresel sera gazı salımı artmaya devam ediyor.
- Resmi kalkınma yardımları en yüksek seviyeye ulaştı ve geçen iki yıldaki gerilemeyi tersine çevirdi.”⁴⁵ İfadeleri yer almıştır.

E. 2002 Johannesburg (Rio+10) Konferansı

1992 yılında gerçekleştirilen Rio Konferansı ve akabinde yayımlanan bildirgedeki amaçların gerçekleştirilmesinde yaşanan sıkıntılardan 10 yıl sonra, Güney Afrika’da Johannesburg’da 191 hükümetin, uluslararası örgütlerin ve iş insanları ile uzmanların katılımıyla Rio+10 diye de bilinen “BM Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi” gerçekleştirilmiştir.⁴⁶ Böylelikle “sürdürülebilir kalkınma” kavramı uluslararası mecrada ilk kez bir konferansın ismine verilmiştir.⁴⁷

Konferansın ana amacı; 1992 tarihli Rio Konferansında uzlaşılan fakat gerçekleştirilemeyen hedeflerin hem hayata geçirilmesi hem de “sürdürülebilir kalkınmaya küresel taahhüdün canlandırılması” olmuştur.⁴⁸ Johannesburg Zirvesi 5 özel konuya odaklanmıştır; su, enerji, sağlık, tarım ve biyoçeşitlilik.⁴⁹ Daha önceki konferansların aksine bu konferansta, uluslararası alanda çevre ve kalkınma sorunlarının nasıl birlikte çalışılması gerektiği noktasında küresel bir zirve üzerinde uzlaşılmıştır. Zirvenin sonucunda, Johannesburg Bildirgesi ve Johannesburg Uygulama Planı kabul edilmiştir. Bu belgelerde; sürdürülebilir kalkınmadan söz edebilmek için; ekonomik ve sosyal kalkınma ile çevresel korumanın bir arada olması gerektiğinin tanımı yapılmıştır.⁵⁰

Zirve, her ne kadar Rio Bildirgesini geliştirmek ve gerçekleştirmek üzere yapılmışsa da zirvenin sonucunda kabul edilen belgelerin de bağlayıcı olarak düzenlenmemiş oluşu, sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleştirilmesi ve ileri taşınması için yeterli somut ifadelerin, hedeflerin belirlenmemiş olması bu noktada eleştirilmiştir.⁵¹ Buna karşın, Kyoto Protokolü gibi önceki uluslararası antlaşmaların,

⁴⁵ “Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu 2014”, Undp, Erişim Tarihi: 10.04.2024, <https://www.undp.org/tr/Turkiye/Publications/Binyil-Kalkinma-Hedefleri-Raporu-2014>.

⁴⁶ TIRAŞ, s. 64.

⁴⁷ TIRAŞ, s. 64.

⁴⁸ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 55.

⁴⁹ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 55.

⁵⁰ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 56.

⁵¹ YÜKSEL / BARUT, s. 45.

daha önce bunlara taraf olmayan ülkelere de imzaya açılması ve yeni taraf ülkelerin olması, zirvenin önemli sonuçlarından olduğu için olumlu eleştiriler de bulunmaktadır.⁵²

Johannesburg Bildirgesinde ayrıca; “dayanışma, insan onuru, küresel toplum inşası, gelir artırıcı istihdam olanaklarının yaratılması”⁵³ gibi sosyal devlet ilkesini temel alan kavramların, sürdürülebilir kalkınma kavramıyla birlikte ve ilişkili olarak yer alması olumlu gelişmeler arasında sayılmıştır.⁵⁴ Yine önemli hususlardan biri de bu zamana kadar ilk kez, sürdürülebilir kalkınmada sadece devlet değil özel sektörün de rolü olduğu ifade edilmiştir.⁵⁵ Kaldı ki bu zirvenin, Afrika’da yapılması sayesinde, bölgenin sorunlarından olan; gıda güvenliği, çölleşme, HIV/AIDS gibi sosyoekonomik ve çevresel sorunlar da dikkate alınmıştır.⁵⁶ Yeni ve önemli sayılan bir diğer durum ise zirvede, yeşil enerjinin kullanımının benimsenmesi, sürdürülebilirliğe zarar veren enerjilerin kullanımının desteklenmemesi noktasında görüş birliğine varılmasıdır.⁵⁷

F. 2012 Rio+20 BM Sürdürülebilir Kalkınma Konferansı

1992’de yapılan Rio Konferansından 20 yıl sonra, 2012 yılında yine Brezilya’da Rio de Janeiro’da düzenlenen ve 188 ülke katılımcıları, onlarca sivil toplum örgütü ile binlerce gazeteciden oluşan toplam 45.381 kişilik katılımcı sayısı ile; Rio+20 Konferansı, en yüksek katılımlı çevre etkinliği olarak Uluslararası Hukuk’ta yerini almıştır.⁵⁸ Konferansın sonunda yayımlanan sonuç bildirgesine “İstedığımız Gelecek” adı verilmiş; sürdürülebilir kalkınma için en önemli hedefin yoksulluğun ortadan kaldırılması olduğu ayrıca yeşil ekonomiye geçişin bu noktada oldukça elzem olduğu tespitlerine yer verilerek burada da ekonomik, sosyal ve çevresel bir ilişki vurgulanmıştır.⁵⁹

Bu konferansta ayrıca, 2000 yılındaki Bin Yıl Zirvesi ile belirlenen, 2015 yılına kadar gerçekleştirilecek hedeflerin, 2012 yılı itibariyle kısmen başarıya ulaşmış olduğu göz önüne alınarak yeni tamamlayıcı hedeflerin belirlenmesi gündeme gelmiştir.⁶⁰ Bunun üzerine BM Genel Kuruluna bağlı Sürdürülebilir Kalkınma Hakkında Açık Çalışma Grubu, 2015 sonrası için bu hedefleri belirlemiş; Genel Kurul ise 2014’te bunları gündeme almayı kabul etmiştir.⁶¹ Belirlenen hedefler ise şu şekildedir:

- Hedef 1 Yoksulluğun her türüsüne her yerde son ver.
- Hedef 2 Açlığa son ver, gıda güvenliğini ve beslenmeyi iyileştir ve sürdürülebilir tarımı teşvik et.
- Hedef 3 Her yaşta herkes için sağlıklı yaşamlar sağla ve refahı teşvik et.

⁵² GÜNEŞ, Ahmet M.: Çevre Hukuku, 5. Basım, Ankara 2023, s. 87.

⁵³ YÜKSEL/BARUT, s. 45.

⁵⁴ BOYAR, Oya: “Anayasa Ve Sürdürülebilir Kalkınma”, İstanbul Hukuk Mecmuası 78, Sy 4 (13 Şubat 2021): s. 1936, <https://doi.org/10.26650/Mecmua.2020.78.4.0007>.

⁵⁵ BOYAR, s. 1936.

⁵⁶ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 59.

⁵⁷ YÜKSEL / BARUT, s. 45.

⁵⁸ GÜNEŞ, Ahmet M., s. 87.

⁵⁹ YILDIRIM / NURİ, s. 13.

⁶⁰ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 63.

⁶¹ SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 65.

- Hedef 4 Kapsayıcı ve eşitlikçi kaliteli eğitimi sağla ve herkes için yaşam boyu öğrenme fırsatlarını teşvik et.
- Hedef 5 Toplumsal cinsiyet eşitliğini sağla ve tüm kadınları ve kız çocuklarını güçlendir.
- Hedef 6 Herkes için su ve sanitasyonun mevcudiyetini ve sürdürülebilir yönetimi sağla.
- Hedef 7 Herkes için uygun fiyatlı, güvenilir, sürdürülebilir ve modern enerjiye erişimi sağla.
- Hedef 8 Sürdürülebilir, kapsayıcı ve sürdürülebilir ekonomik büyümeyi, tam ve üretken istihdamı ve herkes için insana yakışır işi teşvik et.
- Hedef 9 Dayanıklı altyapı inşa et, kapsayıcı ve sürdürülebilir sanayileşmeyi teşvik et ve yenilikçiliği destekle.
- Hedef 10 Ülke içinde ve ülkeler arasında eşitsizliği azalt.
- Hedef 11 Şehirleri ve insan yerleşimlerini kapsayıcı, güvenli, dirençli ve sürdürülebilir kıl.
- Hedef 12 Sürdürülebilir tüketim ve üretim kalıplarını sağla.
- Hedef 13 İklim değişikliği ve etkileriyle mücadele etmek için acilen harekete geç.
- Hedef 14 Sürdürülebilir kalkınma için okyanusları, denizleri ve deniz kaynaklarını koru ve sürdürülebilir kullan.
- Hedef 15 Karasal ekosistemlerin korunması, restore edilmesi ve sürdürülebilir kullanımının teşvik edilmesi, ormanların sürdürülebilir şekilde yönetilmesi, çölleşme ile mücadele edilmesi, arazi bozulmasının durdurulması ve tersine çevrilmesi ve biyolojik çeşitlilik kaybının durdurulmasını sağla.
- Hedef 16 Sürdürülebilir kalkınma için barışçıl ve kapsayıcı toplumları teşvik et, herkesin adalete erişimini sağla ve her düzeyde etkili, hesap verebilir ve kapsayıcı kurumlar oluştur.
- Hedef 17 Uygulama araçlarını güçlendir ve sürdürülebilir kalkınma için küresel ortaklığı yeniden canlandır.⁶²

Belirlenen bu hedefler, 2015 yılında yapılan Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesinde düzenlenen Gündem 2030 isimli bildirmede yer alarak kabul edilmiş ve 2030 yılına kadar bu hedeflerin gerçekleştirilmesi, katılımcı ülkelerce taahhüt edilmiştir.⁶³

G. 2015: Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi ve Gündem 2030

2015 yılı Kasım ayında, Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi 193 ülkeden katılımcıları ile toplanmış ve zirvenin sonucunda “Dünyamızı Dönüştürmek: 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi” (Gündem 2030), Türkiye’nin de aralarında bulunduğu katılımcı ülkelerce kabul edilmiştir.⁶⁴ Gündem 2030 Bildirgesinde, yukarıda bahsetmiş olduğumuz ve Bin Yıl Kalkınma Hedeflerini geliştiren ve tamamlayan; 2030 yılına kadar gerçekleştirilmesi hedeflenen yeni sürdürülebilir kalkınmaya yönelik hedefler kabul edilmiştir.⁶⁵

⁶² “Proposal For Sustainable Development Goals .. Sustainable Development Knowledge Platform”, Erişim Tarihi: 13.04.2024, <https://Sustainabledevelopment.Un.Org/Focussdgs.Html> Çeviri Tarafımızca Yapılmıştır.

⁶³ BOYAR, s. 1936.

⁶⁴ YILDIRIM / NURİ, s.15.

⁶⁵ YÜKSEL / BARUT, s. 47.

Küresel Amaçlar olarak da ifade edilen bu hedefler; “2015 yılında Birleşmiş Milletler tarafından yoksulluğu sona erdirmek, gezegeni korumak ve 2030 yılına kadar tüm insanların barış ve refah içinde yaşamalarını sağlamak için evrensel bir eylem çağırısı” olarak görülmüştür.⁶⁶

Gündem 2030 hedefleri; bir yönüyle de “küresel kalkınma” sağlanmasının yolunun, bölgesel kalkınmanın sağlanmasından geçtiğini göstermek istemiştir.⁶⁷ Gündem 2030, Gündem 21’e nazaran, daha çok eşitlik ilkesini gözetmiş ve özellikle katılım araçlarının yerel çapta da nasıl geliştirilebileceğine odaklanmıştır.⁶⁸ Hatta konuya ilişkin literatür taraması yapıldığında, süreç için “Gündem 2030” yerine “Yerel Gündem 2030” ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı yönünde görüşlerin olduğu görülmektedir.⁶⁹

2020 yılında tüm Dünya’yı etkisi altına alan COVID-19 pandemisine kadar, her yıl Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları (SKA) tarafından yayınlanan raporlara göre, 2015’ten itibaren bu hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik olumlu gelişmeler yaşandığı görülmüştür.⁷⁰ Bunun en önemli sebeplerinden biri elbette, ülke ekonomilerinin yaşanan pandemiden yaralar almasıdır. Yoksulluğu ortadan kaldırmaya ve eşitliği sağlamaya yönelik olarak belirlenen 2030 hedeflerinin, pandemiden etkilenmemesi zaten mümkün görünmeyecekti.

Son olarak, SKA tarafından yayınlanan raporlarda ayrıca, hangi ülkelerin bu hedeflere uyma noktasında başarılı olduğunu, hangilerinin geri planda kaldığı da raporlanmıştır.⁷¹ Nitekim en son 2023 yılında yayımlanan “Sürdürülebilir Kalkınma Raporu 2023”te 166 ülke arasında Türkiye’nin 72. Sırada olduğu görülmektedir.⁷² Genellikle gelişmiş ülkelerin bu konuda daha yüksek sıralarda yer aldığı görülmekle birlikte beklenti de bu yöndedir. 2030 yılına gelindiğinde hedeflerden kaçına hangi oranda ulaşıldığı daha net ortaya koyulacaktır.

SONUÇ

Sürdürülebilir kalkınma kavramı, Uluslararası Hukuk’ta çok yeni değilse de olması gereken kadar eski bir geçmişe de sahip değildir. Özellikle, çalışmamızda da sık sık değindiğimiz gibi sürdürülebilir kalkınmanın sadece ekonomik boyutuyla ele alınmasının hata olduğunun anlaşılması bile yeni yeni gündeme gelmektedir.

Kalkınma diye belirttiğimiz ve temelinde ekonomik bir anlam yatan bu ifadeye “sürdürülebilirlik” atfedilebilmesi için kavramın çok boyutlu olarak ele alınması; özellikle “kaynakların

⁶⁶ YILMAZ / YÜCEL, s. 696.

⁶⁷ AKBULUT, Fatih / ÇÖLGEÇEN, Barış: “Birleşmiş Milletler 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerinin Ulusal Kamu Politikalarına Dönüştürülmesi Çerçevesinde Bölgesel Kalkınma Planlarının Rolü”, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, 11, sy 1, 28 Mart 2023, s. 208.

⁶⁸ BOSTANCI, Seda: “Yerel Gündem 21’den Yerel Gündem 2030’a Geçiş Ne Tür Yenilikler Getiriyor?”, 2021, s. 120.

⁶⁹ BOSTANCI, s. 115.

⁷⁰ YILMAZ / YÜCEL, s. 697.

⁷¹ YILMAZ / YÜCEL, s. 697.

⁷² “Sustainable Development Report 2023”, s. 25, <https://dashboards.sdindex.org/>, Erişim Tarihi: 14.04.2024.

sürdürülebilirliği” ile yakın ilişkisi olan bu kavramın Çevre Hukukundan yararlanmadan anlamlandırılmayacağı artık aşikardır.

Bu çerçevede düşünüldüğünde; yoksulluğun ortadan kaldırılması, herkes için eşit fırsatların sağlanması, iklim değişikliğiyle mücadele edilmesi, çevre hakkının tesisi gibi çoklu hedefleri içinde barındıran “Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri” daha doğru bir yaklaşıma sahip olacaktır. Bu durum Uluslararası Hukuk’ta da fark edilmeye başlanmış; her devletin kendi sorunu gibi görünen bu sorunların, nihayetinde diğer devletleri de etkilediği ve küresel çapta etkileri olan sorunlar olduğu; dolayısıyla uluslararası işbirliği ile bütüncül bir yaklaşımla çözülmesi gerektiği geç de olsa anlaşılmıştır.

Gelinen aşamada, fark edilen bu durumların artık bağlayıcı metinlerde de ele alınması gerekliliği gün yüzüne çıkmıştır. Uluslararası çapta yapılan çalışmaların, yayımlanan bildirgelerin, verilen taahhütlerin genel olarak bağlayıcı olmaması bu alanda tabiri caizse ilerlemenin önünde birer “çelme” vazifesi görmektedir. Yine konunun önemi itibarıyla uzun yıllar ara verilerek yapılan uluslararası çalışma ve etkinliklerin, toplantı ve konferansların sıklığı artırılmalı; kısa vadede ulaşılabilir hedeflerle hızlı ve adım adım ilerlenmelidir.

Nitekim bu konuda son uluslararası belgelerden olan, Gündem 2030 belgesine göre belirlenen 15 yıllık hedeflerin, uzun bir zaman aralığında ve gelişmekte olan ülkeler için ulaşılması zor hedefler içeriyor olması varılmak istenen sonucu ulaşılması zor bir hale sokmaktadır. 2030 yılında, Birleşmiş Milletlere bağlı çevre kuruluşlarınca yapılacak konferanslar artık bağlayıcı düzenlemelere odağını çevirmeli; kısa vadeli hızlı sonuçlar doğuracak hedefler belirlemelidir.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Fatih / Çölgeçen, Barış: “Birleşmiş Milletler 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerinin Ulusal Kamu Politikalarına Dönüştürülmesi Çerçevesinde Bölgesel Kalkınma Planlarının Rolü”. *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, 11, Sy 1 (28 Mart 2023): 200-220. <https://doi.org/10.14782/Marmarasbd.1162481>.

AKGÜL, Urungu (2010), "Sürdürülebilir Kalkınma: Uygulamalı Antropolojinin Eylem Alanı", *Antropoloji Dergisi*, S.24, ss.133-164.

AKYILDIZ, Fulya: “Binyıl Kalkınma Hedefleri, İnsan Hakları Ve Demokrasi”, 01 Ocak 2011, 14.

ALAGÖZ, Mehmet (2004), "Sürdürülebilir Kalkınmanın Paradigması", *Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, S.4(8), ss.1-23.

Are, Federal Office For Spatial Development. “1987: Brundtland Report”. <https://www.are.admin.ch/are/en/home/medien-und/publikationen/publikationen/nachhaltige-entwicklung/brundtland-report.html>, Erişim Tarihi: 09.04.2024.

BM Türkiye (2022), “Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları”, BM Türkiye Kurumsal Web Sayfası, 25 Mayıs 2022, <https://turkey.un.org/tr/sdgs/10>, Erişim Tarihi: 09.04.2024.

- BOSTANCI, Seda: “Yerel Gündem 21’den Yerel Gündem 2030’a Geçiş Ne Tür Yenilikler Getiriyor?”, 2021.
- BOYAR, Oya: “Anayasa Ve Sürdürülebilir Kalkınma”, *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, Sy 4 (13 Şubat 2021): 1921-57. <https://doi.org/10.26650/Mecmua.2020.78.4.0007>.
- BROWN, J. Stanley: “Fur Seals And The Bering Sea Arbitration”, *Journal Of The American Geographical Society Of New York*, 26, Sy 1 (1894): 326-72. <https://doi.org/10.2307/197152>.
- DİNÇ, Güney: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ’Ne Göre Çevre Ve İnsan”, *Barobirlik, T.Y.*, 10.
- GÖNEL, Feride: “Globalleşen Dünyada (Nasıl Bir) Sürdürülebilir Kalkınma”, 2002. <https://avesis.yildiz.edu.tr/Yayin/C5c5b5d9-9d7a-4ea7-9706-56681dae5f21/Globallesen-Dunyada-Nasil-Bir-Surdurulebilir-Kalkinma>.
- GÜNEŞ, Ahmet M.: Çevre Hukuku. 5. Bs. Ankara 2023.
- Hukuk Ansiklopedisi. “Stockholm Bildirgesi-Bm İnsan Ve Çevre Konferansı Bildirgesi”, 04 Nisan 2022. <https://hukukbook.com/Stockholm-Bildirgesi-Milletler-İnsan-Ve-Cevre-Konferansi-Bildirgesi/>.
- KAYHAN, Ali Kerem: “Birleşmiş Milletler Çevre Programı Üzerine Bir İnceleme” 33, Sy 1 (2013): 90.
- KOPNINA, Helen (2020), "Education for Sustainable Development Goals (ESDG): What is Wrong with ESGDs, and What Can We Do Better?", *Education Sciences*, S.10(10), ss.261(2-14).
- OZMEHMET, Ecehan: “Dünyada Ve Türkiye Sürdürülebilir Kalkınma Yaklaşımları”, T.Y.
- PALLEMAERTS, Marc: “Stockholm’den Rio’ya Uluslararası Çevre Hukuku: Geleceğe Dogru Geri Adım Mı?”, 1993.
- PEŞKİRCİOĞLU, Nurettin (2016), "2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri: Küresel Verimlilik Hareketine Doğru", *Anahtar Dergisi*, S.28(335), ss.4-9.
- “Proposal For Sustainable Development Goals .. Sustainable Development Knowledge Platform”. <https://sustainabledevelopment.un.org/focussdgs.html>, Erişim Tarihi: 09.04.2024.
- SARAÇ, Bilal/ALPTEKİN, Nesrin (2017), "Türkiye’de İllerin Sürdürülebilir Kalkınma Göstergelerine Göre Değerlendirilmesi", *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, S.13(1), ss.19-49.
- SARAÇYAKUPOĞLU, Gökey: “Uluslararası Deniz Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması Ve Uluslararası Andlaşmalar Bağlamında Uygulanması”, T.Y.
- SARIBEYOĞLU SKALAR, Meltem: Uluslararası Hukuk Ve Sürdürülebilir Kalkınma. 1. Bs. İstanbul: Beta, 2015.
- Strateji ve Bütçe Başkanlığı (2022, 05 25), “Sürdürülebilir Kalkınma Hakkında Temel Bilgiler”, T.C. Kalkınma Bakanlığı Sürdürülebilir Kalkınma Kurumsal Web Sayfası, <http://www.surdurulebiliralkinma.gov.tr/temel-tanimlar/>, Erişim Tarihi: 10.04.2024.
- “Sustainable Development Report 2023”, <https://dashboards.sdgindex.org/>, Erişim Tarihi: 11.04.2024

T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları Değerlendirme Raporu, T.C. Cumhurbaşkanlığı Yayını, Ankara.

T.C. Dışişleri Bakanlığı (2022), “Sürdürülebilir Kalkınma”, T.C. Dışişleri Bakanlığı Kurumsal Web Sayfası, 25 Mayıs 2022, <https://www.mfa.gov.tr/surdurulebilir-kalkinma.tr.mfa>, Erişim Tarihi: 11.04.2024.

TIRAŞ, H. Hayrettin: “Sürdürülebilir Kalkınma Ve Çevre: Teorik Bir İnceleme”, T.Y.

Undp. “Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu 2014”.
<https://www.undp.org/tr/turkiye/publications/binyil-kalkinma-hedefleri-raporu-2014>,
Erişim Tarihi: 12.04.2024.

WCED (1987), Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Oxford University Press, Oxford.

YILDIRIM, Oğuz/İSMAİL NURİ, Fatme: “Sustainable Development Under The Historical Development Process”. Sustainable Development, T.Y.

YILMAZ, Hasan/YÜCEL, Tarık: “Sürdürülebilir Kalkınmanın Sağlanmasında Uluslararası Çalışmalar Ve Eleştirileri”. Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi 5, Sy 3 (31 Aralık 2022): 691-702.
<https://doi.org/10.33712/mana.1181239>.

YÜKSEL, Aytaç/BARUT, Duygu: “Sustainable Development In International Environmental Law”, T.Y.



ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELERİNİN OYLARININ ÖLÇÜLEBİLİR HALE GETİRİLMESİ İÇİN BİR ÖNERİ
A PROPOSAL FOR THE QUANTIFICATION OF THE VOTES OF THE MEMBERS OF THE
CONSTITUTIONAL COURT

Ar. Gör. Dr. Ahmet AYATA*

ÖZET

Klasik biçimci hukuk anlayışının aksine günümüz hukuki yorum yaklaşımları yargısal kararların hukuk-dışı etkenlerden bağımsız olamayacağını kabul etmektedir. Anayasal yargı kurumlarının karar alma süreçleri, sosyal ve hukuki bileşenlerin etkileşiminden doğmaktadır. Bu varsayımdan yola çıkarak yürütülen araştırmalar sosyo-legal hukuk çalışmaları başlığı altında değerlendirilebilir. Bu çalışmalar, hukuki realizmin ve açıklayıcı olabilecek tüm sosyal bilimsel yöntemlerin hukuk çalışmalarının konusu olabileceği kabullerine dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi (AYM) literatürü ise genellikle doktrinel niteliktedir. Bunun yanında, yargısal aktivizm ve hegemonik koruma tezleri çerçevesinde olup adı konmamakla birlikte mahkemenin yargısal davranışına ilişkin çalışmalar da yapılmıştır. Ayrıca ampirik verileri de değerlendiren daha az sayıda süreç odaklı çalışma da bulunmaktadır. AYM örneğini açıkladığını ileri sürsün veya sürmesin yargısal aktivizm kavramına dokunan çalışmaların bir kısmı süreçleri seçme kararlar üzerinden okumakta, az sayıdaki çalışma ise kararları daha ölçülebilir hale getirmektedir. AYM'ye ilişkin yapılacak değerlendirmelerin görece objektif olması kararların ölçülebilir hale getirilmesi ve gerekçelerin hukuki argümantasyonunun incelenmesiyle mümkün olabilir. AYM'ye ilişkin çalışmalar ekseriyetle çoğunluk kararına odaklanmaktadır. Kararların sıklıkla oyçokluğuyla alındıkları düşünülürse bu değerlendirmelerin mahkemeyi homojen kabul eden yaklaşımlarının, süreçlere odaklanan çalışmalar açısından yetersiz kalacağı açıktır. Bu çerçevede mahkeme kararlarının karşı oylar dikkate alınarak değerlendirilmesi mahkemenin ve üyelerinin yargısal karar alma sürecine ilişkin objektif analizler yapılmasını kolaylaştıracaktır. Üyeler üzerinden mahkemenin geleceğinin tartışıldığı bu dönemde, karşı oyları ölçülebilir hale getirmek, üyelerin gerçekten nasıl davrandıklarını ve diğer ülke örneklerindeki gibi ayrışmalar olup olmadığını anlamak ve AYM'nin kompozisyonunu betimlemek açısından önem taşımaktadır. Bu çalışmanın temel sorusu üyelerin oy dağılımlarının nasıl ölçülebilir hale getirileceğidir. Bu amaçla her bir üyenin karşı oylarının tek tek değerlendirildiği bir ölçek önerisi sunulmaktadır. Ölçeğin uygulanması için öncelikle üyelerin çoğunlukla hangi üyelerle paralel oy kullandıkları tespit edilmiştir. Ardından bu üyelerle birlikte ve aynı doğrultuda karar vermeleri; üyenin grubun tamamıyla değil ama birkaçıyla aynı doğrultuda karşı oy kullanması ve üyenin diğer tüm üyelerin mutabık oldukları durumda tek başına karşı oy kullanması hallerine göre her oy için katmanlı bir puanlama yapılmıştır. Puanlama, oyun iptal veya ret yönünde olmasına göre pozitif veya negatif değer almaktadır. Belirlenen skorlara göre üyeler bir doğru üzerinde sıfır noktasının sağına ve soluna yerleştirilmektedir. Üye sıfır noktasının soluna gittikçe iptal eğiliminin arttığı, sağına gittikçe iptal

* Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, aayata@atu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3334-7778.

eğiliminin azaldığı kabul edilmiştir. Böylece her üye için elde edilen skorun, o üyenin ele alınan düzenlemeleri ne ölçüde iptal etme yahut ayakta tutma eğiliminde olduğunu göstermesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sosyo-legal hukuk çalışmaları, yargısal karar alma süreci, anayasa yargısı, yargısal davranış, üyelerin tutumları.

ABSTRACT

Contrary to the classical formalistic understanding of the law, current legal interpretation approaches recognize that judicial decisions are not independent of the factors outside the law. Therefore, the decision-making processes of constitutional judicial institutions are shaped through the interaction of social and legal factors. Studies conducted based on this assumption can be categorized as socio-legal studies. They are based on the assumptions of legal realism and the acceptance that all explanatory social scientific methods can be the subject of legal studies. The existing Constitutional Court (AYM) literature is doctrinal in nature. Some studies conducted within the framework of the theses of judicial activism and hegemonic preservation analyzed the judicial behavior of the court. Also, fewer studies focus on the processes with an evaluation of empirical data. Some of the studies that touch upon the concept of judicial activism read the processes through selected decisions, while a few studies evaluate the decisions in a more measurable way. To evaluate AYM's holdings relatively objectively, one should make the judgments measurable and assess the legal argumentation in the cases. Studies on the AYM mostly focus on the majority decisions. As the decisions are often taken by majority vote, this approach, which assumes the court to be homogeneous, will be insufficient for evaluating the processes. In this respect, considering the dissenting votes will facilitate the objective analyses of the judicial decision-making process of the court and its members. Making the dissenting votes measurable is important to describe how members actually behave, whether there are divergences between their approaches as in other countries and to understand the composition of the AYM. The main question of this study is how to make the voting distribution of members measurable. This study proposes a scale in which the dissenting votes of each member are evaluated individually. To apply the scale, firstly, it was determined which members mostly voted in parallel with which members. Then, a tiered scoring was made for each vote according to the cases of making a decision together with these members and in the same direction; the member voting against not with the whole group but in the same direction with a few of them, and the member voting against alone in a situation where all other members are in agreement. The scoring is positive or negative, depending on whether the vote is in favor of cancellation or rejection. According to the total votes determined, members are placed to the right and left of the zero point on a line. It is assumed that as the member moves to the left of the zero point, the tendency for cancellation increases, and as the member moves to the right, the tendency for cancellation decreases. Thus, the score obtained for each member is intended to show the extent to which that member tends to cancel or uphold the regulations.

Keywords: Socio-legal studies, judicial decision-making process, constitutional judiciary, judicial behaviour, judges' attitudes.

GİRİŞ

Pozitif hukuku aşan değerlere atıf yapılmadığında yargı kararlarının adalet kriterini sağlaması çoğunlukla yasal düzenlemelere uygun olmaları şartına bağlanmaktadır. Bu kanaate göre şartın sağlanması ise yargı kurumlarının adeta birer yargılama otomatı gibi çalışmalarına bağlıdır. Buna göre somut olay yargıya intikal eder. Yargıç ya da heyet somut olaya uygulanacak mevzuatı diğer bir deyişle büyük önermeyi belirler. Küçük önerme somut olaydır. Küçük önerme büyük önerme kapsamındaysa büyük önermede öngörülen sonuca varılır. Böylece determinist bir yargılama süreci tahayyül edilir.

Klasik biçimci pozitivist hukuk anlayışı açısından sürecin yukarıdaki gibi işlemesi beklenir ancak yargılama süreci nadiren bu denli basittir. Bir yargı kararının mevzuatın gerektirdiği sonuca uygun olması çoğu zaman düşünüldüğünden daha tartışmalıdır. Zira yargı kararlarını belirleyen tek etken yasal materyal değildir. Bir süreç olarak yargılama çoğu zaman hukuk-dışı (extra-legal) etkenlerin tesiri altındadır. Bu nedenle hukuki realizmin etkisiyle doğan ve sayıları artan sosyo-legal çalışmalarda yargılama sürecine ve dolayısıyla karara; yargıçların tutumlarından kurumların belirlediği izlek ve stratejilere kadar çok sayıda hukuk-dışı faktörün etkisi tartışılmaktadır. Sosyo-legal çalışmalar doktrinel çalışmalardan farklı olarak yargılamayı bir süreç olarak değerlendirmekte ve hukuku sosyal bir bağlam (law in context) içinde ele almaktadır. Söz konusu bağlamın ortaya konmasında fayda sağlayabilecek sosyal bilim metodlarına başvurmaları bakımından bu çalışmalarda metodolojik bir çoğulculuğun benimsendiği görülmektedir. Böylece hukuki analizler ölçülebilir verilerle de desteklenebilmekte ve “olan” ile “yazılı olan” arasındaki boşluk görece nesnel biçimde irdelenebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) ilişkin literatürde ağırlıklı olarak doktrinel çalışmalara rastlanmaktadır. Bu çalışmaların dışında yargılama süreçlerine ve AYM’nin kurumsal davranışına ilişkin çalışmalar da bulunmaktadır. Geçtiğimiz yıllarda çoğunlukla yargısal aktivizm kavramı çerçevesinde yürütülen bu çalışmaların son yıllarda “kendi kendini sınırlandırma”, “stratejik uyum” gibi farklı kavramlar çerçevesinde de ele alındığı görülmektedir. Kavramsal çalışmalar dışında özellikle sosyal bilimciler tarafından ölçülebilir nicel çalışmalar da yürütülmektedir. Bu çalışmaların hukuki analizlerle desteklenmesi halinde AYM’nin davranışlarına ilişkin görece nesnel çıkarımların yapılmasını kolaylaştırması mümkündür.

Yukarıda zikredilen varsayımlardan yola çıkan bu çalışmada AYM kararlarının ve üyelerin oylarının daha ölçülebilir hale getirilmesi amacıyla bir yöntem önerilmektedir. Önerilen yöntemde öncelikle üyelerin oyları tematize edilmektedir. Böylece daha küçük bir örnekleme derinlemesine analize imkân tanınması hedeflenmektedir. Ardından üyelerin grup olarak ya da münferit oy kullanma durumlarına göre oyları sayısallaştırılmaktadır. Böylelikle üyelerin belirlenen konuya ya da norm türüne ilişkin olarak hangi ölçüde iptal ya da ret oyu kullanma eğiliminde oldukları ortaya konulmaktadır. Bu öneri üyelerin

oy verme eğilimlerini tespit ederken diğer üyelerle ne ölçüde birlikte hareket ettiklerini ortaya koymak açısından da elverişli görünmektedir.

I. LİTERATÜR TARAMASI

Çalışmanın bu kısmında yargısal davranış ve karar verme literatürünün çalışma açısından temel teşkil eden yönlerine değinilecektir. Detaylarına değinmek bu çalışmanın sınırlılıkları açısından mümkün olmadığı için jenerik olarak yargısal davranış modellerinin temel kabullerinin ve işbu çalışma açısından önem arz eden literatürün derlenmesiyle iktifa edilecektir.

A. Yargısal Davranış Literatürü

Yargısal davranış mahkemelerin ve yargıçların kararlarını da kapsayacak şekilde bütün davranışlarını ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Yargısal davranış çalışmaları ise yargıçların ya da mahkemelerin neyi, neden yaptıkları sorularına yanıt aramaktadır. Bu çıkış noktası itibariyle yargısal davranış çalışmaları, alışlagelmiş doktrinel ve normatif hukuk çalışmalarından ayrılmaktadır. Zira bu çalışmalar yargı kararlarının doğruluğunu ya da nasıl olmaları gerektiğini incelemek yerine hangi etkenlere bağlı olarak ve hangi süreçlerin sonucunda ortaya konulduklarını araştırmaktadır.¹

Anlaşılabacağı üzere sosyo-legal hukuk çalışmaları doktrinel hukuk çalışmalarından farklı olarak gözlemlenebilir alana ve süreçlere odaklanmaktadır.² Yargısal karar verme sürecinde hangi faktörlerin etkili olduğu sorusuna verilen cevapları kabaca üç model etrafında cevaplandırmak mümkündür. Bunlardan ilki klasik biçimci hukuk anlayışıyla örtüşen yasal modeldir. Yasal modele göre yargısal kararı belirleyen temel etken, mevzuat dışında yasa koyucunun amacını ve önceki içtihatları da kapsayan yasal materyaldir. Yargıçlar öncelikle önlerine gelen somut olaya uygulanacak ve büyük önermeye karşılık gelen yasal materyali belirlerler. Ardından yasal materyalin küçük önermeye nasıl bir sonuç bağladığı sorusu cevaplanarak yargısal karar ortaya konulur.

Yargısal karar verme sürecine ilişkin ikinci model tutum modelidir. Bu model yargı kararlarının yargıçların politik tercihleri, tutumları, ideolojileri, değer yargıları, geçmiş tecrübeleri ve kişisel motivasyonları gibi bireysel etkenler sonucunda ortaya çıktığını ileri sürmektedir.³

Genellikle stratejik model olarak adlandırılan model ise yargıçların kendi tutumlarının yanında başka devlet organları, mahkemeler, baskı grupları gibi diğer aktörlerin bu kararlara verecekleri cevapları da dikkate alarak karar verdiklerini ileri sürmektedir.⁴ Örneğin bu modele göre yasamanın ya da yürütmenin vereceği olası tepkiler AYM kararları üzerinde belirleyici olacaktır. Bunun yanında tarihsel kurumsalcılık gibi yargısal davranış çalışmalarında kullanılan kurum bazlı yaklaşımlar da stratejik model

¹ SEGAL, Jeffrey A: *The Oxford Handbook of Political Science, Judicial Behavior*, Editör: Robert Goodin, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 275.

² DOBINSON, Ian, Johns Francis: "Qualitative Legal Research", *Research Methods of Law*, Editör: Mike McConville, Wing Hong Chui, Edinburgh University Press, Edinburgh 2007, s. 20.

³ BRACE, Paul, Melinda Gann Hall, "Neo-Institutionalism and Dissent in State Supreme Courts", *The Journal of Politics*, Cilt 52, Sayı 1, 1990, s. 916.

⁴ EPSTEIN, Lee, Jack Knight: "Strategic Accounts of Judging", *Routledge Handbook Of Judicial Behavior*, Editör: Robert M. Howard, Kirk A. Randazzo, Routledge, 2018, s. 48-49.

başlığı altında değerlendirilmektedir. Bu çalışmalarda son yıllarda sosyal bilimler alanında ciddi popülerite kazanan tarihsel kurumsalcılığın izlek bağımlılığı teorisinin yargısal kararlar için de açıklayıcı olabileceği ileri sürülmektedir. Bu çerçevede anayasa yargısının ortaya çıkış nedenlerinin belirlediği kaçınılmaz evrensel izlekten çeşitli ülke uygulamalarında belirlenen yerel izleklere kadar çok sayıda çıkarımda bulunmak mümkündür.⁵

En kaba halleriyle tanımladığımız bu modellerin kararlarda belirleyici olduğunu ileri sürdükleri etkenlerin ağırlıklarının, incelenen yargı kurumunun ve somut olayın içerisinde bulunduğu sosyal bağlama göre değişiklik göstereceği şüphesizdir. Klasik biçimci hukuk anlayışına oturan yasal model haricindeki modellerin benimsedikleri varsayımlar bakımından yargılamanın mekanik bir davranış olmadığını ileri süren hukuki realizmden ilham aldıkları bilinmektedir.⁶

Amerikan hukuki realizminin yükselişiyle hukuku içerisinde bulunduğu sosyal bağlam içinde değerlendiren sosyo-legal çalışmaların sayısı artmıştır. Bu çalışmalarda, hukukun sosyal bağlamla ilişkisine dair soruları açıklama potansiyeli bulunan, akla gelebilecek tüm sosyal bilim yöntemlerinin kullanılması mümkündür.

Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) realist hukuk okulunun serptiği yer olması ABD Yüksek Mahkemesi'nin (Supreme Court) çok sayıda sosyo-legal çalışmaya konu edilmesinin önünü açmıştır. Bu çalışmaların öncülerinden C. Herman Pritchett'in "Divisions of Opinion Among Justices of the U. S. Supreme Court, 1939-1941" isimli çalışmasına bu çalışmaya da ilham verdiği için ayrıca değinmekte yarar vardır. Yazar bu çalışmada politik angajmanlarına göre ikiye bölünmüş oldukları kabul edilen Mahkeme üyelerinin 1939 ve 1940 yıllarında verilen kararlarda kullandıkları oyları nicel hale getirmiştir. Üyelerin karşı oy oranlarını ve birlikte karşı oy kullanma kalıplarını da ortaya koyan Pritchett, elde ettiği sayısal değerlere göre üyeleri bir doğru üzerine yerleştirerek, üyelerin heyet içindeki pozisyonlarına dair çıkarımlarda bulunmuştur. Bu yolla yazar heyetin bölündüğü iddiasını sayısal olarak doğrulamıştır.⁷

Pritchett'in ilk örneklerinden birini ortaya koyduğu sosyo-legal çalışmalar zamanla daha sofistike istatistiki verilerin kullanıldığı çalışmalara evrilmiş, mahkemelerin yukarıda zikredilen modeller çerçevesinde hareket edip etmedikleri sınıanmıştır. Bununla birlikte Pritchett'in de kabul ettiği gibi⁸ birer insan davranışı olarak görülebilecek yargı kararları söz konusu olduğunda tıpkı diğer nicel sosyal bilim çalışmalarında olduğu gibi sayısal verilerin her soruyu cevaplayabileceğini söylemek mümkün değildir.

Nicel analizin hukuki analizle desteklenmesi araştırmaları daha açıklayıcı kılacaktır. Bununla birlikte hukuki analizlerin de nicel verilerin nesnelliğe katkısından mahrum kalmaması gerekmektedir. Zira normatif, kavramsal hukuk çalışmalarının, özellikle anayasa hukuku gibi oldukça soyut kavramlarla

⁵ AYATA, Ahmet: *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Davranışı: Hibrit Bir Analiz*, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 18-20.

⁶ PRITCHETT, C. Herman: "Public Law and Judicial Behavior", *The Journal of Politics*, C. 30, 1968, s. 480, 487.

⁷ PRITCHETT, C. Herman: "Divisions of Opinion Among Justices of the U. S. Supreme Court, 1939-1941" (1941) *35 American Political Science Review*, Cilt 35, Sayı 5 1941, s. 890-895.

⁸ PRITCHETT, "Divisions", s. 895.

çalışan hukuk dallarında çoğu zaman öznellik sorununu aşamadıkları görülmektedir. Gerçekten anayasal yargı kurumlarına yönelik yargısal aktivizm ya da pasifizm gibi çoğunlukla beğenilmeyen kararların yerilmesi dışında çok az anlam ifade eden kavramlarla yürütülen sınırlı analizlerin bilimsel açıklayıcılıkları düşüktür. Üyeleri çeşitli davranışlarla itham etmek yerine hangi durumlarda nasıl pozisyon aldıklarını tespit etmek ve bu durumun kullandıkları hukuki argümantasyonla ilişkisini ortaya koymak bu sorunun üstesinden gelmeye katkı sunabilir.

B. Anayasa Mahkemesi Literatürü

AYM'ye ilişkin literatürü Mahkemenin kararlarına ve kurumsal yapısına ilişkin literatür olarak ikiye ayırmak mümkündür. Kararlara ilişkin literatür büyük ölçüde doktrinel ağırlıklıdır ve genellikle ilgili çalışmaların konusunu oluşturan hukuki rejimlerin çerçevesinin çizilmesine hizmet edecek biçimde kararların doktrinel açıdan incelenmesine dayanmaktadır.

İkinci kısım çalışmalar ise AYM'nin kurumsal yapısına ilişkin doktrinel çalışmaları kapsadığı gibi Mahkemenin bir kurum olarak ele alınması şeklindeki araştırmaları da içermektedir. Bu tip çalışmalar yukarıda değinilen stratejik yargısal davranış modelinin kapsamına girmektedir. Bunların en yaygın örneği daha çok AYM kararlarının "doğruluğu" ve anayasa yargısının meşruiyeti temelinde yürütülen yargısal aktivizm kavramına ve hegemonik koruma tezine dayanan araştırmalar olmuştur.⁹ Bu çalışmalarda zikredilmemiş olsa da AYM'nin stratejik davranışlar sergilediğinin kabul edildiği ileri sürülebilir. Zira yargısal aktivizm temelde yargı kurumlarının, belirli amaçlarla, diğer devlet organlarının aleyhine olacak şekilde anayasal olarak kendilerine ayrılan alanın dışına çıkması durumudur.¹⁰

2000'li yılların başında sayıları artan ve genelde seçme kararların analizine dayanan yargısal aktivizm ve hegemonik koruma tezi temelli çalışmaların zamanla azaldığı ve yargısal aktivizmin kullanımının sorunsallaştırıldığı görülmektedir. Ayrıca ilk örneği 1980'de Artun Ünsal tarafından kaleme alınan ve yıllarca benzerleri yapılmayan fakat yakın dönemde sayıları artan nicel verilere dayanan çalışmalar da bulunmaktadır.¹¹

⁹ Bazı örnekleri için bkz. ARSLAN, Zühtü: "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, Cilt 11, Sayı 1, 2002, s. 9-25; ATAR, Yavuz: "Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, Editör: Merih Öden, 2. Baskı Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2013; BALI, Aslı Ü.: "The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example", *Virginia Journal of International Law*, Cilt 52, Sayı 2, 2012, s.235-319; CAN, Osman: "The Turkish Constitutional Court as a Defender of the Raison d'Etat?" *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Editör: Grote Rainer and Tilmann J Röder, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 259-278; HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin İşlevi, İnsan Hakları Anlayışı ve Oluşumu Üzerine Bir İnceleme*, Yetkin Yayınları, 2009; ÖZBUDUN, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, 2007 s. 257-268.

¹⁰ ERGÜL, Ozan: "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 104, 2013, s. 45.

¹¹ BELGE, Ceren: "Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey", *Law & Social Review*, Cilt 40, Sayı 3, 2006, s. 653-692; ÇAKIR, Aylin Aydın: "The Impact of Judicial Preferences and Political Context on Constitutional Court Decisions: Evidence from Turkey", *International Journal*

Detaylarını değerlendirmek bu çalışma açısından mümkün olmasa da yargısal aktivizm temelli çalışmaların, bu kavramı incelterek kullanan çalışmaların ve yargısal aktivizmin Türkiye örneğine uygun olmadığını ileri süren çalışmaların argümanlarının yarıştığını söylemek mümkündür. Bu durum büyük ölçüde yargısal aktivizmin nesnelleştirilmesinin güçlüğüne dayanmaktadır.¹² Kaldı ki müphem kavramlara dayanmasalar dahi mümkün olan tüm verilerle sınanmayan argümanların bilimselliği de şüphesiz tartışmalı olacaktır. Dolayısıyla AYM'ye ilişkin gerek doktrinel gerekse sosyo-legal çalışmaların ölçülebilir ve yanlışlanabilir olmaları için nicel analizlerle de desteklenmelerinde fayda bulunmaktadır. Böylece hukukun normatif boyutu kadar etkili olup olmadığının da araştırılması ve “kitapta olanın” yanında “gerçekte olanın” da ortaya konması kolaylaşacaktır.

II. ÖNERİ

Yukarıda sözü edilen sorunların çözümünde yargısal davranışa ilişkin literatür faydalı alternatifler sunabilir. Nicel çalışmaların avantajı yanlışlanabilir ve ölçülebilir olmaları sebebiyle nesnelliğe daha fazla imkân tanımlar. Sayısal veriler kendilerine başvurulabildiğinde çoğu zaman gerçekte olup bitenleri anlamının olmazsa olmazlarıdır. Bu veriler basit toplamlardan çeşitli istatistiki yöntemlerle elde edilen değerlere kadar uzanabilir. Karar incelemelerini de içerecek şekilde nitel çalışmaların avantajı ise insan davranışına daha çok nüfuz edebilmeleri ve bu davranışı anlamlandırabilmeleridir. Gerçekten de bazen tek başına birtakım sayısal verilerin toplanmasının anlamsız olabileceğini hatta zaman zaman yanıltıcı dahi olabileceğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla nicel verilerin hukuki analizle, hukuki analizin ise nitel verilerle desteklenmesi; yargı kararlarının ve genel olarak yargısal davranışın anlaşılması ve açıklanmasında fayda sağlayacaktır. Bu çerçevede çalışmanın bu kısmında; yargısal karar verme sürecinin ve genel olarak yargısal davranışın incelenmesinde vazgeçilmez olan hukuki analizin belirli olgular etrafında gelişen durumlarda desteklenmesini sağlayabilecek bir öneri sunulmaktadır.

Öncelikle bu öneri, AYM'yi homojen bir heyet olarak kabul etmemekte ve tek bir kurum/aktör olarak ele almamaktadır. Bunun yerine öneri tek tek AYM üyelerinin davranışlarına yöneliktir. Buna göre üyelerin karşı oy verme sıklıklarının hesaplanması ilk hedeftir. Bu değerlerin elde edilmesi ve kararların tematize edilmesiyle üyelerin belirli konularda belirli tutumlar sergileyip sergilemediğinin ve bu tutumlarda süreklilik olup olmadığının tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

Başlangıçta AYM'nin oybirliği ya da oyçokluğu ile karar alma oranlarının tespit edilmesinde yarar vardır. Bu tespit Mahkemenin karar alma sürecine ilişkin çıkarımlar yapılmasını kolaylaştıracaktır. Zira oyçokluğu oranının yüksek olması ABD örneğinde gördüğümüz bölünmenin AYM için de geçerli olabileceğine işaret edebilir. Ancak salt bu oranlar mukayese edilerek yapılacak çıkarımların yasal

of Constitutional Law, Cilt 16, Sayı 4, 2018, s. 1101-1120; HAZAMA, Yasushi: “From Activism to Resilience: The Turkish Constitutional Court in Comparative Perspective”, *Turkish Studies*, Cilt 24, Sayı 3-4, 2023, s. 570-592; SEVEN, Gülşen, Lars Vinx: “The Hegemonic Preservation Thesis Revisited: The Example of Turkey”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 9, Sayı 1, 2017, s. 45-82; ÜNSAL, Artun: *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi: Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1980; YILDIRIM, Engin, Aziz Kutlar, Serdar Güleler: “1962-1982 Dönemi Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal İdeal Noktalarının Belirlenmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 4, 2017, s. 1-31.

¹² ERGÜL, s. 38-40.

materyale ilişkin değişkenlerin etkisinin ve karşı oylar bakımından süreklilik olup olmadığının araştırması yoluyla doğrulanması gerekecektir. Zira başta hukuki belirsizlik ve denetlenen normların konusu gibi sayıları arttırılabilecek yasal etkenlerin oybirliği üzerinde etkisi olması muhtemeldir. Bu faktörlerin etkisi izole edilerek süreklilik arz eden kalıpların varlığı tespit edilebilirse bu noktada anlamlı sonuçlara varılabilir.

Mahkemenin oybirliği ile karar aldığı durumlar ve oranları başlı başına önemli olmakla birlikte üyelerin birbirlerinden ayrıştığı durumların tespiti için oyçokluğu ile alınan kararlar daha büyük önemi haizdir. Bu kararlarda yukarıda bahsedildiği gibi Mahkeme üyelerinin karşı oyları bakımından süreklilik arz eden kalıpların olup olmadığı sorulması gereken ilk sorudur. Bir kalıbın var olduğu düşünülüyorsa bu öneri doğrultusunda yapılacak ölçüm sonucunda varlığı ileri sürülen durum nicel olarak doğrulanabilir.

Bu çerçevede atılması gereken ilk adım ölçülecek karşı oylar için bir konu ya da norm türü belirleyerek bu kararların tematize edilmesidir. Böylece Mahkeme üyelerinin belirlenen konuda/norm türünde iptal yahut ret yönünde baskın bir karşı oy verme eğilimleri olup olmadığı tespit edilebilir. Örneğin A konusunda/norm türünde 1 numaralı üyenin iptal kararlarında diğer üyelere göre daha sık biçimde karşı oy kullandığı tespit edilirse üyenin belirlenen hususta dikkate değer bir ret oyu kullanma eğilimine sahip olduğu sonucu çıkartılabilir. Aynı hesap üyenin ret kararlarına karşı oy yazma sıklığı için de tekrarlanır. Bunun için iptal ya da ret yönündeki karşı oylara pozitif ya da negatif değer verilir. İptal yönündeki karşı oylar negatifse ret yönündekiler pozitif olacaktır. Tam tersi de sonucu değiştirmeyecektir. Ardından bu üyelerin karşı oylarının toplam değeri hesaplanarak skorları belirlenir. Böylece sonucun negatif çıkması halinde A konusunda 1 numaralı üyenin iptal oyu kullanma yönünde bir eğilimi olduğu sonucuna varılabilir. Sonuç pozitif olursa 1 numaralı üyenin A konusunda ret oyu kullanma yönünde bir eğilimi olduğu ileri sürülebilir. Böylece iptal ya da ret yönünde oy kullanma eğilimi yüksek üyelerin skorları kullandıkları oylara göre belirlenir.

Üyelerin karşı oy skorlarının dağılımı gözetilerek Mahkeme üyeleri aralarında karşı oy kullanma eğilimleri bakımından gruplaşmalar olup olmadığı da tespit edilmiş olacaktır. Örneğin 1,2,3 ve 4 numaralı üyelerin karşı oy skorlarının sıfırın altında çıkması ve diğer üyelerin sıfırın üzerinde çıkması halinde A konusunda Mahkeme heyetinin iptal ve ret eğilimlerine göre iki gruba ayrıldığı söylenebilecektir. Şayet böyle bir bölünme tespit edilebiliyor ve üyelerin genellikle kendi gruplarıyla paralel oy kullandıkları gözlemleniyorsa karşı oyların ölçümünü bir aşama daha sofistike hale getirmek mümkün olabilir. Buna göre üyelerin dâhil oldukları gruplarla beraber ya da aynı anda ayrıca; dâhil olduğu grup üyeleri karşı oy vermediği halde birkaç üye ile birlikte; üyelerin hiçbiri karşı oy kullanmadığı halde tek başlarına karşı oy kullanmaları durumunda ağırlıklı bir hesaplama kullanılabilir. Örneğin ilk durumda üyenin karşı oy skoruna "1" puan eklenirken, ikinci durumda "2" ve üçüncü durumda "3" puan eklenir. Böylece üyelerin karşı oy verme eğilimleri kendi grupları içerisinde de daha detaylı olarak ele alınmış olacaktır. Bunun sonucunda herhangi bir üyenin A konusunda ne derece kuvvetli bir iptal ya da ret eğilimine sahip olduğu tespit edilebilecektir.

Buna göre öneri aşağıda verilen sorular ve skor hesaplama yöntemiyle özetlenebilir:

- 1) Konu ya da norm türü gibi kıstaslarla araştırma alanı tematize edilir.

- 2) Her bir üyenin belirlenen kararlarda hangi oranlarda karşı oy kullandıkları hesaplanır (A üyesinin karşı oy sayısı/oyçokluğuyla alınan toplam karar sayısı).
 - 3) İptal yönünde karşı oylar için pozitif ya da negatif değer belirlenir. Diğer değer ret kararları için kullanılacaktır.
 - 4) Her bir üyenin iptal kararlarında kaç adet karşı oy kullandığı tespit edilir.
 - 5) Her bir üyenin ret kararlarında kaç adet karşı oy kullandığı tespit edilir.
 - 6) Üyelerin ortalama karşı oy sayılarına göre dağılımı belirlenir. Grupların oluştuğu gözlemlenmişse, bu durumun kararlara yansiyip yansımadığı kontrol edilir.
 - 7) Kontrol sonucunda grupların varlığına kanaat getirilmişse her bir üyenin karşı oyları;
 - a) Grup üyelerinin tamamının karşı oyunun olduğu hallerde 1 ile,
 - b) Grup üyelerinin bir kısmının karşı oyunun olduğu hallerde 2 ile,
 - c) Grup üyelerinden yalnızca ilgili üyenin karşı oyunun olduğu hallerde 3 ile,
- çarpılarak bulunan değerler toplanır.
- 8) Ortaya çıkan sayı ilgili üyenin katıldığı toplam karar sayısına bölünerek üyenin “karşı oy skoru” olarak adlandırılacak ağırlıklı ortalamalar elde edilmiş olur.
 - 9) Üyeler elde edilen skora göre bir doğru üzerine yerleştirilir.

Böylece üyelerin belirlenen hususta sayısal verilerle tespit edilebilecek bir eğilime sahip olup olmadıkları ortaya konulmuş olur. Bu tespit üyelerin çalışmaya esas teşkil eden konuda varsa benimsedikleri tutumların belirlenmesi açısından yarar sağlayacaktır. Böylece pozitif ve negatif olarak belirlenen değerlere göre sıfır noktasının solunda kalan üyelerin iptal ya da ret yönünde diğer tarafta kalanların da bunun tersi yönünde bir eğilime sahip oldukları ileri sürülebilecektir. Ölçülebilir hale getirilen bu tutumların/eğilimlerin üye değişimleriyle mahkemenin genel eğilimini etkileyip etkilemediğini araştırmak da mümkün olabilecektir.¹³

SONUÇ

AYM'nin kuruluşundan bugüne en çok tartışılan kurumlardan olduğu şüphesizdir. Bu durumun Türkiye'nin konjonktürünün yanı sıra anayasa hukukunun çalışma alanıyla ve görev tanımıyla da doğrudan ilişkisi olduğunu kabul etmek gerekir zira anaya yargısı uluslararası literatürde de hep tartışmalı olagelmıştır.

Anayasa hukuku kavramlarının diğer hukuk dallarına göre soyut olması anayasa yargısının takdir alanını görece genişletmektedir. Kararlara ilişkin analizler de bu durumdan nasibini almakta ve AYM'yi ele alan kurumsal incelemelerin de nesneliği zedelenebilmektedir. Bununla birlikte AYM'ye ilişkin literatürün son dönemde çeşitlenmeye başladığı söylenebilir. Ölçülebilirlik ve yanılabilirlik açısından avantajlar sağlayan yeni çalışmaların sayısının artması bu alandaki incelemelerin açıklayıcılığını arttırabilecektir.

¹³ Bu önerinin belirtilen çerçevede Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimine yönelik kararlarda uygulandığı ve hukuki analizle birleştirildiği bir çalışma için bkz. AYATA, Ahmet: “Bölünmüş Bir Mahkeme: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Örneği ve Anayasa Mahkemesi'nin Geleceği”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. 1-30.

Klasik doktrinel hukuk çalışmalarından farklı bir paradigmaya ve buna bağlı varsayımlara dayanan sosyo-legal hukuk çalışmaları gerçekten de Mahkemeye ilişkin çıkarımların daha sağlıklı olmasını sağlayabilir. Bu çalışmada bu amaca yönelik olarak sunulan öneri, üyelerin belirli konularda benimsedikleri tutumları ve heyet içi ayrışmaları tespit etmek açısından faydalı olabilir. Üyelerin karşı oylarının belirli koşullara bağlı ağırlıklı ortalamasına dayanan ölçüm önerisi, üyelerin tutumlarına ilişkin fikir verirken üye değişimine bağlı olarak Mahkemenin incelenen konuda içtihat değişikliğine gidip gitmeyeceğine yönelik bir öngörüye de imkân tanıyabilir.

Çalışmaların nesnellğine katkı sunması umulan nicel veri kullanımının tıpkı diğer insan davranışlarında olduğu gibi Mahkemelerin yargısal davranışları konusunda da yüzeysel çıkarımlara neden olabileceği muhakkaktır. Bu çalışma sosyal etkenlerin ve süreçlerin yargı kararlarına etki ettiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte bu kabul yargı kararlarının yasal etkenlerden bağımsız değerlendirilebileceği anlamına gelmez. Bu çalışmada getirilen öneride analize dâhil edilen yasal materyal normun türü ile sınırlı tutulmuştur. Bu durumda kaçınılmaz olarak yasal materyale ilişkin diğer etkenler göz ardı edilmiştir. Hâlbuki üyelerin vardıkları sonuçların farklılığı sayısal olarak ortaya konması zor hatta belki imkânsız olan bazı yasal etkenlere bağlı olarak da gelişebilir. Dolayısıyla üyelerin nicel verilerle ortaya konan karşı oy verme eğilimlerinin hukuki analizle desteklenmesinde ve üyelerin ortaya koydukları hukuki argümantasyonların incelenerek sayısal verilerin ayrıca kontrol edilmesinde, nicel çalışmaların tamamlanması açısından yarar bulunmaktadır. Böylece çalışmaların açıklayıcı hale getirilmesi sağlanırken anlamını yitirmesi riskinin de bertaraf edilmesi sağlanabilir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Zühtü: "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, Cilt 11, Sayı 1, 2002, s. 9-25.
- ATAR, Yavuz: "Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, Editör: Merih Öden, 2. Baskı Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2013, s. 857-896.
- AYATA, Ahmet: *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Davranışı: Hibrit Bir Analiz*, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.
- — —: "Bölünmüş Bir Mahkeme: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Örneği ve Anayasa Mahkemesi'nin Geleceği", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. 1-30.
- AYDIN ÇAKIR, Aylin: "The Impact of Judicial Preferences and Political Context on Constitutional Court Decisions: Evidence from Turkey", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 16, Sayı 4, 2018, s. 1101-1120.
- BALİ, Aslı Ü.: "The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example", *Virginia Journal of International Law*, Cilt 52, Sayı 2, 2012, s. 235-319.
- BELGE, Ceren: "Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey", *Law & Social Review*, Cilt 40, Sayı 3, 2006, s. 653-692.
- BRACE, Paul, Melinda Gann Hall: "Neo-Institutionalism and Dissent in State Supreme Courts", *The Journal of Politics*, Cilt 52, Sayı 1, 1990, s. 54-70.
- CAN, Osman: "The Turkish Constitutional Court as a Defender of the Raison d'Etat?", *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Editör: Grote Rainer, Tilmann J. Röder, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 259-278.
- DOBINSON, Ian, Johns Francis: "Qualitative Legal Research", *Research Methods of Law*, Editör: Mike McConville, Wing Hong Chui, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007, s. 16-45.

- EPSTEIN, Lee, Jack Knight: “Strategic Accounts of Judging”, *Routledge Handbook Of Judicial Behavior*, Editör: Robert M. Howard, Kirk A. Randazzo, Routledge, 2018, s. 48-61.
- ERGÜL, Ozan: “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 104, 2013, s. 37-54.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin İşlevi, İnsan Hakları Anlayışı ve Oluşumu Üzerine Bir İnceleme*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- HAZAMA, Yasushi: “From Activism to Resilience: The Turkish Constitutional Court in Comparative Perspective”, *Turkish Studies*, Cilt 24, Sayı 3-4, 2023, s. 570-592.
- ÖZBUDUN, Ergun: “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s. 257-268.
- PRITCHETT, C. Herman: “Divisions of Opinion Among Justices of the U. S. Supreme Court, 1939–1941”, *American Political Science Review*, Cilt 35, Sayı 5, 1941, s. 890-898.
- — —: “Public Law and Judicial Behavior”, *The Journal of Politics*, Cilt 30, Sayı 2, 1968, s. 480-509.
- SEGAL, Jeffrey A.: “Judicial Behavior”, *The Oxford Handbook of Political Science*, Editör: Robert Goodin, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 275-288.
- SEVEN, Gülşen, Lars Vinx: “The Hegemonic Preservation Thesis Revisited: The Example of Turkey”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 9, Sayı 1, 2017, s. 45-82.
- ÜNSAL, Artun: *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi: Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1980.
- YILDIRIM, Engin / KUTLAR, Aziz / GÜLENER, Serdar: “1962-1982 Dönemi Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal İdeal Noktalarının Belirlenmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 4, 2017, s. 1-31.



AYRILIK KURUMU

SEPERATION

Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN*

ÖZET

İsviçre Medeni Kanunundan alınan ayrılık kurumu, Katolik Kilisesi'nin boşanmayı yasaklayan tutumunun uzantısıdır. Bu inanca göre boşanması uygun görülmeyen eşlere süresiz veya süreli olarak hukuken ayrı yaşama hakkı ayrılık davası ile verilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda yalnızca süreli ayrılık kurumuna yer verilmiştir, eşlere süresiz ayrılık hakkı tanınmamıştır.

Türk Medeni Kanunu (TMK) 167. maddesi ve devamında ayrılık kurumu düzenlenmiştir. Bu hüküm ile boşanma davası açmaya hakkı olan eşe boşanma yerine ayrılık isteme hakkı da verilmiştir. Boşanma kararı evliliği sona erdirirken, ayrılık kararı, ayrılık süresince evliliği tatil etmekte ve eşlere ayrı yaşama hakkı vermektedir. Haklarında ayrılık kararı verilen eşler ayrı ikamet adreslerinde yaşama hakkı elde etseler de aralarındaki sadakat ve bakım yükümlülüğü sürmektedir. Ayrılık sürecinde eşlerin durumlarını değerlendirmeleri ve barışmaları bu suretle evlilik birliğinin korunması amaçlanmaktadır.

Ayrılığın süresi TMK m. 171 gereğince bir yıl ile üç yıl arasında olmalıdır. Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen ayrılık kurumu, 2000 yılında değişikliğe uğrayan İsviçre Medeni Kanun'un 143. maddesinin değişiklik yapılmadan önceki haliyle benzerdir. İsviçre Medeni Kanun'unda ayrılık kurumu halen muhafaza edilmekle birlikte ilk halinden ve TMK'nın yürürlükteki halinden önemli farklılıklar içermektedir. Ayrılık ya da boşanmaya karar verilebilmesi için boşanma sebebinin ispatlanmış olması gerekmektedir. Hâkim boşanma talebi ile açılan davada boşanma yerine ayrılık kararı verebilirken, ayrılık talebi ile açılan davada yalnızca ayrılık kararı verebilir, boşanmaya karar veremez. Ayrılığa hükmedilebilmesi için ayrıca ortak hayatın yeniden kurulabilme ihtimalinin, eşlerin barışma ihtimalinin bulunması gerekmektedir. Ayrılık davası ile boşanma davasında yetki ve geçici önlemlere ilişkin hükümler ortaktır.

Boşanma kararı ile eşler arasında kabul edilen mal rejimine ilişkin tasfiye hükümleri uygulanırken, ayrılık kararı verilmesi halinde TMK m. 180 hükmünün lafzında hatalı olarak mahkemenin eşlerin durumlarına göre aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu tebliğ ile ayrılık kurumu hükümlerindeki tutarsızlıklar ele alınacak, yargı kararlarına da yer verilerek öneriler sunulacaktır. Ayrılık kurumu ile boşanma kurumunun aynı sebeplerle istenebilmesi en çok eleştirilen husustur. Özellikle nisbi boşanma sebeplerinde ortak hayatın eşler açısından çekilmez hale geldiğinin de ispatlanmış olması gerektiğinden, bu durumda aynı anda nasıl eşlerin barışma ihtimallerinin de söz konusu olabileceği konusu anlaşılacaktır. Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermesini düzenleyen TMK m. 197 hükmü karşısında ayrılık kurumunun gerekliliği kanımızca daha da tartışmalı bir hal almıştır. Ayrıca ayrılık

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, sedagayretli@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8478-3310

kararı verilmesi haline ilişkin olan mal rejimi hükmü eşlerin edinilmiş mallara katılma rejimine dönmelerine neden olacağından hatalı ve değişmesi gereken bir hükümdür.

Anahtar Kelimeler: Ayrılık, ayrılık kararı, ayrılık hükmü, boşanma

ABSTRACT

The institution of separation adopted from the Swiss Civil Code is an extension of the Catholic Church's position prohibiting divorce. According to this belief, spouses who don't want to get a divorce are given the right to live legally separately for an indefinite or permanent period through a separation case. Turkish Civil Law (TCL) only provides for the institution of permanent separation; spouses are not entitled to indefinite separation.

Pursuant to Article 171 of the TCC, the duration of the separation must be between one year and three years. The institution of separation regulated under the Turkish Civil Code is similar to the pre-amendment version of Article 143 of the Swiss Civil Code, which was amended in 2000. Although the institution of separation is still preserved in the Swiss Civil Code, it differs from its original version and the current version of the Turkish Civil Code. In order to decide on separation or divorce, the reason for divorce must be proven. While the judge may decide for separation instead of divorce in the case filed with a request for divorce, he/she may only decide for separation in the case filed with a request for separation, but not for divorce. In order to decide for separation, there must also be the possibility of re-establishing a common life and the possibility of reconciliation of the spouses. The provisions regarding jurisdiction and temporary measures are common in separation and divorce cases.

While the liquidation provisions regarding the property regime accepted between the spouses with the divorce decision are applied, in the event of a separation decision, the wording of Article 180 of the TCC erroneously stipulates that the court may decide to abolish the property regime accepted by agreement between the spouses according to their situation. In this paper, the inconsistencies in the provisions on the institution of separation will be discussed and suggestions will be presented with judicial decisions. The fact that the institution of separation and the institution of divorce can be requested for the same reasons is the most criticized issue. Since it must be proved that the common life has become unbearable for the spouses, especially in the relative grounds for divorce, it is not understood how the spouses can reconcile at the same time. In our opinion, the necessity of the institution of separation has become even more controversial in the face of the provision of Article 197 of the TCC regulating the spouses' interruption of cohabitation. In addition, the provision on the property regime in the event of a separation decision is erroneous and should be amended, as it will cause the spouses to revert to the regime of participation in acquired property.

Keywords : separation, separation decision, divorce, divorce decision

GİRİŞ

Evliliği sona erdiren nedenler ölüm, evliliğin hükümsüzlüğü, boşanma, ölüm karinesi ve gaipliktir. Boşanma kurumu evlilik kurumu kadar eski bir kurumdur. Eski çağlardan beri birçok toplulukta uygulanmaktadır. Zaman içerisinde boşanma konusunda çeşitli hukuk sistemlerinde etkili olan üç ana boşanma sistemi ortaya çıkmıştır. Bu sistemler; boşanmayı kabul etmeyen görüş, boşanmanın serbest olması görüşü ve boşanmanın sebebe ve hâkim hükmüne dayanması görüşüdür. Ülkemizde de uygulanan boşanmanın sebebe ve hâkim hükmüne dayanması gerektiği görüşü gereğince, eşlerin boşanmasına izin verilmiştir. Ancak boşanma kanunda yer alan bir boşanma sebebine (TMK m. 161- TMK m. 166) dayanmalı ve mahkeme kararı ile gerçekleşmelidir. Boşanmanın serbest olması görüşü gereğince eşler kendi iradeleriyle evlenebildiklerine göre kendi iradeleriyle de boşanabilmelidirler.¹ Eşler karşılıklı anlaşarak ya da tek taraflı irade beyanı (bu taraf genellikle kocadır) ile boşanabilirler. Roma, Cermen, İbrani, Arap ve İslam Hukukunda kocanın tek yanlı irade beyanı ile boşanma mümkündür. İslam hukukunda talak adı verilen bu kurumda koca tek yanlı irade beyanı ile eşini sebep göstermeden ve hâkim hükmüne ihtiyaç duymadan boşayabiliyordu.²

Boşanmanın yasak olduğuna ilişkin görüş onuncu yüzyıldan itibaren Katolik Kilisesi Hukuku tarafından benimsenmiş uzun süre boyunca uygulanmıştır. Bu görüş İncil'deki "Tanrı'nın birleştirdiğini kul ayıramaz" görüşüne dayanmaktadır. Evli çiftler Papa'nın kararı ile bile boşanamamaktaydı. Yalnızca cinsel birleşmenin gerçekleşmediği evliliklerde Papa emirnamesi ile evlilik sona erdirilebilmekteydi.³ Bu nedenle de birçok çift mutsuz evliliklerini bütün ömür boyu sürdürmek zorunda kalıyordu. Bu görüş uzun yıllar Katolik ülkelerinin hukuk sistemlerini etkisi altına almıştır. Arjantin 1987 yılında Portekiz 1978 yılında İspanya 1981 yılında⁴ boşanmayı kabul etmiştir. Vatikan ve Filipinlerde katolikler için halen boşanmak yasaktır.⁵

İsviçre Medeni Kanun'u Katolik hukukunun etkisi ile boşanamayan çiftler için süreli ve süresiz ayrılık kurumunu kabul etmiştir. Bu sayede hukuken halen evli olan çiftlere ayrı yaşama hakkı tanımıştır. Türk Medeni Kanunu da İsviçre'den iktibas edildiğinden dolayı ayrılık kurumunu da almış ancak sadece süreli ayrılık kurumunu kabul etmiş süresiz ayrılık kurumunu kanuna dahil etmemiştir.⁶ İsviçre Medeni Kanun'u 2000 yılında boşanma konusunda reformlar yapmış, uygulaması nadir olan ayrılık kurumunda da değişiklikler olmuştur. 2001 tarihli Türk Medeni Kanunu İsviçre Medeni Kanunu'nun değişikliğe

¹ ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 638, 639.

² AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Beta Kitabevi, İstanbul 2016, s. 237 vd.

³ AKINTÜRK / ATEŞ, s. 238.

⁴ ÖZTAN, s. 638.

⁵ Palmer Law Group, "Places in the World with Difficult Divorce Laws, <https://rlplawgroup.com/places-around-the-world-with-difficult-divorce-laws#:~:text=Vatican%20City,-In%20Vatican%20City&text=While%20annulment%20is%20possible%20in,has%20fewer%20than%201%2C000%20people.>

⁶ DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, Ankara 2022, s. 129. Berki'ye göre ayrılık kurumu ile boşanma kurumu birlikte TMK'da yer aldığından ayrılık müessesesi Katolik Hukuku eseri değildir. İslam dininde de boşanmak çok iyi düşünülmesi gereken bir kurum olduğundan ayrılık davası buna fırsat verecektir. BERKİ, Şakir: "Boşanma ve Ayrılık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı : 31/1, (1975) , s. 146,147.

uğramadan önceki hali ile benzerdir. İsviçre Medeni Kanunu değişikliklerle süreli süresiz ayrılığı kaldırmıştır. Türk hukukundan farklı olarak boşanma talep edildiğinde ayrılığa hükmedilmez.⁷

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 41. madde gereğince “Aile Türk toplumunun temelidir.” Bu nedenle aileyi korumak gelişi güzel sebeplerle dağılmasına engel olmak gerekir. Türk Hukukunda ayrılık kurumunun varlığının gerekçesi olarak boşanma sebepleri mevcut olsa bile somut olay ailenin korunmasını gerektiriyorsa başka bir deyişle ailenin korunma ümidi varsa, hâkime boşanma yerine ayrılığa karar verme yetkisi tanınmıştır. Eşler birlikte yaşama yükümlülüklerini haksız yere yerine getirmezse diğer eş, koşulları varsa terk nedeniyle boşanma davası ya da TMK m. 166 gereğince geçimsizlik nedeniyle boşanma davası açabilir. Ayrılık kararı ile eşler birlikte yaşamak zorunda değildir. Ayrılık süresince eşler ayrı ikametgâh sahibi olma hakkına sahip olacağından terk ya da ayrı yaşamadan dolayı geçimsizlik nedeniyle boşanma davası açma hakkı olmayacaktır.⁸ Bu süre eşlerin ortak hayatı tekrar kurabilmeleri için son bir şans olarak değerlendirilebilir. Bu çalışmada ilk bölümde Türk hukukunda ayrılık kararı, boşanma ile olan ilişkisi, ayrılık kararının koşulları, sonuçları ve sona ermesi ele alınmıştır. İkinci bölümde ise ayrılık kurumuna yapılan eleştirilere yer verilmiştir. Sonuç ve öneriler bölümünde ise ayrılık kurumunun kanundan kaldırılması gerektiği bu mümkün değilse bile değişikliğe gidilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

I. TÜRK AİLE HUKUKUNDA AYRILIK KARARI

A. Ayrılık ve Boşanma Kararı İlişkisi

Boşanma kararı evliliğe son vermekte, ayrılık kararı ise evliliğe ayrılık süresince ara vermekte, evliliği sona erdirmemektedir.⁹ Ayrılık süresince eşler birlikte yaşama yükümlülüğünden kurtulmakta, cinsel sadakat ve bakım yükümlülükleri sürmektedir. Ancak boşanma davası ve ayrılık davası ortak hükümler içermektedir. TMK m. 167 gereğince “Boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir.” Bu hükümle boşanma sebepleri ile ayrılık sebeplerinin aynı olduğunu, TMK’da sayılı boşama sebepleri ile boşanma davası açmaya hakkı olanın eşin bir seçimlik hakka sahip olarak boşanma ya da ayrılık talep edebileceği anlaşılmaktadır.¹⁰ TMK madde 168 gereğince de boşanma ve ayrılık davalarında yetki hususu ortaktır; “Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.” Son olarak boşanma ve ayrılık davası süresince karar kesinleşene kadar uygulanacak olan geçici önlemler TMK m. 169’da düzenlenmiştir; “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re’sen alır.” Bu hüküm her iki dava süresince alınabilecek önlemlerin de aynı olduğu belirtilmiştir.

⁷ TÜZÜNER, Özlem: “Genel Olarak Boşanma ve Boşanma Sebepleri”, Medeni Hukuk 2 Aile Hukuku, Editör: Özlem TÜZÜNER / Metin İKİZLER, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 166.

⁸ KILIÇOĞLU Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2024 (KILIÇOĞLU Aile), s. 122. Tüzüner, ayrılığa ilişkin hükümlerin iyileştirmesi halinde ayrılık kurumunun boşanmadan önceki aşamada evliliği kurtarabileceğini ileri sürmektedir. TÜZÜNER, s. 166.

⁹ ARSEBÜK, Esat: Medeni Hukuk, C. II, Ankara 1940, s. 733.

¹⁰ GAYRETLİ AYDIN, Seda: “Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları”, Medeni Hukuk 2 Aile Hukuku, Editör: Özlem TÜZÜNER / Metin İKİZLER, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 171 vd.

Türk Medeni Kanunu m. 170 gereğince ayrılık talep edilmiş ise yalnızca ayrılığa, boşanma talep edilmiş ise boşanma ya da ayrılığa karar verilmesi mümkündür. Ancak bunu için evliliği kurtulması olasılığının kuvvetli bulunmasıdır. Bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 26'da düzenlenmiş olan taleple bağlılık ilkesinin kanuni bir istisnasını oluşturmaktadır.¹¹ Boşanma, ayrılıktan daha ağır bir yaptırım olduğundan hâkim ayrılık talep edildiğinde boşanmaya karar veremez. İsviçre Medeni Kanun'unda ise boşanma talep edilmesi halinde ayrılığa karar verilmesine imkân yoktur.¹²

Ayrılık kararı sonucunda belirlenen ayrılık süresinin bitiminde eşlerden herhangi biri dilerse boşanma davası açabilecektir (TMK m. 172). Ancak boşanma davası açmak zorunda olmadığı gibi, açılan davada da mutlak olarak boşanma kararı verilmesi zorunlu değildir. Ayrılık süresinin bitiminde eşler ortak hayatı yeniden kuramadılarsa açılacak olan boşanma davasında, ilk boşanma davasında ispatlanan olaylar ve ayrılık süresince gerçekleşen olaylar dikkate alınacaktır (TMK m. 172).

B. Ayrılık Kararının Koşulları

Ayrılık kararının koşulları; geçerli ve devam eden bir evliliğin bulunması, boşanma sebeplerinden birinin gerçekleştiğinin ispatlanmış olması, eşlerden birinin boşanma ya da ayrılık talep etmiş olması ve son olarak ortak hayatın yeniden kurulabilme olasılığının bulunması gerekmektedir:

a. Geçerli ve Devam Eden Bir Evlilik Olması

Ayrılık kararı verilebilmesi için öncelikle geçerli ve süren bir evlilik olması gerekmektedir. Zaten yok hükmünde olan bir evlilik söz konusu ise bu durumda ayrılık kararı verilemez. Mutlak butlan ya da nisbi butlan kararı verilebilecek bir evlilik söz konusu ise geçersizlik kararı verilene kadar evlilik geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracaktır. Bu nedenle hâkim geçersizlik kararı verene kadar boşanma davası açılabileceği gibi ayrılık davası da açılabilir.¹³ Kanımızca benzer şekilde gaiplik ile birlikte eş ancak evliliğin feshini talep edebilir, ayrılık kararı talep edemez.¹⁴

b. Boşanma Sebeplerinden Birinin Gerçekleşmiş Olması

Kanun koyucu, boşanma sebeplerinin dışında ayrılık kararı verilebilmesi için farklı sebepler öngörmemiştir. Hâkimin ayrılık kararına hükmedebilmesi için boşanma sebeplerinden birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla boşanma sebepleri ile ayrılık sebepleri birbirinin aynıdır.¹⁵ Yargıtay'ın 2010 tarihinde verdiği bir kararda da görüldüğü gibi ayrılığa karar verilmesinin şartlarından biri kanunda düzenlenen boşanma sebeplerinden birinin gerçekleşmiş olmasıdır; *"Ayrılığa karar verilebilmesi için boşanma sebebinin gerçekleşmesi ve fakat ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunması (TMK. m 170/3) gerekir. Oysa toplanan deliller Türk Medeni Kanunu'nun 161, 162, 163, 164, 165 ve 166. maddesinde yer alan, boşanma sebeplerinden birinin varlığını kabule*

¹¹ KILIÇOĞLU, s. 122.

¹² TÜZÜNER, s. 166.

¹³ ÖZTÜRK, Ali: Aile Hukukunda Ayrılık, Türk Hukukunda Ayrılık Hükmü Şartları ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 70.

¹⁴ Karşı görüş için bkz. ÖZTÜRK, s. 70.

¹⁵ AKINTÜR / ATEŞ, s. 276; ÖZTAN, s. 708.

elverişli ve yeterli değildir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek yetersiz gerekçe ile ayrılığa karar verilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır.”¹⁶

Boşanma sebebinin gerçekleşmesine rağmen kusurlu eş affedilerek evlilik birliği sürdürülmüşse artık bu sebebe ilişkin olarak boşanma kararı verilemeyeceği gibi ayrılık kararı da verilemez. Yargıtay da isabetli olarak 2011 yılında bu yönde karar vermiştir: *“Toplanan delillerden, mahkemenin de kabul ettiği taraflara kusur olarak yüklenen davranışlardan sonra, evlilik birliğinin devam ettirildiği, tarafların aynı konutta yaşamayı sürdürdükleri anlaşılmaktadır. Bu durumda, tarafların diğerinin önceki kusurlu davranışlarını affettiği, en azından hoşgörüyü karşıladığı kabul edilmelidir. Affedilen veya hoşgörülen olaylar boşanma nedeni olarak kabul edilemez. Hâkimin boşanma yerine ayrılığa karar verebilmesi için; öncelikle boşanma koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. (TMK madde 170) Davada, boşanma koşulları gerçekleşmiş olmadığından; ayrılığa karar verilmesi isabetsiz olmuştur. O halde, davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde ayrılığa karar verilmiş olması doğru olmayıp; bozmayı gerektirmiştir.”¹⁷*

c. Taraflardan Birinin Boşanma ya da Ayrılık Talep Etmiş Olması

Taraflardan en az birinin boşanma sebeplerinden en azından birinin gerçekleştiğini ileri sürerek boşanma ya da ayrılık talep etmesi gerekmektedir. Hâkim ortak hayatın tekrar kurulma olasılığını görürse boşanma talep edilmesine rağmen ayrılığa da hükmedebilecektir. Ancak hâkim ayrılık talep edilen bir davada boşanmaya karar veremez.¹⁸ Yargıtay kararları da bu yöndedir; *“Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, evlilik birliğinin sona ermesine neden olan olaylarda davacı-davalı (koca) tamamen kusurlu kabul edilmelidir. Davalı-davacı (kadın)'ın birleşen davasında Türk Medeni Kanunu'nun 166/1 maddesindeki boşanma koşulları gerçekleşmiştir. Ancak, kadın boşanma yerine “ayrılık” talep ettiğinden (TMK m.170/2), ayrılık davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”¹⁹* Farklı bir kararında Yargıtay yine aynı yönde karar vermiştir; *“Toplanan delillerden, davacı-davalı kocanın bir başka kadınla ilişkisinin olduğu bu suretle sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşılmaktadır. Boşanma sebebi ispatlanmıştır. Birleşen dava, boşanmaya ilişkin olmadığına göre, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunsa bile isteğin yalnız ayrılığa ilişkin olması durumunda boşanma sebebi ispatlandığında, ayrılık kararı verilir. (TMK m. 170/3) Boşanma sebebi gerçekleşmiş olmasına rağmen, ayrılığa ilişkin isteğin kabulü yerine, yasal olmayan gerekçe ile reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”²⁰*

d. Ortak Hayatın Tekrar Kurulabilme Olasılığının Mevcut Olması

Yargıtay kararlarına göre ayrılık kararı verilirken, eşlerin barışma olasılığı ciddi bir şekilde göz önünde bulundurulmalı, bu olasılığın varlığı makul şekilde kanıtlanmalı ve güçlü bir ihtimalle desteklenmelidir. Mahkeme, eşlerin sosyal ve kültürel durumları ile fiili ayrılık sürelerini değerlendirerek barışma olasılığı

¹⁶ Yargıtay 2. HD'nin 21.10.2010 tarihli E:2010/16341 K: 2010/17348 sayılı kararı (kazancı arama motoru)

¹⁷ Yargıtay 2. HD'nin 20.06.2011 tarihli E: 2010/10159, K: 2011/10975 sayılı kararı (kazancı arama motoru)

¹⁸ AKINTÜRK, s. 275.

¹⁹ Yargıtay 2. HD'nin 15.03.2013 tarih ve E: 2012/6687 K: 2013/7025 sayılı kararı (kazancı arama motoru)

²⁰ Yargıtay 2. HD'nin 9.10.2008 tarih ve E: 2007/13429 K:2008/12877 sayılı kararı

olup olmadığına karar vermelidir: *“Toplanan delillerden; kocanın eşini sürekli dövdüğü, eşlerin 8.12.2005'ten beri ayrı yaşadıkları, kadından kaynaklanan boşanmayı gerektiren herhangi bir davranışının olmadığı, sevgi dolu mektupların, fiili ayrılık döneminden sonrasında yazıldığına dair bir delilin bulunmadığı ve eşlerin barışma ihtimalini gösteren delillerin gösterilmediği anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar karşısında boşanmaya karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ayrılığa hükmedilmesi doğru görülmemiştir.”*²¹

Hâkim ortak hayatın tekrar kurulabilme olasılığını somut olaylara dayandırmalıdır.²² Nitekim Yargıtay da kararlarında ortak hayatın yeniden kurulabilme olasılığının sağlam ve ciddi delil ve olgulara dayanması gerektiğini belirtmektedir; *“Mahkemece, davalının sorunlarını çözebilecekleri konusundaki yoğun ısrarı konusundaki beyanlarına itibar edilerek, Türk Medeni Kanunu'nun 170 ve 171. maddeleri uyarınca tarafların bir yıl süre ile ayrılıklarına karar verilmiştir. Ayrılığa karar verilebilmesi için, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının mevcut olması, bu hususun ciddi ve kabul edilebilir delillerle kanıtlanmış ve gerçekleşmeye yakın bir olasılıkta olması gerekir. Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı sağlam ve ciddi delil ve olgulara dayandırılmalıdır. Barışma ihtimali mümkün olmayan hallerde ayrılığa karar verilemez.*

*Toplanan delillerden, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, davalının tutarsız bir kişilik yapısı sergilediği, anlık sinir patlamaları yaşadığı, bu nedenle davacıyı korkuttuğu, davacıyı ailesi ve arkadaşları ile görüşürmek istemediği, küfürbaz bir yapısı olduğu, davacıya hakaret ettiği, davacının çocuk isteğine "Benim çocuğum var, masraf yapamam" diye karşılık verdiği, evin tüm geçimini davacının sağladığı, zaman zaman davalının dükkan kirasını dahi ödediği, evin geçimini sağlayacak düzenli gelire sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Şu hale göre; evlilik birliği davalının açıklanan ve gerçekleşen kusurlu tutum ve davranışları sonucunda ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelden sarsılmıştır. Ortak hayatın yeniden kurulma ihtimalinin bulunduğu da ispatlanamamıştır (TMK m. 166/1). Bu açıklamalar karşısında boşanmaya karar verilmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile ayrılığa karar verilmesi doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir.”*²³

Ayrılık kararı ile ayrılık süresince eşlerin son kez düşünmeye sevk edilip evlilik birliğinin korunması amaçlanmıştır. Dolayısıyla evlilik birliğinin tekrar kurulma olasılığı imkansızsa ayrılığa karar verilmemelidir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 6.6.2022 tarihli bir kararında *“Somut olayda, davalı kadının boşanmak istememesi ve davalı tanıklarının tarafların geçimsizliğine yönelik görgüye dayalı beyanlarının olmaması ayrılık kararı verilebilmesi için yeterli değildir. Dosya kapsamından ortak hayatın yeniden kurulma olasılığının ortaya konulmadığı, evlilik birliğinin yeniden tesis olunamayacak şekilde temelden sarsıldığı sabittir. Bu nedenlerle açılan boşanma davasının kabulüyle tarafların boşanmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ayrılığa karar verilmesi doğru olmamış ve*

²¹ Yargıtay 2. HD'nin 07.06.2007 tarih ve E:2006/20660 K:2007/9576 sayılı kararı (kazancı arama motoru)

²² BURCUOĞLU, Haluk: “Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu”, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s. 59-74, s. 61.

²³ Yargıtay 2. HD'nin 31.10.2016 tarih ve E: 2015/20551 K: 2016/14209 sayılı kararı (kazancı arama motoru)

bozmayı gerektirmiştir.”²⁴ Yargıtay aynı doğrultuda başka bir kararında ise “*Taraflar boşanıp, yeniden evlendikleri halde, evlilik birliğini bu kez de sürdürmemişlerdir. Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığına dair bir delil de bulunmamaktadır. Davacı kocanın, eşiyle ilgili bu kadar yoğun şüpheleri var iken, davalı kadının “eşini sevdiğini ve bir araya gelme ihtimallerinin olduğunu” beyan etmesi ortak hayatın yeniden kurulabileceğini kabule elverişli bir beyan değildir. Evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle boşanmaya karar verilmesi gerektiğine*”²⁵ hükmetmiştir.

C. Ayrılık Kararı Sonrası Ayrılık Süresince Geçici Önlemler

Ayrılık davası açıldığında dava süresince alınacak önlemler TMK m.169’da belirlenmiştir. Bu geçici önlemler boşanma davası açıldığında dava süresince alınacak önlemlerle aynıdır. TMK m. 169 ayrılık ve boşanma davası süresince alınabilecek önlemleri eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemler olarak saymıştır.²⁶ Ancak bu önlemlerin sınırlı sayıda olmadığını kanun maddesinde geçen ‘özellikle’ ifadesinden anlıyoruz. Bu nedenle hâkim eşlerin ve çocukların korunması için gerekli gördüğü diğer önlemleri de resen alabilecektir.²⁷

Burada tartışılması gereken husus ayrılık kararı verildikten sonra ayrılık süresince hangi önlemlerin alınabileceği hususudur. Şöyle ki, kaynak İsviçre Medeni Kanun’un 118. maddesinde açıkça ayrılık halinde evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirlerin uygulanacağını belirtmesine rağmen,²⁸ Türk Medeni Kanunu’nda ayrılık süresince uygulanabilecek geçici tedbirlere ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu’nda sadece ayrılık süresince uygulanabilecek mal rejimine ilişkin olarak ve çocuklar bakımından ana babanın haklarına ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır.²⁹ Aşağıda ayrılık süresince alınabilecek genel önlemler ile çocuklar bakımından ve mal rejimine ilişkin alınabilecek önlemler ayrı ayrı incelenecektir.

a. Genel Olarak Alınabilecek Önlemler

Ayrılık kararı verildikten sonra belirlenen ayrılık süresince eşler ayrı yaşayabilecektir. Bu nedenle bu süre zarfında eşlerin şahsi ve mali bazı yükümlülüklerinin yeniden düzenlenmesi gerekecektir. Örneğin ayrılık süresince eşler nerede ikamet edecekleri ya da çocukların bakım yükümlülüğü nasıl düzenleneceği sorularının cevaplandırılması gerekmektedir. Yukarıda ayrılık kararı verildikten sonra ayrılık süresince İsviçre MK m. 118’de açıkça evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirlerin uygulanacağını belirtmesine rağmen TMK’da böyle bir genel hükme yer verilmediğinden

²⁴ Yargıtay 2. HD’nin 06.06.2022 tarih ve E:2022/4012 K: 2022/5408 sayılı kararı (kazancı arama motoru)

²⁵ Yargıtay 2. HD’nin 30.10.2013 tarih ve E: 2013/10852 K: 2013/24340 sayılı kararı (kazancı arama motoru)

²⁶ Boşanma ve ayrılık davası süresince alınabilecek geçici önlemler için bakınız. GENÇ-GELGEÇ, Burak: “TMK md.169 Gereğince Boşanma veya Ayrılık Davası Süresince Alınabilecek Geçici Önlemler”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(2), s. 771-799; ÖZŞENOL, Yaren Didem: “Boşanma ve Ayrılık Davalarında Alınacak Geçici Önlemler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 94 (4) 62-78.

²⁷ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 138; ÖZTAN, s. 741 vd.

²⁸ BÄHLER, Daniel / BRUNNER, Rolf / DOLDER, Mattias / GLOOR, Urs / GUBLER, Patrik / HAUSHEER, Heinz / KIESER, Ueli / MAIER, Moreno / MANI, Philip / MULLE, Franziska / RODRIGUEZ, Rodrigo / SIEBER, Lorenz / SPYCHER, Annette: *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 3. Aufl., Bern 2023, s. 173.

²⁹ ÖZTAN, s. 712.

bahsedilmişti. Bu nedenle ayrılık süresince alınabilecek önlemlerin neler olabileceğinin belirlenmesi gerekir. Öztan, bu konuda bir kanun boşluğu olduğunu ve kıyasen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler ya da boşanma süresince uygulanan geçici tedbirlerin uygulanması gerektiğinin belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Evlilik birliğinin ayrılık süresince sona ermemiş olması sebebiyle evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.³⁰ Kanımızca da İsviçre Medeni Kanun’unda olduğu gibi mal rejimi konusu hariç gibi evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olan önlemler alınmalıdır. Şöyle ki evlilik bağı sona ermemiştir, evliliğin genel etkileri sürmektedir, dolayısıyla *mutadis mutandis* evliliğin korunmasına ilişkin tedbirler ayrılık süresince de uygulanmalıdır.³¹ Yargıtay Kararlarında ise ayrılık davasında takdir edilen nafakanın ayrılık süresince de devam etmesine karar verildiği görülmektedir; *“Boşanma sebepleri gerçekleştiğinden ayrılığa karar verilmiştir. Davalı kadın için takdir edilen tedbir nafakasının ayrılık kararı boyunca devamına karar verilmesi gerekir.”*³² Başka bir kararında ise, *“Ayrılık kararı verildiğine göre, davacı lehine takdir edilen tedbir nafakasının 1 yıllık ayrılık süresinin sonuna kadar devamına karar verilmesi gerekirken, hükmün kesinleşmesine kadar devamına şeklinde karar tesisi hukuka aykırıdır”*^{33 34} hükmü verilmiştir.

³⁰ ÖZTAN, s. 712.

³¹ (LEUENBERGER Marcel / SUTER Jeannette, in: Fankhauser Roland (Hrsg.), Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge, 4. Aufl., Bern 2022, Band I: ZGB / Art. 117/118 N 9)

³² Yargıtay 2. HD’nin 14.01.2023 tarih ve E:2012/13092 K: 2013/235 sayılı kararı (kazancı arama motoru)

³³ Yargıtay 2. HD’nin 28.02.2012 tarihli ve E:2010/20232 K:2012/4124 sayılı kararı (kazancı arama motoru)

³⁴“Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 167 ve 170/2. maddeleri uyarınca münhasıran ayrılık kararı verilmesine iliaşkindir. Mahkemece davanın kabulüyle, tarafların 1 yıl süreyle ayrılıklarına, davacı kadın yararına Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca ayrılık kararının kesinleşmesine kadar aylık 750 TL. tedbir nafakasına, harcı yatırılmadığından davacının ayrılık süresi için tedbir nafakası istemi hakkında karara yer olmadığı kararı verilmiştir. Toplanan delillerle, mahkemece de sabit kabul edildiği üzere davalı kocanın güven sarsıcı davranışlar içine girdiği, birlik görevlerini ihmal ettiği ve ortak konutun kilidinin değıştirdiği anlaşılmaktadır. Davacı kadının kusurlu bir davranışı ise kanıtlanmamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında ayrılığa karar verilebilmesi için gerekli boşanma sebebinin ispatlanmış olması koşulu (TMK.m.170/1) davada gerçekleşmiştir. Mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca davanın devamı sırasında gerekli geçici önlem olarak davacı lehine tedbir nafakasına da karar verildiği, miktarının da tarafların ekonomik ve sosyal durumuna uygun olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacı kadının ayrılık süresi için talep ettiği nafakaya ilişkin olarak bu konuda harcı yatırılmak suretiyle açılmış bağımsız bir tedbir nafakası davası olmadığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmiştir. Açılan ayrılık davasının kabulü veya takdiren boşanma yerine ayrılığa karar verilmesi durumunda; kararlaştırılan ayrılık süresi için ne gibi önlemler alacağı konusunda yasada açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesinde önlemler açılan boşanma veya ayrılık davasının devam ettiği süre için alınabileceği ve ayrılık süresi içinde de devam eden bir dava bulunmadığından kıyasen uygulanmaya elverişli değildir. Ancak, Türk Medeni Kanunu'nun 197. maddesindeki “ayrı yaşamada haklılık” koşulu ayrıca bir karar gerekmeksizin kendiliğinden gerçekleşmiş olmaktadır. Bu nedenle hâkimin ayrılık süresinde geçerli olmak üzere birliğin korunması için Türk Medeni Kanun'un 197/2-4.maddelerindeki önlemleri talep gerektirdiği takdirde, talebe bağılı olarak resen alması gereken önlemleri de talep olmasa bile alması gerekecektir. Bu bakımdan, mahkemece talep bulunması koşuluyla, eşin kendisi için tedbir nafakasına karar verilmesi, tarafların velayet düzenlemelerine tabi çocukları varsa, bu çocuklar için ayrılık süresince geçerli olacak şekilde geçici velayet düzenlemesi yapılması ve gerektiğinde velayeti üstlenen eş yararına çocuk nedeniyle de tedbir nafakasına karar verilmesi gerekir. Ayrılık süresince yukarıda belirtilen önlemler ayrılık kararının ferî (eki) niteliğinde olacağından, bu önlemler nedeniyle harç alınması da gerekmeyecektir. Türk Medeni Kanun'unu 197. maddesi uyarınca harç alınması gereken talep (dava), Türk Medeni Kanunu'nun 197/3. maddesindeki eşin talebini bağımsız bir dava olarak ileri sürmesi durumuna özgüdür. Açıklanan nedenlerle, mahkemece davacının ayrılık süresi için talep ettiği ayrılık kararının ferî olan tedbir nafakası talebi hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde harç yatırılmadığı gerekçesiyle karara yer olmadığına hükmedilmesi

b. Çocuklar Bakımından Ana Babanın Hakları Açısından Alınabilecek Önlemler

Ayrılık süresince çocuklar bakımından alınabilecek önlemler TMK m. 182’de düzenlenen boşanma kararı verilirken alınan önlemlerle özdeştir. Hâkim ayrılık ve boşanma kararı verirken çocuğun velayetinin kimde olacağına velayete sahip olmayan tarafla kişisel ilişkinin nasıl düzenleneceğine ve çocuğun eğitim ve bakım giderlerine eşlerin ne oranda katkıda bulunacağına çocuğun üstün menfaatinin gözetilerek karar vermelidir.³⁵ Hâkim çocuğa ilişkin düzenlemeleri yaparken ayrılık süresi bitince eşlerin tekrar bir araya gelme ihtimalini göz önünde bulundurmalıdır.

c. Mal Rejimine İlişkin Olarak Alınabilecek Önlemler

Ayrılık kararı verilmesi halinde mal rejiminin tasfiyesi TMK m. 180’de özel bir hükümle düzenlenmiştir; *“Ayrılığa karar verilirse mahkeme, ayrılığın süresine ve eşlerin durumlarına göre aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilir.”* Bu hüküm lafzi olarak yorumlanırsa hâkim, yalnızca eşlerin arasında sözleşme ile kabul edilmiş bir mal rejimi varsa bunun kaldırılmasına karar verecektir. Sözleşme ile kabul edilebilecek mal rejimleri; mal ortaklığı, mal ayrılığı ve paylaşımlı mal ayrılığı rejimleridir. Sözleşmesel mal rejimi kaldırıldığında yerine hangi mal rejiminin uygulanacağına ilişkin bir ibare olmadığından acaba burada yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi mi yoksa olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı rejimi mi uygulama bulacaktır? Kanun metninde bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca eşler arasında sözleşmeyle kabul edilmiş bir mal rejimi yoksa dolayısıyla kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanıyorsa bu durumda mal rejimine ilişkin alınabilecek önlemler konusunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum öğretide tartışma konusu olmuştur.

Kaynak İsviçre Medeni Kanun’u m. 118/1’de (ZGB 118 Abs. 1) ‘de ayrılık süresince mal rejiminin ne olacağı hususu düzenlenmiştir. Bu hükme göre ayrılık kararı sonrası olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı rejimi yürürlüğe girecektir. Eşler malların tasfiyesinde aralarında mahkeme onayı ile bir anlaşmaya varabilirler. Eğer anlaşma sağlayamazlarsa mahkeme yoluyla evlilik birliğinde edindikleri mallarını tasfiye edebilirler.³⁶

Kılıçoğlu TMK m. 180’in ihmalkâr bir şekilde düzenlenmiş olması sebebiyle haklı olarak eleştirmektedir. Türk Kanuni Medenisinde yasal mal rejimi mal ayrılığı rejimi idi. Türk Medeni Kanunu’nu hazırlanırken yasal mal rejiminin ne olacağı konusu çok tartışılmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun ilk tasarısında da yasal mal rejimi, mal ayrılığı rejimi olarak düzenlenmiştir. Eğer yasal mal rejimi mal ayrılığı rejimi olarak kabul edilmiş olsaydı TMK m. 180 anlamlı olacaktı. Şöyle ki yasal mal rejimi mal ayrılığı rejimiyken eşler aralarında mal ortaklığı gibi bir sözleşmesel mal rejimi seçmiş olsalardı, bu sözleşmesel mal rejiminin ortadan kaldırılması ve mal ayrılığına dönüş anlamlı olacaktı. Eşlerin ayrı yaşadıkları süre içerisinde malları konusunda da mal ayrılığı rejimini tercih etmeleri hayatın olağan akışına daha uygundur. Ancak

isabetsiz olmuştur. Değerli çoğunluğun temyiz edilen hükmün kısmen onanması kısmen bozulması şeklindeki görüşüne katılmakla birlikte, ayrılık süresi içindeki tedbir nafakasına ilişkin bozmanın yukarıda açıkladığım değişik gerekçeyle yapılması gerektiğini düşünüyorum.” Yargıtay 2. HD’nin 28.02.2012 tarihli ve E:2010/20232 K:2012/4124 sayılı kararında karşı oy yazısı.

³⁵ Boşanma ve ayrılığın çocuklar bakımından sonuçları için bkz. GAYRETLİ AYDIN, s. 198.

³⁶ LEUENBERGER / SUTER, ZGB / Art. 117/118 N 8.

Türk Medeni Kanun'un yürürlükteki halinde yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimi değil, edinilmiş mallara katılma rejimi benimsenmiştir. Fakat TMK m. 180, sözleşmesel mal ayrılığı kaldırılır ibaresi yerine İsviçre Medeni Kanun'unda olduğu gibi olağanüstü mal rejimine dönülür şeklinde yeniden düzenlenmeliydi. Oysaki bu farklılık ihmalkârlık sonucunda atlanmış ve eski Medeni Kanun'daki hüküm yasal mal rejiminin değişmiş olması unutulurken aynen alınmıştır.³⁷ Dolayısıyla hâkim amaçsal yorum yaparak önüne gelen bir uyumsuzlukta eşler arasındaki mal rejimini olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı rejimine dönüştürmelidir.³⁸

D. Ayrılık Davasının Sonuçları ve Ayrılık Süresinin Sona Ermesi

Türk Medeni Kanunu m. 172 gereğince ayrılık bir yıldan üç yıla kadar verilebilir. Süre, kararın kesinleşmesiyle başlar.³⁹ Bu hüküm emredici bir hüküm olduğundan ayrılık süresinin uzatılması, kesilmesi veya tekrar verilmesi söz konusu değildir.⁴⁰ Bir yıldan az ve üç yıldan uzun ayrılık süresine hükmedilemez. Yargıtay'ın 2004 yılında verdiği bir kararda altı ay süre için ayrılığa karar verilmesi kanuna aykırı bulunmuştur.⁴¹

Mahkemenin ayrılık kararı vermesi ile eşler yasal olarak ayrı yaşamaya başlar ve ayrı yerleşim yeri edinebilirler. Bu durumda ayrılık süresince eşler birbirlerine terk nedeniyle boşanma davası açamayacaktır. Ayrıca eşlerin evlilik birliğini temsil yetkileri de sona erecektir.⁴²

Ayrılık süresince evlilik tatil edilmektedir ancak evlilik bağı devam ettiğinden bu süreç içerisinde eşlerin birbirlerine olan sadakat yükümlülükleri sürmektedir. Ayrılık süresince eşler başka kişilerle duygusal ya da cinsel bağ kurarlarsa bu durum boşanma sebebidir ve ayrılık süresi dolmadan diğer eş boşanma davası açabilecektir.⁴³ Ayrılık süresince evlilik bağı devam ettiğinden kadın kocasının soyismini taşımaya devam edecek eğer ayrılık süresince bir çocuk dünyaya getirirse bu çocuk evlilik içerisinde doğmuş sayılacaktır. Ayrılık süresince eşlerden biri ölürse sağ kalan eş ona yasal mirasçı olacaktır.⁴⁴

Ayrılık kararı verilmesi halinde hâkimin eşler arasındaki mal rejimini olağanüstü mal rejim olan mal ayrılığı rejimine dönüşmesine karar vermesi gerektiğini yukarıda açıklanmıştır. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz gibi ayrılık süresince de evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler alınacaktır. Ayrılık süresince çocuğun velayetine, çocukla kişisel ilişki kurulmasına, çocuğun tedbir nafakasına ilişkin hususlarda hâkim çocuğun menfaatini göz önünde bulundurarak TMK m. 182'ye göre resen karar verecektir.⁴⁵

³⁷ KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Medenî Kanunumuzun Aile Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, s. 219.

³⁸ KILIÇOĞLU, s. 219; GAYRETLİ AYDIN, s. 184; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 138; ÖZTAN, s. 716; ERDEM, Mehmet / MAKARACI- BAŞAK Aslı: Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 164, 165.

³⁹ ERDEM / MAKARACI BAŞAK, s. 163.

⁴⁰ ÖZTAN, s. 711.

⁴¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2004/5575 K 2004/6337 T. 17.05.2004. (kazancı arama motoru)

⁴² ÖZTAN, s. 708.

⁴³ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 141.

⁴⁴ ÖZTAN, s. 708.

⁴⁵ ERDEM / MAKARACI BAŞAK, s. 163, 164.

Ayrılık süresinin bitimi TMK m. 172 ile düzenlenmiştir: Bir yıl ile üç yıl arasında belirlenen ayrılık süresi bu sürenin hitamında resen sona erecektir. Sürenin sonunda eşler bir araya gelerek ortak hayatı tekrar kurabilirler. Süre bitmeden eşler evlilik birliğinin tekrar kurmak niyetiyle bir araya gelirse ayrılık son bulur. Süre sonunda eğer eşler bir araya gelmek istemezlerse eşlerden her biri boşanma davası açabilir ya da eşler birlikte mahkemeye başvurarak anlaşmalı boşanma da talep edebilirler. Ayrılık süresi dolmadan eşler birbirlerine terk nedeniyle boşanma davası açamaz.⁴⁶ Ancak ayrılık süresi dolduktan sonra altı boy boyunca eşler bir araya gelmezse ve terk nedeniyle boşanma davası açmak için diğer gerekli şartlar sağlandıysa terk nedeniyle boşanma davası da açılabilecektir. Eşler ayrılık süresinin sonunda tekrar bir araya gelerek yeniden ortak hayatı kuramamışlarsa ve boşanma davası açmak istiyorlarsa, ilk davada ispatlanmış olan olgular ve ayrılık süresinde ortaya çıkan yeni durumlar da TMK m. 172 gereğince göz önünde tutulacaktır. Ayrılık süresi boyunca yeni bir boşanma sebebi ortaya çıkmışsa eşler sürenin bitmesini beklemeden boşanma davası açabilecektir.⁴⁷

II. AYRILIK KURUMUNA YAPILAN ELEŞTİRİLER

A. Her Boşanma Sebebi için Ayrılık Talep Edilemeyeceğine İlişkin Yapılan Eleştiriler

Ayrılık kurumuna yapılan eleştirilerin başında her boşanma sebebi için ayrılık talep edilebilmesi gelmektedir. Ayrılık kararı verilebilmesi için boşanma sebeplerinden birinin gerçekleştiğinin ispatlanmış olması gerektiğini yukarıda açıklamıştık. Öğretide bazı boşanma sebeplerinin varlığı halinde ayrılık kararı istenemeyeceği savunulmaktadır. Öğretideki yazarların çoğunluğu anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılığa (ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle boşanma) sebeplerine dayanan boşanma davalarında karine olarak evlilik birliğinin temelden sarsıldığının ve tarafların barışma ihtimali olmadığı kabul edildiğinden hâkimin boşanmaya karar vermek zorunda olduğunu savunmaktadır.⁴⁸ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre anlaşmalı boşanma ya da fiili ayrılık nedeniyle boşanma talep edilmişse ve koşulları oluşmuşsa barışma ihtimali olmadığından hakim ayrılık kararı veremez. Hatemi, anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık nedeniyle boşanma sebeplerine ek olarak özel boşanma nedenlerinden birinin varlığı durumunda taraf boşanma talep ettiyse artık hâkimin ayrılığa karar vermemesi gerektiğini savunmaktadır. Bunun yanında eğer ayrılık kararı verildikten sonra eşler bir araya gelmez ortak hayatı tekrar kuramayıp boşanma davası açarlarsa hâkimin tekrar ayrılık kararı veremeyeceğini belirtmektedir.⁴⁹ Erdem ve Makaracı Başak ise genel boşanma sebebine evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı olarak açılan (TMK m. 166/2 ve m. 166/1) boşanma davalarında ve suç işleme haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163) ve akıl hastalığına dayalı boşanma davalarında (TMK m. 165) ayrılık kararı verilmemesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁰

⁴⁶ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 141.

⁴⁷ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 144; EREDEM / MAKARACI BAŞAK, s. 165.

⁴⁸ HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, Onikilevha, İstanbul 2021, s. 130, 131; DURAL, s. 129; ÖZTAN, s. 708; AKINTÜRK, s. 274; GAYRETLİ AYDIN, s. 172; TÜZÜNER, s. 165.

⁴⁹ HATEMİ, s. 131.

⁵⁰ ERDEM / MAKARACI BAŞAK, s. 161.

B. Ayrılık Kararı Verilmesi Halinde Mal Rejimine İlişkin Yapılan Eleştiriler

Ayrılık kararı verilmesi halinde eşler arasında sözleşmesel mal rejimi kabul edilmişse bu mal rejiminin kaldırılmasına ilişkin olan TMK m. 180'deki hükmü yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştı. Bu hüküm Eski Medeni Kanun'daki haliyle korunmuştur ancak yeni Medeni Kanun'da yasal mal rejimi ~~hâlinde~~ edinilmiş mallara katılma rejimi olarak değiştirildiği için anlamsızlaşmıştır. Doktrindeki diğer yazarlar gibi bu hükmün ihmalkarca değiştirilmesinin unutulduğu görüşünü paylaşıyoruz.⁵¹ Bu hüküm kaynak İsviçre Kanununda da olduğu gibi ayrılık kararı verilmesi halinde talep halinde mal rejimi, olağanüstü mal rejimi olur şeklinde değiştirilmelidir. Kanun hükmü değiştirilene kadar da amaçsal yorumla bu şekilde yorumlanmalıdır.

C. Ayrılık Kurumuna İhtiyaç Olmadığına Dair Yapılan Eleştiriler

Eşlerin bir araya gelme ihtimallerinin kuvvetli olması durumunda ayrılık kararı verilebileceği yukarıda belirtilmişti. Ancak nisbi boşanma nedeninin gerçekleşmiş sayılması için hâkimin ortak hayatın çekilmez hale geldiğine kanaat getirmesi gerekmektedir. Hem ortak hayatın çekilmez hale gelmesi hem de aynı anda eşlerin bir araya gelme ihtimalinin çok yüksek olması durumunun bir arada bulunması nasıl mümkün olabileceği konusu Burcuoğlu tarafından haklı olarak eleştirilmektedir.⁵² Ayrıca Burcuoğlu İsviçre Medeni Kanununda ayrılık kurumunun muhafaza edilmesinin yegane sebebinin dini olduğunu ileri sürerek, fiil ayrılık nedeniyle boşanmaya ilişkin kabul edilen hükümden sonra hem İsviçre'de hem de Türkiye'de ayrılık kurumuna darbe olarak nitelendirmektedir. Nitekim boşanma davası açan kişi davadan feragat ederse üç yıl süre ile fiilen eşinden ayrı yaşayarak boşanma hükmünü elde edebilecektir.⁵³ Dolayısıyla ayrılık kurumunun tamamen kaldırılmasını bu mümkün değilse bile sebepler konusunda özdeşliğin kaldırılmasını savunmaktadır.⁵⁴

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu ayrılık müessesini İsviçre Medeni Kanunundan almıştır. Ancak TKM süreli süresiz ayrılık ayrımını benimsemeyerek sadece süreli ayrılık kurumunu benimsemiştir. İsviçre Medeni Kanun'u ilerleyen yıllarda ayrılık kurumunda birçok değişikliğe gitmiştir. Süreli süresiz ayrılık ayrımını kaldırmış, hâkimin sadece ayrılığın talep edilmesi halinde ayrılığa karar verebileceğini hükme bağlamıştır. Ayrıca ayrılık kararı verilmiş olması ayrı yaşama nedeniyle boşanma davası açılmasına bir engel olarak da görülmemektedir. Ayrılık süresince alınabilecek tedbirler konusunda da bir tartışmaları bulunmamaktadır. Diğer taraftan Türk Medeni Kanunu bütün bu gelişmelerin gerisinde kalmıştır. Öncelikle ayrılık talep edilmediği boşanma talep edildiği halde hâkimin ayrılığa karar verebilmesi kanımızca özel hayatın ihlalini ve boşanma hakkının ihlalini oluşturmaktadır. Zaten boşanma sebebi ispatlanmış olan bir davada eşleri zoraki olarak bir arada tutmanın bir anlamı yoktur. İçinde barışmaya

⁵¹ KILIÇOĞLU, s. 219; GAYRETLİ AYDIN, s. 184; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 138; ÖZTAN, s. 716; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s.164, 165.

⁵² BURCUOĞLU, s. 65.

⁵³ BURCUOĞLU, s. 66.

⁵⁴ BURCUOĞLU, s. 74.

dair bir umut olan eş zaten boşanma değil ayrılık talep edecektir. Evliliği yaşayan eşlerin yerine bu konuda kararı hâkimin vermesi uygun değildir. Ayrılık kararı verildikten sonra eşler ayrılık süresince birbirlerine, ayrılık kararının dayandığı aynı olaylara dayanan aynı sebepten dolayı boşanma davası açamayacaktır. Dolayısıyla aldatma sebebiyle açılan bir boşanma davasında boşanma yerine ayrılık kararı verildiğini düşünürsek aldatılan eş kendisini aldatan eşle üç yıl daha resmi olarak evli kalmaya zorlanacaktır. Öğretide bazı yazarlar İsviçre Medeni Kanun’unda olduğu düzenlemeler yapılırsa (örneğin taleple bağlılık getirilmesi gibi) evlilik birliğini korumak amaçlı ayrılık kurumunun faydalı olabileceğini savunmaktadır.⁵⁵

Kanımızca eşlerin evliliklerini gözden geçirmelerini evliliği kurtarmaları için ayrılık müessesinin muhafaza edilmesi gerekçesi anlamlı değildir. Türk Medeni Kanunu m. 176. Maddesi eşlerin ayrı yaşayabilmelerini düzenlemektedir. Eğer eşlerin ayrı yaşamaları için geçerli sebepleri varsa hâkimin aynı hükme dayanarak alabileceği önlemler ve TMK m. 206’da mal rejimine ilişkin olarak hükümler düzenlenmiştir. Bu nedenle zaten bu hüküm evliliğin gözden geçirilmesi için yeterlidir ayrıca bir ayrılık kararı almaya gerek yoktur. TMK m. 166/4 hükmünde düzenlenen fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası ile de ayrılık kurumunun İsviçre Medeni Kanun’da olduğu gibi bağlantısı da sağlanmamıştır.⁵⁶ Ancak fiili ayrılık davası da aynı şekilde fiili ayrılık süresince eşlerin evliliklerini gözden geçirmelerine yarayacaktır. Ayrıca boşanma sebeplerinin varlığının ispatlanması bunun yanında da evliliği kurtarma ihtimalinin çok ciddi olmasının bir arada bulunamayacağı görüşünü paylaşıyoruz. Bu nedenle ayrılık kurumunun Medeni Kanunumuzdan çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Beta Kitabevi, İstanbul 2016.

ARSEBÜK, Esat: Medeni Hukuk, C. II, Ankara 1940.

BAHLER, Daniel / BRUNNER, Rolf / DOLDER, Mattias / GLOOR, Urs / GUBLER, Patrik / HAUSHEER, Heinz / KIESER, Ueli / MAIER, Moreno / MANİ, Philip / MULLE, Franziska / RODRIGUEZ, Rodrigo / SIEBER, Lorenz / SPYCHER, Annette: Handbuch des Unterhaltsrechts, 3. Aufl., Bern 2023.

BERKİ, Şakir: “Boşanma ve Ayrılık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 31/1, (Mayıs 1975) , s. 135-154.

GENÇ-GELGEÇ, Burak: “TMK md.169 Gereğince Boşanma veya Ayrılık Davası Süresince Alınabilecek Geçici Önlemler”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(2), 771-799

BURCUOĞLU, Haluk: “Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu” Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998, s. 59-74.

⁵⁵ TÜZÜNER, s. 166.

⁵⁶ Bu tebliğ sunulduğu ve tam metin yazıldığı dönemde TMK m. 166/4 hükmü iptal edilmiş henüz yerine yeni bir düzenleme yapılmamıştır.

ERDEM, Mehmet / MAKARACI- BAŞAK Aslı: Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, Ankara 2022.

GAYRETLİ AYDIN, Seda: “Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları”, Medeni Hukuk 2 Aile Hukuku, Editör: TÜZÜNER / İKİZLER, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, Onikilevha, İstanbul 2021.

KILIÇOĞLU Ahmet M.: Medenî Kanunumuzun Aile Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004.

KILIÇOĞLU Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2024. (KILIÇOĞLU Aile)

LEUENBERGER Marcel / SUTER Jeannette, in: Fankhauser Roland (Hrsg.), Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge, 4. Aufl., Bern 2022.

ÖZŞENOL, Yaren Didem: “Boşanma ve Ayrılık Davalarında Alınacak Geçici Önlemler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 94(4), 62-78.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

ÖZTÜRK, Ali: Aile Hukukunda Ayrılık, Türk Hukukunda Ayrılık Hükmü Şartları ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

TÜZÜNER, Özlem: “Genel Olarak Boşanma ve Boşanma Sebepleri”, Medeni Hukuk 2 Aile Hukuku, TÜZÜNER / Metin İKİZLER, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

SAĞLIK VASITASI İLE BARIŞ UYGULAMASINA OSMANLI TARİHİMİZDEN BENZER BİR ÖRNEK:
OSMANLI HİLAL-İ AHMER CEMİYETİ

A SIMILAR EXAMPLE OF PEACE THROUGH HEALTH FROM OUR HISTORY: OTTOMAN HILAL-I AHMER
SOCIETY

Hilal SOLAK*

Dr. Öğr. Üyesi Betül KAYAR*

ÖZET

“Sağlık yoluyla Barış” (PtH), halihazır ve potansiyel savaş bölgelerinde ve çatışma durumlarında sağlık müdahalelerinin ve sağlık çalışanlarının barışa nasıl katkıda bulunabileceğini araştıran bir akademik disiplindir. PtH 1990’lı yıllarda Kanada’daki McMaster Üniversitesi’nde saha projeleri gibi pratik uygulamalarla teorik bir kavram olarak geliştirilmiştir. “Sağlık yoluyla Barış” uygulaması hakkında ülkemizde de az sayıda olmakla birlikte araştırmalar yapılmaktadır. Bu araştırmalar arasında özellikle uluslararası kamu hukuku perspektifinden yapılanlar dikkat çekmektedir. Bu çalışma ise konuyu hukuk tarihi perspektifinden ele alması bakımından diğerlerinden ayrılmaktadır. Çalışmada söz konusu uluslararası uygulamanın ülkemiz tarihinde olup olmadığı literatür ve Osmanlı dönemi gazete arşivleri taranarak araştırılmıştır. Bu çerçevede Osmanlı Hilâl-i Ahmer Cemiyeti’nin (OHAC) PtH uygulamasına benzer yönleriyle ön plana çıktığı görülmüştür. OHAC, 1868 yılında Kızılhaç’tan esinlenerek kurulmuş bir yardım kuruluşudur. OHAC, 1877-1922 yılları arasında, Osmanlı Devleti’nin girdiği tüm savaşlarda yaralanan askerlerin tedavileri, göçle gelen muhacirlerin ihtiyaçlarının karşılanması gibi birçok konu ve alanda yoğun bir çaba sarf etmiştir. Yapılan literatür ve gazete arşivi araştırması sonrasında ulaşılan bazı sonuçlar şu şekildedir: OHAC yalnızca Osmanlı askerlerine ve vatandaşlarına değil yabancı uyruklu bireylere de hizmet vermiştir. Osmanlı gazete arşivlerinde OHAC’ın hastanelerinde tedavi gören Rus askerlerinin mektuplarına rastlanılmıştır. Osmanlı-Rusya Savaşı esnasında hükümet tarafından OHAC’ta görev almak üzere Türk hekimler ile birlikte yabancı hekimler de işe alınmıştır. Ayrıca cephe savaşları için OHAC tarafından inşa edilen saha hastanelerinde, maaşları yine OHAC tarafından ödenen Stafford House Komitesi cerrahları görev almıştır. Yabancı uyruklu hekimlerin ordu kumandanları ve sihiyesi ile ilişkilerinin genellikle yapıcı ve olumlu olduğu görülmüştür. Yabancı askerlere hizmet verilmesi veya yabancı ve Türk doktorların ortak bir gaye doğrultusunda çalışması farklı milletler arasındaki ilişkiye olumlu yansımıştır. Bunlar çatışan toplumlar arasında barışın sağlanması için önemli adımlardır. Dolayısıyla 1990’lı yıllarda bir akademik disiplin olarak ortaya atılan “Sağlık yoluyla Barış” uygulaması ile aynı çerçevede olan görüş ve faaliyetlere Osmanlı tarihinde de rastlanmıştır. Bu çalışma, Tübitak tarafından 2209-A Üniversite Öğrencileri Araştırma Projeleri Destekleme Programı 2023/2 dönem kapsamında desteklenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık yoluyla Barış, Hilâl-i Ahmer Cemiyeti, Osmanlı, hukuk, tarih.

ABSTRACT

“Peace through Health” (PtH) is an academic discipline that explores how health interventions and health workers can contribute to peace in current and potential war zones and conflict situations. PtH

* Araştırmacı, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Tarihi

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, betul.kayar@omu.edu.tr

was developed as a theoretical concept with practical applications such as field projects at McMaster University in Canada in the 1990s. Research on the practice of "Peace through Health" has also been conducted in Turkey, albeit in small numbers. Among these studies, especially those conducted from the perspective of public international law draw attention. This study differs from the others in that it deals with the subject from the perspective of legal history. In this study, the existence of this international practice in the history of our country has been investigated by scanning the literature and Ottoman period newspaper archives. In this framework, it was observed that the Ottoman Hilâl-i Ahmer Society (OHAC) came to the fore with similar aspects to the PtH practice. OHAC was a relief organisation founded in 1868, inspired by the Red Cross. Between 1877 and 1922, OHAC made intensive efforts in many subjects and fields such as the treatment of soldiers wounded in all the wars the Ottoman Empire fought, and meeting the needs of the muhajirs who came with migration. Some of the conclusions reached after the literature and newspaper archive research are as follows: OHAC provided services not only to Ottoman soldiers and citizens but also to foreign nationals. In the Ottoman newspaper archives, letters of Russian soldiers who were treated in OHAC's hospitals were found. During the Ottoman-Russian War, the government recruited Turkish physicians as well as foreign physicians to work at OHAC. In addition, Stafford House Committee surgeons, whose salaries were also paid by OHAC, were employed in the field hospitals built by OHAC for the frontline wars. The relations of foreign physicians with army commanders and medical staff were generally constructive and positive. Serving foreign soldiers or working foreign and Turkish doctors for a common purpose has reflected positively in the relationship between different nations. These are important steps towards peace between conflicting societies. Therefore, views and activities in the same framework with the "Peace through Health" practice, which was introduced as an academic discipline in the 1990s, were also encountered in Ottoman history. This study was supported by Tübitak within the scope of 2209-A University Students Research Projects Support Programme 2023/2 period.

Keywords: Peace through Health, Hilâl-i Ahmer Society, Ottoman, law, history.

GİRİŞ

Savaş, günümüzde gerek televizyon haberlerinde gerekse de gazetelerde çok sık karşılaşmaya başladığımız bir kavram haline gelmiş durumda ne yazık ki. Kelime anlamına baktığımızda "Savaş (harp); barış yoluyla halledilemeyen sorunların çözümü için bir devlet veya devletler grubunun, milli güçlerinin tamamını veya bir kısmını kullanarak diğeri ile yaptığı mücadeledir." ¹Savaşlar yalnızca diplomatik ya da fiziki yıkıma sebep olmaz. Savaşa giren devletler kaçınılmaz olarak halkı da peşinden sürüklemektedir. Böylece savaşa sürüklenmiş olan halk biyolojik, psikolojik ve sosyal bir yıkımın ortasına öylece bırakılmış olur. Üstelik savaştan etkilenen yalnızca katılan devletlerin halkı da olmaz dünyanın diğeri ucundaki bir toplum da bu çatışmadan olumsuz etkilenebilir. Tüm bunların sonucunda ortaya birbirinden kopmuş ve birbirine sebepsizce düşman olmuş toplumlar çıkar. Kimi toplumlara baktığımızda yüzyıllar öncesinde yaşanmış olan olaylar ve savaşların birer olgu haline gelip hala bu toplumlar arasında çatışmaya sebebiyet verdiğini de görebiliriz.

Uzun mücadeleler sonunda savaştan kaçan ya da kurtulan bireylerin her açıdan çöküntüye maruz bırakılmış olan bedenlerini ve ruhlarını iyileştirme sürecinde ise devreye giren sağlık çalışanları ve

¹ Karakış, S. "Kamu Hastanelerinde Çalışan Hemşirelerin Afetlere Hazır Oluşluk Durumları ve Psikolojik Sağlımlıkları", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

onların müdahaleleridir. Sağlık çalışanları insanları, ırk, din ya da dil fark etmeksizin tedavi ederken aslında tarafsızlık yoluyla onların arasında bir hoşgörü köprüsü oluşturma yolunda adımlar da atmaktadır. Yardıma ihtiyaç içinde olan kişilere, tarafsızca, merhametle ve zorlu şartlara rağmen büyük bir fedakarlıkla yaklaşan sağlık personellerinin bu tutumu farklı milletler arasındaki barışın sağlanmasının aslında zannedilen kadar zor ve uzak bir ihtimal olmadığını bize göstermektedir. Araştırmamızın temelini oluşturan Peace through Health, Türkçe karşılığı ile Sağlık Vasıtasıyla Barış uygulaması işte tam olarak sağlık çalışanları ve müdahalelerinin barışa katkısını araştıran bir akademik disiplindir.

Sağlık Vasıtasıyla Barış uygulaması literatürümüzde pek fazla çalışılmış bir konu değildir. Uluslararası kamu hukukuna dair bazı çalışmalarda incelenmiş olduğu burada ifade edilmelidir.² Bununla birlikte literatür taramalarımızda tarihimizde buna benzer uygulamalar olup olmadığına dair bir çalışmaya rastlanılmamıştır. Çalışmamızda bu husus incelenerek literatüre katkı sağlanması amaçlanmıştır. Bu çerçevede tarihimizde savaş ortamlarında sağlık hizmetleri sunan Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti temel araştırma konusu olarak belirlenmiş olup savaş ve doğal afet durumlarında gerçekleştirdiği faaliyetlerinin, Sağlık Vasıtasıyla Barış uygulamasına örnek oluşturup oluşturmadığı araştırılmıştır. Araştırma sırasında arşiv belgeleri de taranmış ve özellikle mecmualardan yararlanılmıştır.

I. Peace through Health ?

Türkçe karşılığıyla “Sağlık Vasıtasıyla Barış” anlamına gelen Peace through Health, en basit tanımıyla gerçek ve potansiyel savaş bölgelerindeki sağlık müdahalelerinin barışa katkıda bulunabileceği yönündeki düşünceler ekseninde gelişen bir akademik disiplindir. Esasen Peace through Health’in temelleri 1991 Körfez Savaşı ve Balkan Savaşları’nın ilkinin ardından atılmıştır. Bu savaşların ardından bir araya gelen Barış Çalışmaları Merkezi ve Uluslararası Sağlık Merkezi’nden toplanıp bir araya gelen insanlar, savaşlar sonrasında meydana gelen o korkunç yıkımı iyileştirip ayağa kaldırmak için neler yapabileceklerini düşünürken yavaş yavaş barış fikri ile sağlık yolunu birleştirmeye başladılar. Daha sonra ise McMaster Üniversitesi bünyesindeki araştırmacılar aracılığıyla da bu düşünce geliştirilerek yavaş yavaş hayata geçirilmeye başlandı. Bunun ilk örneklerinden biri de Sri Lanka’da çocuk ruh sağlığı üzerine yapılan çalışmaydı. İşgal mağduru, farklı etnikten çocukların Kelebek Bahçesinde birlikte bir şeyler yapması, şarkı söylemesi, dans etmesi onlar üzerinde gözle görülür şekilde olumlu bir sonuç doğurmuştur³. McMaster Üniversitesi bünyesindeki araştırmacılar çalışmalarında “Sağlık Yaklaşımıyla On Barış Şekli”ne işaret etmiştir. Detayına girmemekle birlikte bunları başlıklar halinde sayabiliriz:

Sağlıkla ilgili üst düzey hedefler, fedakarlığın çağırılması ve genişletilmesi, gerçeklerin keşfi ve yayılması, durumun yeniden tamamlanması, travmanın iyileşmesi, sivil kimliğe katkı, insan güvenliğine katkı, diplomasi, arabuluculuk ve çatışma dönüşümü, dayanışma ve destek, müdahale ve iş birliğinde bulunma.⁴ Esasen Peace through Health uygulaması için geniş bir tanım yapacak olursak, sağlık vasıtası ile barışın sağlanabileceğini öngören, Kanada McMaster üniversitesi bünyesindeki araştırmacılar tarafından geliştirilen, gerçek ve potansiyel savaş bölgelerinde yapılan sağlık müdahalelerinin barışa nasıl katkıda bulunabileceğini inceleyen akademik bir disiplin olduğunu söyleyebiliriz.

² Çağlayan, S. “Sağlıkçılara Yönelik Uluslararası Hukuk Eğitiminin Gerekliği: Ukrayna-Rusya Savaşı Üzerinden Bir Değerlendirme”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13, 2023, 391-415.

³ https://www.humanities.mcmaster.ca/~peace_health/about.html, son erişim tarihi: 07.08.2024.

⁴ https://www.humanities.mcmaster.ca/~peace_health/about.html, son erişim tarihi: 07.08.2024.

II. Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti

Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin, bugünkü adıyla Kızılay'ın, kuruluşunu anlatabilmek için öncelikle Kızılay'ın yegâne esin kaynağı olan Kızılhaç'tan bahsedilmesi gerekir. Kızılhaç gibi bir oluşum fikrini ilk ortaya atanlar Mösyö Henri Arolt ve Mösyö Henri Dunant olmuştur.⁵ Uzunca bir süre devam eden tartışmalar sonucunda birçok kişi Kızılhaç isimli bir yardım cemiyeti kurulması fikrine olumlu yaklaşıma başlamıştır. Nihayetinde Kızılhaç, üç şart dahilinde kurulmuştur. Bu şartlar; savaşlarda yaralıların ve onları tedavi eden sağlık görevlilerinin tarafsız olarak kabul edilmesi, sağlık görevlilerini diğer görevlilerden ayıracak ve tarafsızlığını temin edecek ayırıcı bir işaretin kabul edilmesi ve bu işaretin bayrak veya flama olarak kullanılması ve bayrağın çekileceği mahallelerin tarafsız mahal olarak tanıtılması idi. Bu şartlar 22 Ağustos 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde sayılmıştır. Sözleşmeden sonra Kızılhaç Cemiyeti'nin savaş bölgelerindeki büyük çabalarını ve yardımlarını gören diğer devletler de hızlıca Kızılhaç Cemiyeti oluşturma girişimlerinde bulunmaya başlamıştır. Bu devletlerden biri de Osmanlı Devleti'dir. Bu doğrultuda ilk teşebbüste bulunanlar başta Doktor Abdullah Bey olmak üzere Mekteb-i Tıbbiye Nâzırı Marko Paşa ve Kırımli Aziz Bey olmuştur. 1868 yılında kurulan ve ilk adı Mecrûhîn ve Marda-yı Osmaniye-i Askeriyye'ye İmdâd ve Muâvenet (Osmanlı Yaralı ve Hasta Askerlere Yardım) olan cemiyetin ilk toplantısında ele alınan ilk konu cemiyetin simgesinin ne olacağıydı. Zira Kızılhaç'ın amblemi olan haç işaretini kullanmak oldukça sakıncalıydı bundan dolayıdır ki kızıl ay işaretinin kullanılması kabul görmüştür. Kızıl ay simgesinin kabulü ve tüm hükümetlerce tanınması için Cenevre Sözleşmesi tarafı olan tüm devletlere gerekli bildiriye bulunmuş ve özellikle o zamanlar savaş halinde olduğumuz Rusya tarafından bile kızıl ay simgesi kabul edilmiştir.⁶ Gerek Kızılhaç gerekse de Kızılay'ın bir sembole sahip olmayı bu denli önemsemesi esasında mühim bir noktaya dayanmaktadır. Söz konusu yardım kuruluşlarından önce savaş meydanlarında askerlerin yanı sıra çokça sağlık çalışanı da öldürülmüştür. Bunun sebebi ise sağlık çalışanlarının savaş sahalarında tarafsız olmalarına rağmen onları diğer askerlerden ayırt edecek bir sembol bulunmaması olmuştur. İşte yardım kuruluşlarına tayin edilen semboller bu yüzden oldukça önemlidir. 1860'lı yıllarda kurulan Hilal-i Ahmer Cemiyeti aktif olarak faaliyetlerine ancak 1877-1878 Osmanlı-Rus Savaşı'nda başlayabilmiştir. Osmanlı-Rus savaşları sırasında Hilal-i Ahmer Cemiyeti saha hastaneleri kurmuş, yabancı hekimlerle ve yabancı devletlerle iş birliklerinde bulunmuş hem Osmanlı askeri hem de Rus askerlerine yardım faaliyetlerinde bulunmuştur. İlerleyen yıllarda ise babası, eşi, oğlu savaşa katılan kadınların ön ayak olmasıyla birlikte 1910 yılında Hilal-i Ahmer Encümen-i Nisavan (Hilal-i Ahmer Kadınlar Cemiyeti) kurulmuş ve hem cephedeki askerlerin ailelerine hem de savaştan kaçıp Osmanlı'ya sığınanlara yardım edilmiştir.⁷ Hilal-i Ahmer Cemiyeti uzun yıllar boyunca Trablusgarp, Balkan, 1. Dünya Savaşı gibi savaşlarda büyük bir özveri ile bu savaşlardan etkilenen insanlara maddi ve manevi yardım etmiştir. 1947 yılında Türkiye Kızılay Derneği adını alan cemiyet⁸ günümüzde hala doğal afetler, salgınlar ve savaşlarla mücadele etmekte ve yardım faaliyetlerine devam etmektedir.

⁵ Serin, M. "Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti", Arşiv Dünyası, 1, 11-14.

⁶ Serin, M. "Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti", Arşiv Dünyası, 1, 11-14.

^{7,9} Sertel, S. "Salib-i Ahmer ile Hilal-i Ahmer'in Kurucuları ve Kuruluş Süreci", Bengi: Dünya Yörük-Türkmen Araştırmaları Dergisi, 2, 2022, 9-25.

⁸ <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/turk-kizilay-cemiyeti/?pdf=3310>, son erişim tarihi: 09.08.2024.

III. Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin Faaliyetleri

Hilal-i Ahmer Cemiyeti, yukarıda bahsettiğimiz üzere kuruluşundan bu yana birçok büyük savaşta yardım faaliyetleri kapsamında önemli rol oynamıştır. Balkan Savaşları, Trablusgarp Savaşı, Çanakkale Savaşı, Rusya Savaşı ve 1. Dünya Savaşı cemiyetin yardım faaliyetleriyle ön plana çıktığı önemli savaşlardan birkaçıdır. Kızılay ve Kızılhaç'ın iş birliği içinde çalıştığı bu yıllarda bu iki büyük yardım kuruluşu hem tıbbi malzeme desteği hem de sağlık personeli değişimi kapsamında birlikte çalışmıştır. Bu da bize farklı ırktan veya inanıştan olan insanların, yardıma muhtaç olan insanlara yardım etmek için uyumla ve özveriyle bir araya geldiğini göstermektedir. Farklı toplumlara ait bireylerin bu şekilde birlikte çalışması sadece personel değişimi ya da malzeme desteği ile sınırlı kalmamıştır. Alt başlıklarda göreceğimiz üzere Hilal-i Ahmer Cemiyeti bünyesinde yalnızca Türk hekimleri görev almamış olup onlarla birlikte birçok yabancı hekim de yardım faaliyetlerine katkıda bulunmuştur.

A. Osmanlı-Rusya Savaşı (1877-1878)

Osmanlı-Rus Savaşı, Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin aktif rol oynadığı ilk savaştır. Cemiyet, Rus Savaşı esnasında 13'ü İstanbul'da, 15'i cephe ve cephe gerisinde olmak üzere toplam 28 ayrı noktada saha hastanesi açmış ve bu hastaneler vasıtasıyla 46 bine yakın yaralıyı tedavi etmiştir.⁹ Cephede kurulan saha hastanesinin tıbbi personelinin büyük bir çoğunluğu İngilizlere ait olan Stafford House Komitesi cerrahları ile Şark Savaşı Yaralı ve Kurbanlarına Yardım Fransız Protestan Komitesi tarafından gönderilen iki Fransız cerrahtan oluşmaktaydı.¹⁰ Stafford House Komitesi cerrahlarının maaşı Hilal-i Ahmer Cemiyeti tarafından ödeniyordu. Bu iki komite dışında da cemiyet bünyesinde çokça yabancı hekim hizmet vermiştir. Bu hekimlerin ordu kumandanları ve ordu sıhhiyesi ile ilişkileri genellikle yapıcı ve olumlu olmuştur. Bu da gösteriyor ki çatışma bölgelerinde verilen sağlık hizmeti aslında birbirinden oldukça farklı toplumların bireyleri arasında bir hoşgörü ve barış köprüsü oluşturmuştur. Hilal-i Ahmer Cemiyeti cephede sağlık hizmeti verirken gayrimüslim ya da müslüman, düşman ya da dost ayırt etmeden yardım etmiştir. Zira sağlık hizmetleri tarafsız gerçekleştirilmesi gereken faaliyetlerdir. Cemiyet hem Rus hattında kalan Osmanlı savaş esirlerine hem de cephe savaşları sırasında ele geçirilen Rus savaş esirlerine yardım etmiştir. Araştırmalarımız sonucunda rastladığımız Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin yardım ettiği bu Rus askerlerden birinin mektubunda Asker, gördüğü insani muameleyi ayrıntısıyla anlatmıştır. Asker; çok güzel tedavi edildiğini, doktorların ve diğer görevlilerin şefkatini ve merhametini, kendisine temiz çamaşırlar verildiğini, üç öğün sıcak yemek dağıtıldığını, durumunun gayet iyi olduğunu ailesine bildirmiş ve savaşın bitmesi için dua ettiğini yazmıştır.¹¹ Farklı toplumdan olması bir yana savaş esnasında karşı devletin askerine dahi böyle tarafsızca, merhametle yalnızca yardım etmek amacıyla yaklaşılması aslında sağlığın barışa katkıda bulunabileceğini gösteren etkenlerden en önemlisidir. Bu doğrultudaki örneklerden bir diğeri ise Stafford House Komitesi cerrahlarından birinin Hilal-i Ahmer Cemiyeti ile ilgili yazdığı telgrafıdır. Dr. W. L. Soney'in 19 Kasım 1877 tarihli telgrafında cemiyetin esirlere karşı tutumu hakkında yazdıkları Rus askerinin ailesine yolladığı mektupta yazanları doğrular niteliktedir.

⁹ Şimşek, M. "Hilal-i Ahmer Cemiyeti Sarayönü Çiftliği", Tarih Araştırmaları Dergisi, 38, 2019, 419-443.

¹⁰ Ada, H. "Osmanlı Devleti'nin Hizmetinde İlk Modern Osmanlı Sivil Toplum Örgütü: Osmanlı Hilâl-i Ahmer Cemiyeti (1868-1911)", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2011.

¹¹ Küçükateş Ş., Dokumacı T. İ., Kiremitçi M. Y., Gezin F. "Osmanlı Gazetelerinde Hilal-i Ahmer Cemiyeti", 2018, 36.

Doktor, Elena'da esir alınan Rus askerlerine sıcak yemekler verildiğini, kendisinin de dahil olduğu ekip tarafından yararlılara itina ile bakıldığını ve bu konuda Türklerin nezaketinin ve misafirperverliğinin hayranlık verici olduğunu dile getirmiştir.¹² Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin verdiği sağlık hizmeti ile barışa sağladığı katkının, yabancı uyruklu sağlıkçılar tarafından da ifade edilmiş olması oldukça kıymetlidir.

B. Trablusgarp Savaşı (1911-1912)

Sanayi devrimiyle birlikte Avrupa ülkeleri yeni pazar ve sömürge arayışlarına girmiş ve bununla birlikte bu devletler kendi aralarında Afrika topraklarını paylaşmıştır. Bu devletlerden biri olan İtalya ise kendine yakın bir konumda olan Kuzey Afrika'da kalan son Osmanlı toprağı Trablusgarp üzerine yoğunlaşmıştır. Savaş öncesinde Osmanlı Devleti iç karışıklıklar yaşamakta olup 2. Abdülhamit döneminde kaybedilen topraklar ve meydana gelen ayaklanmalar bu karışıklıklara sebebiyet vermiştir. İtalya, Osmanlı Devleti'nin bu durumundan faydalanarak 29 Eylül 1911'de Osmanlı Devleti'ne karşı savaş açmıştır. Savaşa hazırlıksız yakalanan Osmanlı Devleti, Hilal-i Ahmer Cemiyeti'ni derhal cepheye gitmek üzere görevlendirmiştir. Bunun üzerine cemiyet hızlıca bir ekip oluşturup cepheye doğru yola çıkmıştır. Cepheye giden Hilal-i Ahmer Cemiyeti hasta ve yaralıların tedavisinin yapılması için bir hastane kurmuş ve Trablusgarp Savaşı'nda 3.013 yaralı ve hastanın tedavisini yapmıştır.¹³ Savaş sırasında Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin birçok şubesinden Osmanlı'ya yardımlar getirilmiştir. Bunların başında Mısır ve Selanik Hilal-i Ahmerleri gelmiştir. Yardımlar bunlarla sınırlı kalmamıştır. Uluslararası Kızılhaç Cemiyetlerine yardım çağrısında bulunan Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin çağrısını yanıtızsız bırakmayan cemiyetlerden birisi İngiliz Salib-i Ahmer Cemiyeti olmuştur. Cemiyet bölgeye iki cerrah, bir yardımcı cerrah ve beş erkek hastabakıcı göndermiş ayrıca Zenuba'da bir sahra hastanesi açmıştır. Bunlar için gerekli harcamaların bir kısmını İngiltere Hükümeti karşılarken bir kısmını da İngiltere'de yaşayan Hint Müslümanları karşılamıştır.¹⁴ Yardımda bulunan tek devlet İngiltere olmamış, Alman Kızılhaçı da savaş sırasında Osmanlı Devleti'ne sağlık yardımı yapmıştır. Bu cemiyetlerin yolladığı sağlık heyetleri Derne, Garian, Şehat, Tobruk, Bingazi ve Suse'de seyyar hastaneler kurmuş ve yaralı ve hastalara yardım etmişlerdir.¹⁵ Savaş sırasında bir yandan cemiyetler sağlık yardımında bulunurken bir yandan da farklı ülkelerde yaşayan müslümanlar nakdi yardımlarda bulunup Hilal-i Ahmer Cemiyeti'ne toplanan paraları yollamıştır. Dolayısıyla barışa adım atılması bakımından bizzat sağlık hizmetleri vermenin yanında farklı ülkelerin yardımlaşmasında da Hilal-i Ahmer Cemiyeti aracı rol üstlenebilmiştir. Hilal-i Ahmer Cemiyeti, Osmanlı-Rusya savaşından sonra Trablusgarp Savaşı'na kadar uzun bir süre sağlık faaliyetlerine ara vermiştir. Trablusgarp Savaşı'nda farklı ülkelerin Kızılhaçları ile iş birliği içinde çalışmak hem uzun bir aradan sonra faaliyete geçen Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin hızlıca çalışmalarına adapte olmasını sağlamıştır hem de cemiyetin yardım faaliyetlerinde bulunurken eksik kaldığı noktaları kapatmasına yardımcı olup deneyim kazanmasına olanak tanımıştır. Kazandığı tecrübeler sayesinde cemiyet ilk kez sedyeci, hastabakıcı ve tımarcı yetiştirmek adına kurslar düzenlemiştir.¹⁶ Bu kurslarda ilk başlarda sadece erkekler olsa da zaman içinde kadınlar da kurslara katılım sağlamıştır.

¹² Ada, 107.

¹³ Nayman, S. "Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi'nin Tarihçesi ve Osmanlı Ülkesindeki Faaliyetleri (1863-1918)", Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.

¹⁴ Dağlar Macar, O. "Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin Kurumsal Tarihinde Önemli Bir Deneyim: Trablusgarp Savaşı (1911-1912)", Belleken, 81, 2017, 963.

¹⁵ Dağlar Macar, 960.

¹⁶ Nayman, 126.

Tüm bu bilgiler ışığında söyleyebiliriz ki uluslararası iş birlikleri hem yabancı milletlerin sağlık dağıtmak amacıyla bir araya gelmesini sağlamış hem Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin savaş alanındaki faaliyetleri bakımından tecrübe kazanmasına yardımcı olmuş hem de cemiyetin uluslararası zeminde tanınmasına olanak sağlamıştır.

C. Balkan Savaşları (1912-1913)

Trablusgarp Savaşı'ndan sonra gittikçe zayıflamış olan Osmanlı Devleti'nin bu durumundan faydalanmak isteyen Rusya, Makedonya'nın bölünmesi üzerinden Balkan Devletlerini Osmanlı'ya karşı kışkırtmaya başlamıştır. Bunun kaçınılmaz sonucu olarak önce Karadağ sonra Bulgaristan ve Sırbistan en sonda da Yunanistan, Osmanlı Devleti'ne karşı savaş ilan etmiştir. Balkanlar'da savaş sinyalleri ortaya çıktığı gibi Hilal-i Ahmer Cemiyeti Hüseyin Paşa'nın davetiyle toplantılar yapmış, gerekli masrafları listelemiş ve Osmanlı Bankası'na iletmıştır.¹⁷ Trablusgarp Savaşı'nda edinilen tecrübeler Balkan Savaşı'nda cemiyete çokça yardım etmiş ve işleri hızlandırmıştır. Hilal-i Ahmer, Balkan Savaşları sırasında yalnızca cephedeki askerlere değil savaştan kaçıp göç eden insanlara da yardım etmiştir. Cemiyet, savaş yaralılarının yanı sıra o dönemde baş gösteren kolera salgınından etkilenen halka da yardım etmiştir.¹⁸ Diğer savaşlarda olduğu gibi yine başka ülkelerin Salib-i Ahmer Cemiyetleri de yardımda bulunmuştur. İstanbul'a sıhhi heyet gönderen ülkelerin arasında İngiltere, Romanya, Almanya, İsveç, Belçika, Amerika, Felemenk, Fransa ve Rusya gibi ülkeler olmuştur.¹⁹ Bu ülkelerden bir kısmı da cephede seyyar hastaneler kurmuştur. Görüldüğü üzere yardım gönderen ülkeler arasında daha önce Osmanlı Devleti ile savaş meydanında karşı karşıya gelmiş ülkeler de bulunmaktadır. Aslında bu bile tek başına sağlığın tarafsız olduğunun ve barışa öncülük edebilecek temel taşlardan biri olduğunun kanıtı niteliğindedir.

D. Birinci Dünya Savaşı (1914-1918)

Trablusgarp ve Balkan Savaşları'ndan henüz çıkan Osmanlı Devleti bunların hemen ardından kendisini Birinci Dünya Savaşı içerisinde bulmuştur. Avusturya-Macaristan İmparatorluğu ile Sırbistan arasında patlak veren savaş kısa zamanda diğer ülkelerin de katılması ile bir dünya harbine dönüşmüştür. Almanya'nın yanında savaşa katılan Osmanlı Devleti yedi ayrı cephede savaşmıştır. Birinci Dünya Savaşı'na kadar önemli savaşlarda tecrübe kazanan ve birçok yerde şube açan Hilal-i Ahmer Cemiyeti için yine iş başa düşmüştür. Cemiyet yeniden savaş yaralılarına yardım ederken bir yandan da salgın hastalıklarla mücadele etmiştir. Öyle ki tıbbiyede okuyan son sınıf öğrencilerine dahi cephede yaralanan ve hastalanan askerlere yardım edilmesi için ihtiyaç duyulmuştur.²⁰ Cemiyet yalnızca Türk vatandaşlarına değil savaş esirlerine yardım etmiş ve ihtiyaçlarını gidermiştir. Balkan Savaşları'ndan sonra Osmanlı Devleti'nin talebi üzerine 1913 tarihinde Almanya tarafından kurulan Almanya Askeri Misyonu, gönüllü hemşirelik hizmeti ile başlayıp ilerleyen süreçte hastane, poliklinik, laboratuvar gibi sağlık birimleri açan ve 1915 yılında da Osmanlı, Almanya, Avusturya askerleri için sağlık hizmeti veren bir birim haline gelmiştir.²¹ Bununla birlikte diğer savaşlarda olduğu gibi farklı devletlerin Salib-i Ahmer

¹⁷ Kabadayı, A. "Hilal-i Ahmer Cemiyeti'ne Yapılan Dış Yardımlar (1877-1922)", Yüksek Lisans Tezi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

¹⁸ Türkmen, Z. "Balkan Savaşlarında Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin Osmanlı Ordusuna Yönelik Sağlık Hizmetleri", Belleten, 80, 2016, 514.

¹⁹ Türkmen, 514.

²⁰ Nayman, 135.

²¹ Nayman, 137.

Cemiyetleri birçok yardım göndermiştir. Örneğin Budapeşte Salib-i Ahmeri, Hilal-i Ahmer Cemiyeti'ne telgraf çekerek ihtiyaç duyulan malzemelerin listesini isterken Almanya Salib-i Ahmeri Şehit Muhtar Bey Hastanesi'ne yedi tane etüt makinesi yollamış, Avusturya Kızılhaçı da altı tane röntgen cihazı yollamıştır.²² Farklı din, dil ve kültürden devletlerin savaş ortamında bu şekilde dayanışması, toplumların barışına giden yolda mutlaka etkili olmuştur.

Birinci Dünya Savaşı sırasında Hilal-i Ahmer Cemiyeti'ne, başta Almanya ve Macaristan olmak üzere birçok yerden nakdi yardımlar da yapılmıştır. Bunların içinde Balkanlar'da yaşayan Osmanlı halkı ve çok sayıda gayrimüslim, Brezilya Kızılhaçı, İsviçre ve Arjantin halkı da vardır.²³ Bu noktada da toplumların sağlık için uzattığı elin birleştirici gücü görülmektedir.

IV. Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti'ne Teşekkür Mektupları

Savaşlarda ve doğal afetlerde birçok devletle iş birliği içinde olan Hilal-i Ahmer Cemiyeti, öncesinde de bahsettiğimiz üzere yalnızca kendi vatandaşlarına değil esir askerlere sağlık yardımında bulunmuştur. Cemiyetin esir askerlere karşı olan nazik, merhametli ve misafirperver yaklaşımı birçok devlet tarafından takdir edilip teşekkür mektubu almasını sağlamıştır. Araştırmalarımız sırasında karşımıza çıkan, Kızılay arşivinden elde ettiğimiz mektupların bazılarının orijinal metni aşağıdaki gibidir:

Amerika Salibi-i Ahmer Cemiyeti- *"İstanbul'daki fa'âliyetimizin ibtidâsından yani bir buçuk seneden beri müştereken çalışdığımız muhtelif zamânlarda hakkımızda gösterdiğiniz teshîlât ve mu'âvenetden dolayı size teşekkür etmemiz, merkez-i umûmîmizin cümle-i temenniyâtındandır."*²⁴

Salib-i Ahmer Delegatesi Dr. Roehrich'in Kayseri'deki teftişi sonrası yazdığı teşekkür mektubu- *"Anadolu'da Yunan üserâ-yı harbiyesinin teftişi sırasında hakkında lütfen bî-dirîğ buyurduğunuz teshîlât ve mu'âvenâtın teşekkürât-ı mahsûsa ve samîmânesini İstanbul'u terk etmezden evvel size arz u takdîm eylemek ehazz-ı âmâl-i kalbiyemdenidir. Aramızla bu vesîle ile vücûd bulan münâsebât-ı ber-güzîdenin en latîf hâtîrâtıyla bizzât vâyedârım ve Beynelmîlel Salîb-i Ahmer Komitesi'nin murahhası sıfatıyla gördüğüm hüsn-i kabûlün sâlifü'l-arz komite ile Hilâl-i Ahmer arasında daha velûd ve teşrîk-i mesâ'î husûsunda daha samîmî bir devre-i münâsebât küşâd etmesini pek ziyâde temennî ederim. Mesâib-i harbiyenin te'sîrât-ı elîmesi altında inleyen bedbaht ahâlînin için ibzâl edilecek hidemât-ı mebrûke-i mu'âvenetkârâne, münâsebâtımızın inkişâf ve takviyesine bir vesîle-i cedîde teşkîl edecektir. İhtirâmât-ı fâikama âid te'mînâtın lütfen kabûlünü ricâ ederim, efendim."*²⁵

Fransız Salib-i Ahmer Cemiyeti- *"Hilâl-i Ahmer'in Anadolu'da Kayseri Üserâ Garnizonu'nda bulunmuş olan Fransız üserâsına yaptığı mu'âvenetden dolayı gerek zât-ı âlînize gerek Ankara murahhaslığı reîsine teşekkür etmek için bana bahşedilen bu fırsattan istifâde ediyorum. Cem'iyet-i hayriyeniz sâyesindedir ki, vatandaşlarımıza, esîr olan akrabâsına mu'âvenet etmek imkânını bahş ve üserâ mektûblarının mübâdelesini teshîl edebildik."*²⁶

Arşivlerden edindiğimiz bu mektuplar, çatışmalar dolayısıyla gerilen devletler arası ilişkilerin olumlu bir yöne doğru çekilmesinde sağlık müdahalelerinin tarafsız olmasının büyük bir rol oynadığını göstermektedir.

²² Kabadayı, 69.

²³ Kabadayı, 57-58.

²⁴ Hilal-i Ahmer Mecmû'aları Arşivi, C. 1, 2020:38

²⁵ Hilal-i Ahmer Mecmû'aları Arşivi, C. 1, 2020:209

²⁶ Hilal-i Ahmer Mecmû'aları Arşivi, C. 1, 2020:311

Sonuç

Peace through Health uygulaması, savaşlar esnasında sağlık çalışanlarının, din, dil, ırk ayırmaksızın, tarafsızca yaptığı müdahalelerin barışa katkıda bulunabileceğini öngören bir akademik disiplindir. Bu çalışmada odağımıza aldığımız Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti 1868 yılında uluslararası bir yardım kuruluşu olan Kızılhaç'tan esinlenerek kurulmuş olan bir yardım cemiyetidir. Kuruluşundan itibaren birçok savaşta büyük rol oynayan cemiyet ilk önemli faaliyetini Osmanlı- Rus Savaşı'nda gerçekleştirmiştir. Osmanlı-Rus Savaşı'nın ardından uzun bir süre faaliyetlerine ara veren cemiyet bu aranın ardından ilk kez Trablusgarp Savaşı'nda tekrardan faaliyet göstermiştir. Bu savaştan sonra da art arda patlak veren Balkan Savaşları ve Birinci Dünya Savaşı ile Hilal-i Ahmer Cemiyeti durmaksızın yardım çalışmalarına devam etmiştir. Uzun yıllar en çok da savaş meydanlarında faaliyet gösteren cemiyet faaliyetleri sırasında birçok yabancı devletten ve bu devletlerin Kızılhaçlarından yardım almıştır. Uluslararası alanda sağlanan bu işbirlikleri devletlerin ilişkilerine ve de iletişimlerine olumlu yansımıştır. Araştırmalarımız sırasında Kızılay Mecmuaları arşivinden edindiğimiz ve Kızılhaç ile Hilal-i Ahmer Cemiyeti arasındaki mektup trafiğinde oldukça sık rastlanan teşekkür mektupları bunun kanıtı niteliğindedir. Araştırmalarımızda yararlandığımız Osmanlı Gazete arşivlerinde bulunan savaş esirlerinden bazılarının ailelerine gönderdiği mektuplar ve Kızılhaç tarafından Hilal-i Ahmer Cemiyeti'ne ait hastanelerde yapılan teftişler sonucunda yazıya geçirilen olumlu kayıtlar gösteriyor ki uluslararası iş birliklerinin devletler arasındaki ilişkilere olumlu yansımalarının yanı sıra Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin cephede yaralı ve hasta askerlere yardım ederken esir askerleri gayrimüslim diye ayırtırmadan Osmanlı ordusunun askeri ile aynı muamelede bulunması, yabancı ve Türk hekimlerin bir arada aynı amaç için çalışması gayrimüslim ve müslümanlar arasında hoşgörü temelli bir barış köprüsü oluşmasına olanak sağlamıştır. Sağlığın barışı sağlamakta ve toplumlar arası zedelenmiş ilişkileri onarmakta oldukça önemli katkıları olduğunu savunan Peace through Health uygulaması ile Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin faaliyetlerini karşılaştırdığımız bu araştırma neticesinde görüyoruz ki 1990'lı yıllarda bir akademik disiplin olarak ortaya atılmış olan Peace through Health uygulaması ile aynı görüş ve doğrultuda olan birçok faaliyete, kuruluşu 1860'lı yıllara uzanan ve bir yardım cemiyeti olan Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin çalışmaları vasıtasıyla Osmanlı tarihinde de rastlanılmıştır.

KAYNAKÇA

İnternet Kaynakları

<https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/turk-kizilay-cemiyeti/?pdf=3310>, son erişim tarihi: 09.08.2024.

https://www.humanities.mcmaster.ca/~peace_health/about.html, son erişim tarihi: 07.08.2024.

Arşiv Kaynaklar

Hilal-i Ahmer Mecmuaları Arşivi, C. 1, 2020.

Kitap ve Makaleler

Ada, H. "Osmanlı Devleti'nin Hizmetinde İlk Modern Osmanlı Sivil Toplum Örgütü: Osmanlı Hilâl-i Ahmer Cemiyeti (1868-1911)", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2011.

Anameriç, H. "Türk Kızılay'ının (Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti) Savaş Esirlerine Kitap ve Kütüphane Hizmetleri (1912-1922)", 58, Erdem, 2010, 19-44.

Çağlayan, S. “Sağlıkçılara Yönelik Uluslararası Hukuk Eğitiminin Gerekliliği: Ukrayna-Rusya Savaşı Üzerinden Bir Değerlendirme”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13, 391-415, 2023.

Çapa, M. “Balkan Savaşı’nda Kızılay (Osmanlı Hilal-i Ahmer) Cemiyeti”, 1, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 1990, 89-115.

Dağlar Macar, O. “Hilal-i Ahmer Cemiyeti’nin Kurumsal Tarihinde Önemli Bir Deneyim: Trablusgarp Savaşı (1911-1912)”, Belleten, 81, 2017, 947-986.

İlçin, İ. “Balkan Savaşları Sırasında Hilal-i Ahmer Cemiyeti’nin İstanbul’daki Faaliyetleri”, Turkuaz Uluslararası Türk Dünyası Bilimsel Araştırmalar Dergisi, 1, 2020, 70-81.

Kabadayı, A. “Hilal-i Ahmer Cemiyeti’ne Yapılan Dış Yardımlar (1877-1922)”, Yüksek Lisans Tezi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

Karakış, S. “Kamu Hastanelerinde Çalışan Hemşirelerin Afetlere Hazır Oluşluk Durumları ve Psikolojik Sağlamlıkları”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

Küçükateş Ş., Dokumacı T. İ., Kiremitçi M. Y., Gezin F. “Osmanlı Gazetelerinde Hilal-i Ahmer Cemiyeti”, 2018.

Nayman, S. “Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi’nin Tarihçesi ve Osmanlı Ülkesindeki Faaliyetleri (1863-1918)”, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.

Serin, M. “Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti”, Arşiv Dünyası, 1, 11-14.

Sertel, S. “Salib-i Ahmer ile Hilal-i Ahmer’in Kurucuları ve Kuruluş Süreci”, Bengi: Dünya Yörük-Türkmen Araştırmaları Dergisi, 2, 2022, 9-25.

Şimşek, M. “Hilal-i Ahmer Cemiyeti Sarayönü Çiftliği”, Tarih Araştırmaları Dergisi, 38, 2019,419-443.

Türkmen, Z. “Balkan Savaşlarında Hilal-i Ahmer Cemiyeti’nin Osmanlı Ordusuna Yönelik Sağlık Hizmetleri”, Belleten, 80, 2016, 483-518.

ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜNDE DNA HASARI: HUMPERT VE DİĞERLERİ v. ALMANYA KARARI
DNA DAMAGE IN RIGHT TO FREEDOM OF ASSOCIATION: DECISION OF HUMPERT AND OTHERS V.
GERMANY

Dr. Seda ÖZKAN*

ÖZET

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) 11'inci maddesi kapsamında güvencelenen örgütlenme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olan grev hakkı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) verdiği *Humpert ve Diğerleri v. Almanya* kararında kamu görevlileri yönünden değerlendirilmiştir.

İHAM, grev hakkı tanınmamasının kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğüne özüne dokunmadığı kanaatiyle *Humpert ve Diğerleri v. Almanya* kararında 11'inci maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Oysa grev hakkı, şüphesiz, sendika özgürlüğünün esas unsurudur ve bu bağlamda kamu görevlilerine grev hakkının tanınmamış olması örgütlenme özgürlüğünün özüne dokunmaktadır. Hatta *Humpert ve Diğerleri v. Almanya* kararında karşı oy kullanan yargıcın veciz deyimiyle ifade etmek gerekirse, grev hakkının tanınmaması örgütlenme özgürlüğünde DNA hasarı oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu karar, İHAM içtihadındaki sapmanın ve geriye dönüşün de göstergesi sayılabilecek niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: grev yasağı, grev hakkı, sendika özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, kamu görevlisi.

ABSTRACT

The right to strike, which is an integral part of the right to freedom of association guaranteed by Article 11 of the European Convention on Human Rights (ECHR), was assessed by the European Court of Human Rights (ECtHR) in the case of *Humpert and Others v. Germany* in relation to civil servants.

In case of *Humpert and Others v. Germany*, the ECtHR concluded that the denial of the right to strike did not violate the essence of the right to freedom of association of civil servants and that there was no violation of Article 11.

However, the right to strike is undoubtedly an essential element of the right to freedom of association and, in this context, the denial of the right to strike to civil servants violates the essence of the right to freedom of association. Indeed, in the words of the dissenting judge in case of *Humpert and Others v. Germany*, the denial of the right to strike constitutes a DNA damage to the right to freedom of association. Therefore, this decision can be seen as an indicator of the deviation and reversal in the case law of the ECtHR.

* Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, sedaozkan@trakya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7157-7881.

Keywords: ban on strike, right to strike, trade-union freedom, right to freedom of association, civil servant.

GİRİŞ

İHAS'ın 11'inci maddesinde güvencelenen toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, İHAS'ın 9'uncu ve 10'uncu maddeleriyle birlikte demokratik toplum düzeninin koruyucusu özgürlükler¹ olarak görülmektedir. Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü² esasen ifade özgürlüğünün kolektif ve örgütlü görünümünü oluşturmaktadır.

Örgütlenme özgürlüğü herkese tanınmış bir hak olup bu hakkın kullanılması; yasayla öngörülen, İHAS'ın 11'inci maddesinin 2'nci fıkrasında sınırlı olarak sayılan meşru amaçlara hizmet eden ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalar dışındaki herhangi bir başkaca sınırlamaya tabi tutulamamaktadır. Bununla birlikte, İHAS'ın 11'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince hakkın kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensupları bakımından meşru sınırlamalar getirilmesi de mümkündür.

Örgütlenme özgürlüğü, mesleki çıkarları korumayı amaçlayan sendikal özgürlükleri de içermekte olup buna koşutlukla sendika kurma ve sendikaya üye olma haklarını da güvencelemektedir. Bu bildirinin amacı, sendikal özgürlüklerin varlığına dâhil olan grev hakkının, sendika özgürlüğünün esas unsuru olup olmadığı tartışması doğrultusunda *Humpert ve Diğerleri v. Almanya* kararını değerlendirmek ve İHAM'ın vardığı sonucu sorgulamaktır.

I. HUMPURT VE DİĞERLERİ v. ALMANYA KARARI: ULUSAL MAHKEMELERİN YAKLAŞIMIYLA MEMURLARIN GREV HAKKI

A. Olay Örgüsü

Humpert ve Diğerleri v. Almanya kararı, Alman vatandaşı olan Bayan Karin Humpert, Bayan Kerstin Wienrank, Bay Eberhard Grabs ve Bayan Monika Dahl tarafından İHAS'ın 34'üncü maddesine dayanılarak İHAM'a sunulan dört başvurudan kaynaklanmaktadır³.

Humpert ve Diğerleri v. Almanya kararına konu olan somut olayda, başvurucular, Almanya'nın farklı eyaletlerindeki devlet okullarında görev yapan memur statüsündeki dört öğretmendir⁴.

¹ İHAS'ın demokratik toplum düzenini koruyan "üç silahşor"u; 9'uncu, 10'uncu ve 11'inci maddeler olup "Üç Silahşor" romanından esinle dördüncü silahşor 8'inci maddedir. Bu alegori için bkz. ÖZKAN, Seda: "Toplanma Özgürlüğünün Anatomisi", *İnsan Hakları Seminerleri Dizisi: 28 Aralık 2020 - 26 Mayıs 2021 (Çevrimiçi) Scpo Marmara*, Editörler: Pınar Dikmen / Göksu Işık / N. Betül Yağcı Başer, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 197.

² Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAN, Ulaş: Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018; ŞİRİN, Tolga: 30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

³ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, B. No: 59433/18, 59477/18, 59481/18, 59494/18, 14/12/2023, § 1.

⁴ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 8.

Her bir başvurucu hakkında açılan disiplin soruşturması sonucunda ilkokul öğretmeni olan birinci başvurucu Bayan Humpert, greve katılmasından dolayı dersine girmediği gerekçesiyle kınama cezası⁵; meslek okulu öğretmeni olan ikinci başvurucu Bayan Wienrank ile ortaokul öğretmeni olan üçüncü başvurucu Bay Grabs, greve katılmalarından dolayı derslerine girmeyerek işe izinsiz gelmedikleri gerekçesiyle 100 avro idari para cezası⁶ ve ortaokul öğretmeni olan dördüncü başvurucu Bayan Dahl, greve katılmasından dolayı derslerine girmeyerek izinsiz devamsızlık gösterdiği gerekçesiyle 1500 avro idari para cezası almıştır⁷.

Başvurucular, haklarında açılan disiplin soruşturmaları sonucunda kendilerine disiplin veya idari para cezası uygulanmasına ve bunların dayanağı olan memurlara dönük grev yasağına istinaden İHAS'ın 35'inci maddesi uyarınca iç hukuk yollarını tüketmelerinin akabinde İHAS'ın 11'inci maddesinde güvencelenen örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla İHAM önünde şikâyetçi olmuştur⁸.

Bu dört öğretmen, İHAM önünde şikâyetçi olmadan önce idare mahkemelerine ve Federal Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

B. İdare Mahkemelerinin Değerlendirmesi

Başvurucular, Anayasa'nın ve eyaletlerde devlet memuru statüsünü düzenleyen yasaların ilgili maddeleri uyarınca kendilerine uygulanan disiplin veya idari para cezasının dayanağı olan kararların iptali için idare mahkemelerine⁹ başvurmuşlarsa da bundan sonuç elde edememiştir¹⁰. Nitekim - dördüncü başvuranın durumunu inceleyen idare mahkemesi hariç- ilk derece, istinaf ve temyiz idare mahkemeleri, Anayasa'nın 33'üncü maddesinin 5'inci fıkrasında¹¹ memurluğun geleneksel ilkelerine atıfta bulunulmasına istinaden yine Anayasa'nın 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında¹² güvencelenen

⁵ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 9.

⁶ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 10.

⁷ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 11.

⁸ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 3.

⁹ Almanya'daki idari yargı sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi: Almanya Çalışma Ziyareti Raporu (30 Mayıs 2022 - 2 Haziran 2022), Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2022, s. 5-10.

¹⁰ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 12.

¹¹ "(5) The law governing the public service shall be regulated and developed with due regard to the traditional principles of the professional civil service." Bkz. Basic Law for the Federal Republic of Germany, II. The Federation and the Länder, Article 33 [Equal citizenship – Public service], <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (23 Temmuz 2024).

¹² "(3) The right to form associations to safeguard and improve working and economic conditions shall be guaranteed to every individual and to every occupation or profession. Agreements that restrict or seek to impair this right shall be null and void; measures directed to this end shall be unlawful. Measures taken pursuant to Article 12a, to paragraphs (2) and (3) of Article 35, to paragraph (4) of Article 87a or to Article 91 may not be directed against industrial disputes engaged in by associations within the meaning of the first sentence of this paragraph in order to safeguard and improve working and economic conditions." Bkz. Basic Law for the Federal Republic of Germany, I. Basic Rights, Article 9 [Freedom of association], <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (23 Temmuz 2024).

sendika hakkına içkin grev hakkının memurlar yönünden yasaklandığına kanaat getirdiğinden başvuruçuların görevlerini ihlal ettiklerine karar vermiştir¹³.

Schleswig-Holstein, Stade ve Osnabrück İdare Mahkemeleri, birinci, ikinci ve üçüncü başvurular hakkında açılan disiplin soruşturmaları sonucunda verilen aleyhteki kararları onamıştır¹⁴.

Bu mahkemeler, onama gerekçelerini temellendirirken İHAM'ın *Demir ve Baykara v. Türkiye*¹⁵ ile *Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye*¹⁶ kararlarına atıfla devlet memurlarına dönük grev yasağının İHAS'ın 11'inci maddesiyle uyumlu olmadığını göz önünde tutmuşsa da bu yasağın, uluslararası kamu hukuku hükmü niteliğindeki İHAS'ın 11'inci maddesi doğrultusunda yorumlanarak değiştirilemeyecek olan Anayasa'nın 33'üncü maddesinin 4'üncü ve 5'inci fıkralarından doğduğunu ve bu bağlamda memurların durumunu düzenleyen anayasal ilkelerin özünün bir parçası olduğunu tespit etmiştir. Bu mahkemelerden ayrı yönde karar alan Düsseldorf İdare Mahkemesi, dördüncü başvuran hakkında açılan disiplin soruşturmasının, istihdam eden kurumundaki devlet kurumunca durdurularak İHAS'ın 11'inci maddesinin ihlal edilmesinden kaçınılması gerektiğine kanaat getirmiştir¹⁷.

İlk derece idare mahkemelerince verilen kararlar hakkında istinaf yoluna başvurulması üzerine, Aşağı Saksonya Eyaleti Yüksek İdare Mahkemesi, üçüncü başvuranın davasında, ilk derece idare mahkemesinin gerekçesini benimseyerek devlet memurlarına dönük grev yasağının Anayasa'dan ileri geldiğini yinelemiştir¹⁸.

Aynı mahkeme, ikinci başvuranın davasında, ilgili sorunların üçüncü başvuranın davasında kapsamlı bir şekilde ele alındığını belirterek ikinci başvuranın istinaf talebini reddetmiştir¹⁹.

Dördüncü başvuranın davasında, Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti Yüksek İdare Mahkemesi, yetkili makamın itirazı üzerine ilk derece idare mahkemesinin kararını bozmuştur. Dördüncü başvuranın temyiz yoluna başvurusu üzerine Federal İdare Mahkemesi, dördüncü başvuran hakkında verilen disiplin kararının, başvuranın kendi isteğiyle memuriyetten ayrılması dolayısıyla geçerliliğini yitirmişse de hukuka uygun olduğunu; ancak kendisine verilen idari para cezasının yerinde olmadığını ve 300 avro olarak belirlenmiş olması gerektiğini tespit etmiştir²⁰.

Federal İdare Mahkemesi, İHAM'ın *Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye*²¹ kararına atıfla dördüncü başvuranın, kamu hizmetindeki görevleri göz önünde bulundurulduğunda İHAS'ın 11'inci maddesi gereğince grevlere katılma hakkına sahip olduğunu vurgulamışsa da Anayasa'nın 33'üncü maddesinin 5'inci fıkrasının İHAS'a uygun olarak yorumlanamayacağını; çünkü devlet memurlarına dönük grev yasağının devlet memuru statüsünün özüne ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, Federal İdare

¹³ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 13.

¹⁴ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 14.

¹⁵ *Demir ve Baykara v. Türkiye [BD]*, B. No: 34503/97, 12/11/2008.

¹⁶ *Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye*, B. No: 68959/01, 21/04/2009.

¹⁷ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 14.

¹⁸ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 15.

¹⁹ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 16.

²⁰ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 17.

²¹ *Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye*, § 32.

Mahkemesi, yasa koyucunun, Anayasa ile İHAS arasındaki çatışmayı gidermeye çağrıldığını ancak bu süre zarfında Anayasa'nın 33'üncü maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca memurlara dönük grev yasağının uygulanmaya devam ettiğini de ifade etmiştir²².

Birinci başvuranın davasında, Schleswig-Holstein Eyaleti Yüksek İdare Mahkemesi, birinci başvuranın istinaf talebini reddetmiştir. Birinci başvuranın temyiz yoluna başvurması üzerine Federal İdare Mahkemesi, dördüncü başvuran hakkında verdiği karara atıfta bulunarak birinci başvuranın temyiz talebini reddetmiştir²³.

C. Federal Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

Başvurucular, haklarında verilen disiplin veya idari para cezasının dayanağı olan kararların idare mahkemelerince onanması üzerine Federal Anayasa Mahkemesi (FAYM) önünde anayasa şikâyetinde bulunmuşsa da burada da bekledikleri sonucu alamamıştır.

Başvurucuların her biri, devlet memuru statüsündeki öğretmenlerin grev yapmasının yasaklanmasından doğan kararların, Anayasa'nın 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında güvencelenen çalışma koşullarının ve ekonomik koşulların korunması ve geliştirilmesi amacıyla örgütlenme hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ayrıca başvurucular, idare mahkemelerinin, ulusal hukuk ile uluslararası kamu hukukunu uyumlu olarak yorumlamadığını iddia etmiştir. Bu bağlamda başvurucular, kamu otoritesinin temel unsurlarının kullanılmasını içeren görevlerde bulunmayan devlet memuru statüsündeki öğretmenlerin grev yapmasının yasaklanmasının İHAS'ın 11'inci maddesini ihlal ettiğini de ileri sürmüştür²⁴.

FAYM, başvurucuların anayasa şikâyetlerini reddetmiştir²⁵. FAYM'a göre; memurlara dönük grev yasağına istinaden verilen disiplin kararları, Anayasa'nın 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında güvencelenen çalışma koşullarının ve ekonomik koşulların korunması ve geliştirilmesi amacıyla örgütlenme hakkını ihlal etmemiştir²⁶.

FAYM, idare mahkemelerince onanan aleyhteki disiplin kararlarının, memurların Anayasa'nın 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında güvencelenen çalışma koşullarının ve ekonomik koşulların korunması ve geliştirilmesi amacıyla örgütlenme hakkına müdahale edildiğini²⁷ kabul etmekle birlikte memurluğun geleneksel ilkelerine atıfla bunun haklı bir müdahale olduğunu belirtmektedir²⁸. Ayrıca FAYM, grev hakkının, örgütlenme özgürlüğünün yalnız bir yönünü oluşturduğundan hareketle memurun sadakat yükümlülüğü ve yeterli geçim ilkesi gereği bu hakkın memurlara tanınmasının anılan yükümlülük ve ilke ile bağdaşmayacağını düşünmektedir²⁹. FAYM'a göre; bazı memurlar için dahi olsa grev hakkı tanınması,

²² Humpert ve Diğerleri v. Almanya, § 17.

²³ Humpert ve Diğerleri v. Almanya, § 18.

²⁴ Humpert ve Diğerleri v. Almanya, § 19.

²⁵ Humpert ve Diğerleri v. Almanya, § 20.

²⁶ Humpert ve Diğerleri v. Almanya, § 21.

²⁷ Humpert ve Diğerleri v. Almanya, § 22.

²⁸ Humpert ve Diğerleri v. Almanya, § 23.

²⁹ Humpert ve Diğerleri v. Almanya, § 25.

memurluk sistemini temelden sorgulatacak; en azından sadakat yükümlülüğü, ömür boyu istihdam ilkesi, yeterli geçim ilkesi ve ücretin de dâhil olduğu maddi haklar hakkında yasama organının düzenleme yapmasını gerektirecektir. FAYM, memurluk sisteminde hak ve görevlerin birbiriyle ilişkili olduğunu göz önünde tutarak herhangi bir hak veya görevin genişletilmesi durumunda bunun diğer hak ve görevlerde değişikliğe yol açtığını vurgulamakta; memur statüsünün, yalnız albenili olanları seçme fırsatı (cherry-picking) tanımadığını belirtmektedir³⁰. Ayrıca FAYM, memurların, kamu otoritesini kullananlar ve kullanmayanlar şeklinde ayrılmasının getireceği zorlukları da dikkate alarak grev yasağının yalnız kamu otoritesini kullanan memurlara uygulanmasını benimsememektedir³¹. FAYM'a göre, grev hakkının tanınmaması, memurlar açısından örgütlenme özgürlüğünü ortadan kaldırmamakta; onu tamamen etkisiz bırakmamaktadır. FAYM bunu temellendirirken, memurlara grev hakkı tanınmamış dahi olsa tanınan diğer hakların bunu telafi edebilecek nitelikte olduğunu ileri sürmektedir³². Bu nedenle FAYM, memurlara dönük grev yasağının İHAS'ın 11'inci maddesinin 2'nci fıkrasına aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. FAYM bu sonuca ulaşırken, grev hakkının, sendikal özgürlüklerin esas unsurunu oluşturduğunun İHAM içtihadında tespit edilmediğini *Ulusal Demiryolu, Denizcilik ve Taşımacılık İşçileri Sendikası v. Birleşik Krallık*³³ kararına atıfla belirtmiş ve aynı karara işaret ederek sendikal özgürlüğe getirilen kısıtlamanın hakkın özüne dokunması durumunda ulusal makamların takdir marjının daraldığına; hakkın özüne dokunmaması yani sendikal özgürlüğün ikincil/tali yönüne dokunması durumunda ise ulusal makamların takdir marjının genişlediğine³⁴ atıfta bulunmuştur³⁵. FAYM, takdir marjının belirlenmesi usulünden hareketle somut olaya yaklaşımında, başvurucuların katıldığı grevi düzenleyen Eğitim ve Bilim Sendikasının, hem devlet memuru hem de sözleşmeli devlet çalışanı statüsündeki öğretmenleri temsil ettiğini ancak yalnız sözleşmeli devlet çalışanı statüsündeki öğretmenler açısından eyaletlerdeki işveren birlikleriyle toplu sözleşme yapabileceğini; toplu pazarlık/görüşmede bulunabileceğini dikkate almaktadır. FAYM'a göre başvurucuların greve katılması, toplu pazarlık/görüşme sonuçlarının bir biçimde aktarımını sağlamaya ve toplu sözleşmenin imzalanmasını amaçlayan grevi desteklemeye yönelik olduğundan İHAS'ın 11'inci maddesi bağlamında esas unsur olmayıp ikincil/tali niteliktedir³⁶ ve bu nedenle devletin takdir marjı genişlemektedir³⁷. Ayrıca FAYM, devlet memuru statüsündeki öğretmenleri, İHAS'ın 11'inci maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında örgütlenme özgürlüğü sınırlanabilecek devlet görevlilerinden kabul etmektedir³⁸.

³⁰ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 26.

³¹ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 27.

³² *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 29.

³³ *Ulusal Demiryolu, Denizcilik ve Taşımacılık İşçileri Sendikası v. Birleşik Krallık*, B. No: 31045/10, 08/04/2014, § 84.

³⁴ *Ulusal Demiryolu, Denizcilik ve Taşımacılık İşçileri Sendikası v. Birleşik Krallık*, § 87.

³⁵ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 32-33.

³⁶ *Ulusal Demiryolu, Denizcilik ve Taşımacılık İşçileri Sendikası v. Birleşik Krallık*, § 88.

³⁷ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 32.

³⁸ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 33-35.

II. HUMPERT VE DİĞERLERİ V. ALMANYA KARARI: İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMIYLA MEMURLARIN GREV HAKKI

A. Başvurucuların Savları

Başvurucular, iç hukuktaki yolları tükettikten sonra, mesai saatleri içinde greve katılmalarından dolayı aldıkları disiplin cezalarının ve bu cezaların dayandırıldığı memurlara dönük grev yasağının İHAS'ın 11'inci maddesini ihlal ettiği iddiasıyla şikâyetlerini İHAM önüne taşımıştır³⁹.

Başvuruculara göre; *Demir ve Baykara v. Türkiye*⁴⁰ kararında İHAM, toplu görüşme/sözleşme hakkını örgütlenme özgürlüğünün esas unsuru olarak tanımladığından buna koşul olarak grev hakkı da sendika özgürlüğünün esas unsuru olmakta ve tüm memurların grev hakkından mahrum bırakılmaları, 11'inci madde uyarınca örgütlenme özgürlüğünün esas unsuru kabul edilen toplu sözleşme hakkından da mahrum bırakılmaları anlamına gelmektedir⁴¹. Başvurucular ayrıca, 11'inci maddenin 2'nci fıkrasındaki devlet memuru niteliğini dikkate alarak kamu otoritesini kullanmayan memurlar için grev yasağının getirilemeyeceğini; sınırlama hükmünün dar yorumlanması gerektiğini ve öğretmenlerin 11'inci maddenin 2'nci fıkrası anlamında kamu otoritesini kullanan memurlardan olmadığını ifade etmektedir. Başvurucular, *Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye*⁴² kararlarına atıfta bulunarak grev yasağının tüm kamu görevlilerini kapsamaması gerektiğini ve *Kaya ve Seyhan v. Türkiye*⁴³, *Urcan ve Diğerleri v. Türkiye*⁴⁴, *Saim Özcay v. Türkiye*⁴⁵, *İsmail Sezer v. Türkiye*⁴⁶ kararlarına atıfta bulunarak kamu görevlisi olan öğretmenlerin sınırlama hükmüne dâhil olan memurlardan olmadığını vurgulamaktadır⁴⁷. Bu nedenle başvurucular, memur statüsündeki öğretmenlerin yerine getirdikleri hizmete istinaden grev yasağına tabi oldukları savının yerinde olmadığını ileri sürmektedir; çünkü bu sav yerinde olsaydı beklenen, grev yasağının yalnız memur statüsündeki öğretmenlere değil tüm öğretmenlere uygulanması olacaktır. Ayrıca greve katılan öğretmenler, öğrencilerin eğitim hakkını gözetmiş ve uzun süreli değil kısa süreli grevlere katılmıştır. Başvuruculara göre; grev hakkının tanınmaması, mutlak bir yasaktır ve başkaca hakların tanınmasıyla telafi edilebilir değildir⁴⁸.

B. Hükûmetin Savunması

Hükûmet, başvuranların örgütlenme özgürlüğüne dönük müdahalenin 11'inci maddenin 2'nci fıkrasının 1'inci cümlesi uyarınca haklı bir müdahale olduğunu ileri sürmektedir. Bu bağlamda Hükûmet, müdahalenin, Anayasa'nın 33'üncü maddesinin 5'inci fıkrasından kaynaklanmasına istinaden yasal

³⁹ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 76.

⁴⁰ *Demir ve Baykara v. Türkiye*, § 154.

⁴¹ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 77.

⁴² *Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye*, § 32.

⁴³ *Kaya ve Seyhan v. Türkiye*, B. No: 30946/04, 15/09/2009.

⁴⁴ *Urcan ve Diğerleri v. Türkiye*, B. No: 23018/04, 23034/04, 23042/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23086/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04, 23676/04, 17/07/2008.

⁴⁵ *Saim Özcay v. Türkiye*, B. No: 22943/04, 15/09/2009.

⁴⁶ *İsmail Sezer v. Türkiye*, B. No: 36807/07, 24/03/2015.

⁴⁷ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 78-79.

⁴⁸ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 80-81.

dayanağının bulunduğunu; eğitim hakkının korunmasına istinaden başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma meşru amacının gözetildiğini ve memur statüsündeki öğretmenlerin bu statüden doğan avantajlı durumlarına istinaden demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Hükûmet, başvuruların atıfta bulunduğu *Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye* kararındaki çıkarımların somut olaya uygun olmadığını da iddia etmektedir⁴⁹.

Hükûmet, memurluk sisteminin gereklerine atıfla Federal Anayasa Mahkemesinin sunduğu gerekçelerin geçerli olduğunu vurgulamakta ve memurun sadakat yükümlülüğü ile grev hakkının bağdaşamayacağını ifade etmektedir. Hükûmete göre; memurlara grev hakkının tanınması, memurluk sistemindeki hak ve görevlerin birbiriyle ilişkisi bağlamında işleyişi bozacağından ve buna istinaden sistemin bütününe değiştirmek bir seçenek olamayacağından memur statüsü gereğince öğretmenlerin grev hakkı kısıtlanamıyorsa bu durumun çözümü gelecekte öğretmenlerin tamamen özel hukuk rejimi altında istihdam edilmeleri olacaktır⁵⁰.

Hükûmet, örgütlenme özgürlüğünün esas unsurlarının grev hakkını da içerecek kadar genişletilmediğini⁵¹ belirtmektedir. Hükûmet devamında, iHAS'ın 11'inci maddesine uygunluk bakımından yapılan değerlendirmede, Taraf Devletin sendika özgürlüğünü güvenceye almak amacıyla aldığı tüm tedbirlerin göz önünde tutulması gerektiğini⁵² vurgulamaktadır. Hükûmete göre; öğretmenlerin memur statüsünde istihdam ediliyor oluşu ve buna istinaden grev yasağına tabi olması, (memur statüsünde olmayan öğretmenler kastedilerek) öğretmenlerin yaptıkları grevler nedeniyle derslerin iptal edilmesi ihtiyacını en aza indirdiği için yüksek kalitede kamu eğitiminin sürekli olarak sağlanmasını garanti etmektedir. Ayrıca Hükûmet, grev yasağının kamu sektörünün tamamına yönelik olmadığını; yalnız memur statüsünde çalışanların grev yapmama yükümlülüğü olduğunu ve başvurucuların toplanma özgürlüğüne müdahale edilmediğinden somut olayın, *Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye, Urcan ve Diğerleri v. Türkiye, Kaya ve Seyhan v. Türkiye* kararlarıyla örtüşmediğini ifade etmektedir. Hükûmet, başvurucuların mesai saatleri dışında greve katılmalarının herhangi bir soruna yol açmayacağını; ders saatlerinde grev yapmama yükümlülüğü ihlal edildiği için başvuruculara orta kademedeki disiplin cezası verildiğini ve buna istinaden verilen cezaların, başvurucuları diğer sendikal faaliyetlere katılmaktan caydıracak bir etkiye sahip olamayacağını belirtmiştir⁵³.

C. Üçüncü Taraf Görüşleri

a. Danimarka Hükûmeti:

Danimarka Hükûmeti; kamu sektöründe istihdam edilenlere grev hakkı tanınıp tanınmaması hususunda Taraf Devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu ve bu yetki dâhilinde kamu sektöründe istihdam edilenlere dönük grev yasağı uygulanabilmesinin de mümkün olduğunu belirtmiştir.

⁴⁹ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 85.

⁵⁰ *Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye*, § 88.

⁵¹ *Ulusal Demiryolu, Denizcilik ve Taşımacılık İşçileri Sendikası v. Birleşik Krallık*, § 84.

⁵² *Demir ve Baykara v. Türkiye*, § 144.

⁵³ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 89-92.

Danimarka Hükûmetine göre; grev yasağının kapsamının gereğinden daha geniş olmaması ve grev yapmama yükümlendirilen öğretmenlerin çıkarlarının başkaca haklarla korunması koşuluyla grev hakkına dönük müdahale 11'inci maddenin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesi bakımından haklı görülmektedir⁵⁴.

b. Avrupa Sendikaları Konfederasyonu, Alman Sendikaları Konfederasyonu, Eğitim ve Bilim Sendikası

Avrupa Sendikaları Konfederasyonu, Alman Sendikaları Konfederasyonu, Eğitim ve Bilim Sendikası; tüm memurlara ve özellikle kamu otoritesinin kullanımını içeren görevleri yerine getirmeyen öğretmenlere dönük mutlak grev yasağını İHAS'ın 11'inci maddesini ihlal ettiğini ve grev hakkının 11'inci maddenin esas unsuru olarak tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu örgütlere göre; öğretmenlere dönük grev yasağı, diğer başkaca hakların tanınmasıyla yeteri kadar telafi edilmiş değildir ve öğretmenlerin memur statüsünde istihdam edilip edilmeme hususu, eğitiminin sağlanmasından ziyade maliye ve işgücü piyasası politikalarıyla ilişkilidir⁵⁵.

c. Memurlar Örgütü ve Toplu Sözleşme Sendikası

Memurlar Örgütü ve Toplu Sözleşme Sendikası; Türkiye'de ve Almanya'da istihdam edilen memurların durumlarının örtüşmediğine istinaden grev yasağı hakkında Türkiye aleyhindeki başvurularla oluşan İHAM içtihadının Almanya aleyhindeki başvurulara uygulanmayacağını ileri sürmektedir. Bu örgütlere göre; memur statüsünde istihdam edilenlerin, bu statüye dönük anayasal korumaya istinaden grev hakkını kullanmakla kazanabilecekleri herhangi bir maddi kazanım bulunmamaktadır⁵⁶.

C. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Değerlendirmesi

İHAM öncelikle, mutlak bir hak olmayan grev hakkına getirilen yasağın İHAS'ın 11'inci maddesi kapsamında olan sendika özgürlüğünün esas niteliğini etkileyip etkilemediği hususunun bu başvuruya kadar değerlendirilmediğini tespit etmekte; akabinde, grev hakkının sendika üyelerinin menfaatlerinin korunması ve savunulması bakımından başvurulacak önemli bir araç olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda İHAM, grev yasağının sendika üyelerinin örgütlenme özgürlüğüne kısıtlama getirdiğini kabul etmektedir⁵⁷. Ancak Mahkeme, grev hakkının mutlak olmadığını ve buna istinaden özellikle kamu otoritesini kullanan memurlara dönük grev yasağının sendika özgürlüğüyle bağdaşabileceğini; ayrıca, sendika üyelerinin menfaatlerinin korunması ve savunulması amacıyla başka araçların da mevcut olduğunu belirterek bu çıkarımı doğrultusunda grev yasağının sendika özgürlüğünün esas niteliğini etkileyip etkilemediği hususunda alternatif araçların mevcut olup olmadığına bakmayı tercih etmiştir⁵⁸.

⁵⁴ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 93-94.

⁵⁵ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 95-96.

⁵⁶ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 97.

⁵⁷ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 103-105.

⁵⁸ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 107-109.

Mahkeme somut olaya ilişkin değerlendirmesinde, greve katılmalarına istinaden disiplin cezasına çarptırılan başvuruların örgütlenme özgürlüğüne müdahale edildiğini; bu müdahalenin, Anayasa'nın 33'üncü maddesinin 5'inci fıkrası gereğince yasayla öngörüldüğünü; başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında eğitim hakkının güvence altına alınmasına hizmet ettiğini tespit etmiş ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemeye geçmiştir⁵⁹.

Memurlara dönük grev yasağının statüye dayandığını ve mutlak olduğunu gözlemleyen Mahkeme, grev hakkına getirilen bu kısıtlamanın ağır olarak nitelendirilebileceğini tespit etmektedir. Grev hakkı, sendikal faaliyetin önemli bir parçası olmakla birlikte, Mahkeme grev hakkının, mesleki çıkarların korunması bakımından tek yol olmadığını da yinelemektedir. Taraf Devletler, sendika özgürlüğüne dönük herhangi bir kısıtlama yüzünden bu özgürlüğün, özünü kaybetmemesini önledikleri sürece, alacakları önlemlerde İHAS'ın 11'inci maddesine uygunluğu sağlamak koşuluyla- ilke olarak serbesttir. Mahkeme bu bağlamda, grev hakkı dışında kamu görevlilerine tanınan diğer hakların, mesleki çıkarların etkili bir şekilde korunmasını sağlayıp sağlamadığını değerlendirmektedir⁶⁰.

Mahkeme ayrıca, kamu görevlilerine dönük genel bir yasak olmadığını, kamu hizmetinde sözleşmeli olarak istihdam edilenlerin grev hakkına sahip olduğunu gözlemlemektedir. Bu bağlamda Mahkeme, grev yasağına tabi olmaksızın kamu hizmetinde sözleşmeli olarak istihdam edilebilme olanağı tanınmasını, memur statüsünde istihdam edilenlere getirilen grev yasağının orantılılığının değerlendirilmesinde dikkate değer bulmaktadır⁶¹.

İHAM, memurlara dönük grev yasağının ağır olduğunu ancak grev hakkının sendika özgürlüğünün önemli bir unsuru olmakla birlikte mesleki çıkarları korumakta tek yol olmadığını yineleyerek memurlara tanınan diğer hakları göz önünde tutmuş ve somut olay bağlamında bunların, mesleki çıkarların etkili bir şekilde korunmasını sağladığına kanaat getirmiştir. Mahkeme buna koşutlukla, memurlara getirilen grev yasağının, sendika özgürlüğünün özünü ortadan kaldırmadığından hareketle İHAS'ın 11'inci maddesinde güvencelenen sendika özgürlüğünün esas unsurunu etkilemediğini belirtmiş ve ayrıca başvurulara verilen disiplin cezalarını da ağır bulmamıştır. Nihayet Mahkeme, aleyhine başvuru alan Taraf Devletin, somut olay bağlamında başvurulara karşı alınan önlemler bakımından takdir marjını aşmadığını ve bunların izlenen meşru amaçla orantılılığını tespit ederek oyçokluğuyla 11'inci maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır⁶².

SONUÇ

Mahkeme -her ne kadar grev hakkının, sendika özgürlüğünün esas unsuru olup olmadığına ilişkin değerlendirmeyi bu başvuruya kadar yapmamış olsa da- bu başvuruya kadarki içtihadında grev hakkının önemine uluslararası hukuka da atıfta bulunarak yer vermiştir. Grev yasağının, Taraf Devletlerin tanıdığı alternatif araçlara ve güvencelere bağlı olarak sendika özgürlüğünün esas niteliğini etkileyip

⁵⁹ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 113-118.

⁶⁰ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 123-128.

⁶¹ *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 139-142.

⁶² *Humpert ve Diğerleri v. Almanya*, § 144-147.

etkilemediğine karar verilmesi, Mahkemenin içtihadındaki tespitlerle uyumlu değildir. Ayrıca Mahkeme, yine içtihadında yer verdiği devlet memurlarının sadakat yükümlülüğü bağlamında derecelendirilmesi bakımından devletin egemenlik yetkisinin kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilmesi ölçütünü de yadsımıştır⁶³.

Karara tek muhalefet şerhini⁶⁴ düşen yargıç Serghides, grev hakkının öneminin ve bu bağlamda hakka getirilen yasağın sendika özgürlüğünün esas niteliğini etkileyip etkilemediği hususunda Mahkemenin ortaya koyduğu tercihi eleştirmektedir. Serghides'e göre, grev hakkı her durumda sendika özgürlüğünün esas niteliğine içkindir; onun vazgeçilmez bir unsurudur, ayrılmaz bir bileşenidir. Serghides grev hakkını, örgütlenme özgürlüğünün DNA'sının bir parçası ve demokratik toplumun en temel değerlerinden biri olarak görmektedir. Ayrıca Serghides, Mahkemenin, 11'inci maddenin 2'nci fıkrasına dayanılarak Taraf Devletlerce getirilebilecek kısıtlamalara ilişkin yorumunu da eleştirmektedir.

Yargıç Serghides'in Mahkemenin yaklaşımına yönelik eleştirileri yerindedir. Nitekim Serghides'in de vurguladığı üzere, Taraf Devletlerce getirilebilecek kısıtlamaların -somut olayda grev yasağının- takdir marjı içinde kalıp kalmadığı hususunda ilgili kısıtlamayı -grev yasağını- telafi edebilecek nitelikte başkaca önlemlerin alınıp alınmadığına bakılması, örgütlenme özgürlüğünce güvencelenen alanı, belirsiz ve öngörülemez kılmaktadır. Çünkü Mahkemenin vardığı sonuca göre, grev yasağının 11'inci maddeyi ihlal edip etmediği, grev hakkının tanınıp tanınmaması açısından değil grev hakkının yokluğunu telafi edici başkaca hakların mevcut olup olmaması açısından ele alınmaktadır.

Mahkeme bu kararlar yarattığı DNA hasarını onarmak için grev hakkının, örgütlenme özgürlüğünün kapsamında olan sendika özgürlüğü için esas unsur olduğunu kabul etmeli ve bu bağlamda grev yasağının sendika özgürlüğünün kullanımını anlamsız kılacağı hususunda şüpheye düşmemelidir. Bununla birlikte Mahkeme, memur kavramını dar yorumlaması gerektiğini⁶⁵ ve örgütlenme özgürlüğünün öznesinin herkes olduğunu yeniden dikkate alarak memurlara dönük kategorik grev yasaklarının Taraf Devletlere tanınan takdir marjı kapsamında kalamayacağını gözetmelidir. Bu yaklaşım, hem 11'inci maddenin hatalı yorumlanmasından uzaklaşılmasını hem de uluslararası hukukla örtüşen yoruma dönülmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Basic Law for the Federal Republic of Germany, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>.

Demir ve Baykara v. Türkiye [BD], B. No: 34503/97, 12/11/2008.

Enerji Yapı-Yol Sen v. Türkiye, B. No: 68959/01, 21/04/2009.

⁶³ *Pellegrin v. Fransa [BD]*, B. No: 28541/95, 08/12/1999, § 64-66; *Vilho Eskelinen ve Diğerleri v. Finlandiya [BD]*, B. No. 63235/00, 19/04/2007, § 62.

⁶⁴ Yargıç Ravarani, muhalefet şerhi düşmemekle birlikte grev yasağının kategorik olduğunu ve faaliyetin özelliğine değil memur statüsüne dayandığını akılda tutarak sorgulayıcı yaklaşmaktadır.

⁶⁵ *Vogt v. Almanya*, B. No: 17851/91, 26/09/1995, § 67; *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. İtalya*, B. No: 35972/97, 02/08/2001, § 31.

Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. İtalya, B. No: 35972/97, 02/08/2001.

Humpert ve Diğerleri v. Almanya, B. No: 59433/18, 59477/18, 59481/18, 59494/18, 14/12/2023.

İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi: Almanya Çalışma Ziyareti Raporu (30 Mayıs 2022 - 2 Haziran 2022), Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2022.

İsmail Sezer v. Türkiye, B. No: 36807/07, 24/03/2015.

KARAN, Ulaş: Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.

Kaya ve Seyhan v. Türkiye, B. No: 30946/04, 15/09/2009.

ÖZKAN, Seda: "Toplanma Özgürlüğünün Anatomisi", *İnsan Hakları Seminerleri Dizisi: 28 Aralık 2020 - 26 Mayıs 2021 (Çevrimiçi) Scpo Marmara*, Editörler: Pınar Dikmen / Göksu Işık / N. Betül Yağcı Başer, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Pellegrin v. Fransa [BD], B. No: 28541/95, 08/12/1999.

Saime Özcan v. Türkiye, B. No: 22943/04, 15/09/2009.

ŞİRİN, Tolga: 30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Ulusal Demiryolu, Denizcilik ve Taşımacılık İşçileri Sendikası v. Birleşik Krallık, B. No: 31045/10, 08/04/2014.

Urcan ve Diğerleri v. Türkiye, B. No: 23018/04, 23034/04, 23042/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23086/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04, 23676/04, 17/07/2008.

Vilho Eskelinen ve Diğerleri v. Finlandiya [BD], B. No. 63235/00, 19/04/2007.

Vogt v. Almanya, B. No: 17851/91, 26/09/1995.

İFLAS ETMİŞ KİŞİLERİN YÖNETİM KURULU ÜYESİ OLAMAMASININ ANAYASANIN ÇALIŞMA VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ HÜKÜMÜNÜN İHLALİ MESELESİNİN DERLENDİRİLMESİ

REVIEW OF THE ISSUE THAT BANKRUPT PERSONS NOT BECOMING BOARD MEMBERS OF THE ISSUE OF VIOLATION OF THE FREEDOM OF CONTRACT PROVISION

Doç. Dr. Nazım AKSOY*

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) "Üyeliğin boşalması" kenar başlıklı 363/II madde hükmünde "Yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer." denilmektedir. Ayrıca, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (AY) "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48'inci madde hükmünde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." denilmektedir. AY'nin söz konusu düzenlemesi çerçevesinde TTK'nın 363/II madde hükmü değerlendirildiğinde, anonim şirketlerde herhangi bir ayırım yapılmaksızın iflas etmiş kişilerin yönetim kurulu (YK) üyesi olamamasının öngörülmesi, kanaatimizce pek isabetli olmayacaktır. Bu hükmün revizyondan geçirilerek, sadece taksirli ve hileli iflas etmiş olan YK üyeliğine ilişkin olması durumunda, hiçbir kusuru veya kastı olmaksızın adi iflas eden birinin, her hangi bir suç oluşturmaması nedeniyle, itibarın iadesine de gerek olmaksızın YK üyesi seçilebilmesine olanak tanınması daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla TTK m. 363/II hükmünün bu haliyle, Anayasa'nın 48'inci madde hükmüyle güvence altına alınan çalışma ve sözleşme hürriyetinin açıkça kısıtlandığı söylenebilir. Bu bağlamda yapılacak bir kanun düzenlemesiyle TTK m. 363/II hükmünün değiştirilerek, taksirli ve hileli iflasa maruz kalan YK üyeliğine hasredilerek, adi iflas durumunun, itibarın iadesine gerek olmaksızın kişinin YK üyesi olarak atanmasının hukuken bir engel teşkil etmeyecek şekilde güncellenmesi daha adil bir düzenleme teşkil edebilir. Bu çalışmanın amacı TTK'nın mevcut düzenlemesinin çağdaş ve olması gereken düzenleme şekline bürünmesine katkıda bulunmaktır. Bunun yanı sıra, çalışmayla, özellikle son dönemlerde ekonomik çalkantılar sebebiyle oluşan iflaslarda hiçbir kusuru olmadığı halde iflasa sürüklenen birinin anayasal hakkı olan YK üyeliğinin elinden alınmasının engellenmesine yönelik daha adil bir durum oluşturulabilmesi bakımından, inceleme konusu düzenlemenin değiştirilmesi gerektiği düşüncesiyle konuya dikkat çekmek istenmiştir. Araştırma yönteminde Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG), ilgili içtihatlar ve literatür taramasına başvurularak açıklamalarda bulunulacaktır. Varılan sonuçlar öneri olarak ilgili kanun hükmünün değiştirilmesi gerektiği yönünde olup, konu tartışmaya açık bir şekilde sunulmuş ve değerlendirmeler yapılmıştır.

* Doç. Dr., Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, naksoy@mehmetakif.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1835-7476.

Anahtar kelimeler: Anonim Şirket, Hileli İflas, Yönetim Kurulu Üyeliği, Sözleşme Hürriyeti, Teşebbüs Hürriyeti, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu

ABSTRACT

In the provision of Article 363/II of the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC), titled "Discharge of Membership", it is stated that "If a member of the board of directors is declared bankrupt or his capacity is restricted, or if a member loses the legal conditions required for membership or the qualifications stipulated in the articles of association, the membership of this person will automatically terminate without the need for any action." It is said. Also, in the 48th article of the 1982 Constitution of the Republic of Turkey, titled "Freedom of work and contract", it is stated that " Everyone has the freedom to work and contract in any field they wish. It is free to establish private enterprises. The state takes measures to ensure that private enterprises comply with the requirements of the national economy and social goals and work in security and stability." It is said. When the provision of Article 363/II of the Turkish Commercial Code is evaluated within the framework of the said regulation of the Constitution, in our opinion, it would not be accurate to foresee that bankrupt persons cannot be members of the board of directors of joint stock companies without any discrimination. This provision should only be reserved for members of the board of directors who have gone bankrupt negligently or fraudulently, and a person who has become a simple bankrupt without any fault or intent should be allowed to be elected as a member of the board of directors without the need for restoration of reputation, as this does not constitute any crime. Therefore, TCC art. can be said that in this form of provision 363/II, the freedom to work and contract, guaranteed by the provision of Article 48 of the Constitution, is clearly restricted. With a legal amendment to be made in this context, TCC art. Provision 363/II should be amended and limited to membership of the board of directors who have been subjected to negligent and fraudulent bankruptcy, and the ordinary bankruptcy situation should be updated in a way that does not constitute a legal obstacle to the appointment of the person as a member of the board of directors without the need for restoration of reputation. The aim of this study is to contribute to the current regulation of the TCC in the form of a modern and necessary regulation. In addition, the study draws attention to the issue with the idea that the regulation under review should be changed in order to create a more fair situation to prevent the removal of the board membership, which is the constitutional right of someone who has been dragged into bankruptcy even though he has no fault, especially in bankruptcies that have occurred due to economic turmoil in recent times. Explanations will be made in the research method by regarding to the German Stock Corporation Act (AktG) relevant case law and literature review. The conclusions reached are that the relevant legal provision should be changed as a suggestion, and the issue will be presented openly for discussion and evaluated.

Keywords: Joint Stock Company, Fraudulent Bankruptcy, Membership of the Board of Directors, Freedom of Contract, Freedom of Enterprise, German Stock Corporation Act (AktG)

GİRİŞ

Anonim şirketlerde YK üyeliği konusu TTK m. 359-369'da düzenlenmiş olup, bu üyelerin atama ve seçimindeki sayı ve nitelikler TTK m. 359'da sıralanmıştır. Söz konusu maddenin 3 ve 4'üncü paragraflarında YK üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları ve üyeliği sona erdiren sebeplerin seçilmeye de engel olacağı açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte yine TTK'nın "*Üyeliğin boşalması*" kenar başlıklı 363/II madde hükmünde "*Yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer.*" denilmektedir. Söz konusu madde hükmünün "*veya*" kısmına kadar olan ilk cümlesinde madde hükmünün devamından farklı bir husus dile getirilmiştir. Şöyle ki, TTK m. 363/II hükmünün ilk cümlesinde "*veya*" kısmından sonra YK üyesinin ehliyetinin kısıtlanması ile gerekli kanuni şartlardan kaybından bahsedilmesi yine "*I - Atama ve seçim*" başlıklı ve "*1. Üyelerin sayısı ve nitelikleri*" kenar başlıklı TTK m. 359'la aynı doğrultuda olduğunun söylenmesine karşın, "*veya*" kısmından önceki cümlede geçen "*Yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir...*" hükmünün TTK m. 359'da geçen atamaya ilişkin hükmüyle bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Zira söz konusu maddede genel atama kıstaslarından bahsedilmişken ve hangi durumda atamanın yapılamayacağı açık bir şekilde çerçeve kural olarak belirlenmişken üyenin işletmenin dışında ve alanda, YK üyesinin kendi faaliyetiyle olan işlerinde adi iflası YK üyeliğinin iptali ve bu işlemin kanunen kendiliğinden olmasının hem TTK m. 359, hem de AY'nin "*Çalışma ve sözleşme hürriyeti*" başlıklı 48'inci madde hükmünde "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*" hükmüyle çelişmesinden dolayı pek isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu hükmün revizyondan geçirilerek, sadece taksirli ve hileli iflas etmiş olan YK üyeliğine ilişkin olması durumunda, hiçbir kusuru veya kastı olmaksızın adi iflas eden birinin, herhangi bir suç oluşturulmaması nedeniyle, itibarın iadesi ve benzer aklanma araçlarına gerek olmaksızın YK üyesi seçilebilmesine olanak tanınmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

I. YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN ATANMASINA İLİŞKİN HÜKÜM

A. Yönetim Kurulu Üyesinin Ehliyeti Bakımından Durumu

TTK m. 363, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun (eTTK) m. 315'den alınmıştır. Söz konusu eTTK m. 315 şu şekildedir:

"II - Azalığın açılması:

Madde 315 – 275 inci madde hükmü mahfuz olmak üzere bir azalık açılırsa idare meclisi kanuni şartları haiz bir kimseyi geçici olarak seçip ilk toplanacak umumi heyetin tasvibine arzeder. Bu suretle seçilen aza umumi heyet toplantısına kadar vazifesini yapar.

İdare meclisi azalarından biri iflasa tabi kimselerden olup da iflasına karar verilir veya hacir altına alınır yahut azalık için lüzumlu kanuni vasıfları kaydederse, vazifesi sona ermiş olur. Ağır hapis cezasıyla veya sahtekârlık, emniyeti suiistimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından dolayı mahkûmiyet halinde dahi hüküm aynıdır."

eTTK'da YK üyesi olmak için ehliyetle ilgili açık bir hüküm net olarak zikredilmese de, "hacir altına alınır" ifadesinden YK üyelerinin kısıtlanmaması gerektiği, dolayısıyla tam ehliyetli olması gerektiği anlaşılmaktadır. Zira anonim ortaklıklarda YK bir yetki ve sorumluluk organıdır, bu bağlamda tam yetki ve tam sorumluluk için tam ehliyet şartı aranmalıdır¹. Nitekim mümeyyiz küçükler ve mahcurlar YK üyesi olamazlar. Bununla birlikte, TTK m. 1'deki "*Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) ayrılmaz bir parçasıdır.*" hükmünden yola çıkıldığında, ehliyetle ilişkin hükümlerin TMK m. 10'da geçtiği bilinmektedir. Buna göre "*Ayrırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır*" hükmünün yanı sıra, kısıtlanmaya ilişkin hükümler TMK m. 405 vd. sayılmıştır. Buna göre, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, istek üzerine. TMK m. 407-(Değişik:2/3/2024-7499/5 md.) "*Kesinleşmiş hapis cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan ergin bir kişi, isteği üzerine kısıtlanır veya kendisine kayyım atanır. Toplam beş yıl veya daha fazla kesinleşmiş hapis cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan ergin bir kişi, isteği bulunmasa dahi kişiliğinin veya malvarlığının korunması bakımından gerekli görülmesi hâlinde kısıtlanabilir. Cezayı yerine getirmekle görevli makam hapis cezasının infazına başladığını derhâl vesayet makamına bildirir. Vesayet makamı karar vermeden önce hükümlüyü dinler. Bu Kanunun kayyımlığa ilişkin hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu madde için de uygulanır."*

TTK'da, eTTK'dan farklı olarak "*Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır...*" hükmü getirilerek YK üyelerinin niteliklerinde açık bir şekilde tam

¹ Konuyla ilgili Yargıtay 11. HD.'nin 03.10.1986 tarihli ve E4520E, K4958 sayılı kararında: "ÖZET: *Küçükler ve macurlar anonim ortaklık ortağı olabilirler. Ancak bu kişiler yönetim kurulu üyesi olamazlar. TTK da bu yönde bir hüküm olmamakla birlikte TTK 315/II. maddeye göre YK'na seçilen bir kişinin sonradan ehliyetinin kısıtlanması onun görevinin kendiliğinden sona erme sebebi kabul edildiğine göre, yönetim kuruluna seçilecek kişinin başlangıçta da kısıtlı olmaması gerekmektedir.*" demektedir. Karar doğrultusunda bkz. İPEKÇİ, Nizam: Açıklamalı İçtihatlı TTK Şerhi Ticaret Şirketleri Tatbikatı, I. Cilt, I. Bası, Adil Yayınevi, Ankara 2002, s. 1115-1116.

ehliyet aranmaktadır. Şöyle ki, TTK m. 359'da YK üyelerinin "Atama ve seçim" kenar başlıklı maddesinde "1. Üyelerin sayısı ve nitelikleri" alt başlığı ile, "(1) Anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden (eTTK m. 312/I'de "en az üç kişiden" denilmekteydi) oluşan bir yönetim kurulu bulunacağı; ...; (3) Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır; (4) Üyeliği sona erdiren sebepler seçilmeye de engeldir." hükmü yer almaktadır. eTTK'da bu konuda her hangi bir hüküm yok iken, eski bir Yargıtay kararında: "ÖZET: Küçükler ve macurlar anonim ortaklık ortağı olabilirler. Ancak bu kişiler yönetim kurulu üyesi olamazlar. TTK da bu yönde bir hüküm olmamakla birlikte TTK 315/II. maddeye göre YK'na seçilen bir kişinin sonradan ehliyetinin kısıtlanması onun görevinin kendiliğinden sona erme sebebi kabul edildiğine göre, yönetim kuruluna seçilecek kişinin başlangıçta da kısıtlı olmaması gerekmektedir." denilmektedir².

Bu bağlamda eTTK m. 315 hükmüne göre, YK üyeliğinde herhangi bir boşalma söz konusu olduğunda (fiil ehliyetinin kaybı, temyiz kudretinin yitirilmesi, ölüm ...vs.), mevcut YK üyeleri kanuni şartları taşıyan bir kişiyi pay sahibi olma şartıyla, geçici olarak YK üyesi seçer ve ilk toplanacak genel kurulda onaya sunar. Görüldüğü üzere, eTTK m. 315 hükmünün YK'ya tanıdığı yetki açısından emredici nitelikte olmayıp, ana sözleşmeye konulacak bir hükümlerle bu yetki YK'dan alınabilir³. Bununla birlikte eTTK m. 315 ile YK üyeliğinin atanmasına ilişkin sunulan yetkinin mutlaka genel kurulun onayına sunulması zorunludur (eTTK m. 315/I)⁴.

Bunun yanı sıra, YK üyeliği, YK üyesinin iflası, kısıtlanması, ağır hapis cezasına çarptırılması, üyelik için gerekli niteliklerin kaybı veya eTTK m. 315/II de son cümlesinde sayılan (sahtekarlık, emniyeti suiistimal, hırsızlık, dolandırıcılık vs.) yüz kızartıcı suçların her hangi birinden dolayı mahkum olması hallerinde kendiliğinden sona erer (eTTK m. 315/II). eTTK m. 315 te sayılan suçlardan dolayı üyeliğin sona ermesi, mahkumiyet kararının kesinleşmesi koşuluna bağlı olduğu ve genel kurulun bu durumlarda üyeyi, kararı beklemeden görevden alabileceği öğretide vurgulanmıştır⁵.

B. Yönetim Kurulu Üyesinin İflasına İlişkin Hükmün Kanun Sistematiği ve Madde İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi

TTK m. 363/II "Yönetim Kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer." Söz konusu maddenin Adalet Bakanlığı'nca yayımlanan ilk tasarıdaki metniyle ilgili olarak yer alan değerlendirmede, MOROĞLU, II'nci fıkra hükmünün yerinin sistematik bakımdan hatalı olduğunu; bu fıkrada YK üyeliğinin "sona erme" nedenleri sayıldığını; buna göre, "sona erme nedenlerinin" II. BÖLÜM'ün sonunda ayrı bir

² Bu konuda geniş bilgi için bkz. UYSAL, Levent: "6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu -I", *TBB Dergisi*, Sayı 80, 2009, s. 342 (315-366) dipnot 61'de geçen Yargıtay 11. HD. 03.10.1986, 4520E./4958 K., İPEKÇİ, s. 1115,1116; POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Bası, Arıkan, İstanbul 2005, s. 297 vd.

³ UYSAL, s. 347.

⁴ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 313.

⁵ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 315

maddede düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, II'nci fıkra hükmünün eTTK'nın 315/II'de sayılan suçlar bakımından eksik olduğunu; kaçakçılık, kara para aklamak, uyuşturucu ticareti veya kullanılması gibi suçlardan mahkûmiyetin sayılmamış bulunduğu; II'nci fıkranın 2. cümlesinin: "...İki yıldan fazla hapis cezasıyla veya sahtekârlık, güveni kötüye kullanma, hırsızlık, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma, kara para aklama, uyuşturucu kullanımı, yapımı veya satımı gibi yüz kızartıcı suçlardan mahkûmiyet halinde de hüküm aynıdır." şeklinde olması gerektiği vurgulanmıştır. Öğretide her ne kadar söz konusu madde hükmü eleştirilmiş olsa da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) sunulan Tasarı'nın II'nci fıkranın son cümlesinin Tasarı'dan tamamen çıkarılmış olduğu görülmektedir. Oysa, bu cümlenin, önerilen bazı önemli suçlar sayıldıktan sonra "... gibi yüz kızartıcı suçlardan mahkûmiyet halinde de hüküm aynıdır" şeklinde yazılması, tereddütleri gidermek ve hukuk güvenliği açısından çok daha yararlı olurdu şeklinde haklı görüşleri mevcuttu⁶.

II. MEHAZ KANUN BAKIMINDAN TTK m. 363'ÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

TTK m. 363'ndeki hükmün benzeri Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG-AlmPOK)⁷ düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun § 76 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir:

"(1) Yönetim kurulu, şirketi kendi sorumluluğu altında yönetmek zorundadır.

(2) Kurul bir veya daha fazla kişiden oluşabilir. Sermayesi üç milyon Euro'nun üzerinde olan şirketlerde, ana sözleşmede bir kişiden oluşması öngörülmediği sürece en az iki kişiden oluşması gerekir. Bir çalışma direktörünün atanmasına ilişkin düzenlemeler etkilenmeyecektir.

(3) Yalnızca tam ehliyetine sahip gerçek kişiler yönetim kurulu üyesi olabilir. Yönetim kurulu üyesi olamayacak kişiler şunlardır:

1. Bakılan bir kişi olarak, mali işlerini yönetirken tamamen veya kısmen rıza kaydına tabi olan vesayet altındaki kişi, (§ 1825 Alman Medeni Kanunu), (TTK'daki muadil hükmü: Kısıtlanmış/Hacir altına alınmış kişi)

2. Eğer şirketin faaliyet konusu bu yasağın konusuyla kısmen veya tamamen örtüşüyorsa, bir mahkeme kararı veya yürütülebilir bir idari makam kararı nedeniyle bir mesleği, meslek dalını, bir zanaatı veya zanaat dalını icra etmekten men edilmiş olan kişi, (TTK'da bu hükmün karşılığı yok)

3. Kasten işlenen bir veya daha fazla suçtan dolayı

a) iflas başvurusunda bulunmama (iflasın ertelenmesi),

b) Ceza Kanunu'nun 283 ila 283d maddeleri kapsamında (iflas suçları),

⁶ Bkz. MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler, 4. Baskı Ankara 2006, s. 167.

⁷ Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 11. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 354) geändert worden ist bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/AktG.pdf> Erişim tarihi: 26.06.2024

c) Bu yasanın 399. maddesi veya limited şirketlere ilişkin yasanın 82. maddesi uyarınca yanlış beyanlarda bulunma,

d) Bu yasanın 400. maddesi, Ticaret Kanununun 331. maddesi, Dönüşüm Kanununun 346. maddesi veya Tanıtım Kanununun 17. maddesi uyarınca yanlış beyanda bulunma,

e) Alman Ceza Kanunu §§ 263 - 264a veya §§ 265b - 266a maddeleri uyarınca en az bir yıl hapis cezasına çarptırılmış kişiler; bu yasaklama, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl süreyle geçerlidir ve hükümlünün resmi bir karar ile bir kurumda tutulduğu süre bu beş yıllık süreye dâhil edilmez.”⁸

Söz konusu düzenlemenin yer aldığı 6 Eylül 1965 tarihli AlmPOK, en son 11 Aralık 2023 tarihli Kanun’un m. 13 hükmüyle değiştirilerek güncellemeler getirilmiştir. Yukarıdaki düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, “Anonim şirketin yönetimi” başlıklı § 76 (§ 76 Leitung der Aktiengesellschaft) maddenin III’üncü fıkrasının 3’üncü bendinde:

“... **kasten** işlenen bir veya daha fazla **suçtan** dolayı...” denilmektedir. Dolayısıyla “a) İflas başvurusunda bulunmama (iflasın ertelenmesi),” ve “b) Ceza Kanunu’nun 283 ila 283d maddeleri kapsamında (iflas suçları),” denilmek suretiyle iflas suçları veya iflasta kastı olan, diğer bir ifade ile, Türk hukukundaki karşılığı olan hileli iflas vs. gibi durumlarda YK üyeliği hakkı engellenmektedir. TCK’da söz konusu suç “Hileli iflâs” kenar başlıklı m. 161’de düzenlenmiştir. Buna göre: “(1) *Malvarlığını eksiltmeye yönelik*

⁸ Madde 76’nın 3a ve 4. fıkrâ hükümleri hariç tutulmuştur. Özellikle de son paragrafta, YK üyesi olamayacak kişileri ve bu kişilerin hangi koşullar altında bu görevden men edileceğini detaylı bir şekilde belirtilmektedir. Maddenin tamamı (son üç fıkrâ hükümleri hariç) ise şu şekilde:

“§ 76 Leitung der Aktiengesellschaft

(1) *Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten.*

(2) *Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen. Bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als drei Millionen Euro hat er aus mindestens zwei Personen zu bestehen, es sei denn, die Satzung bestimmt, daß er aus einer Person besteht. Die Vorschriften über die Bestellung eines Arbeitsdirektors bleiben unberührt.*

(3) *Mitglied des Vorstands kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. Mitglied des Vorstands kann nicht sein, wer*

1. *als Betreuer bei der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt (§ 1825 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) unterliegt,*

2. *aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder einen Gewerbebezweig nicht ausüben darf, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt,*

3. *wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten*

a) *des Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung),*

b) *nach den §§ 283 bis 283d des Strafgesetzbuchs (Insolvenzstraftaten),*

c) *der falschen Angaben nach § 399 dieses Gesetzes oder § 82 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung,*

d) *der unrichtigen Darstellung nach § 400 dieses Gesetzes, § 331 des Handelsgesetzbuchs, § 346 des Umwandlungsgesetzes oder § 17 des Publizitätsgesetzes,*

e) *nach den §§ 263 bis 264a oder den §§ 265b bis 266a des Strafgesetzbuchs zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr*

verurteilt worden ist; dieser Ausschluss gilt für die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils, wobei die Zeit nicht eingerechnet wird, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist.” (3 ve 4. Paragraflar hariç)

<https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/76.html> Erişim tarihi: 26.06.2024

hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hileli iflasın varlığı için;

a) Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması,

b) Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi,

c) Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi,

d) Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi,

gerekir.” (TCK m. 161).

Türk hukukunda iflasa ilişkin diğer bir suç yine bir sonraki maddede düzenlenmiştir. Şöyle ki, TCK'nın “Taksirli iflas” kenar başlıklı m. 162'ye göre: “(1) Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” (TCK m. 162)⁹.

Bu bağlamda Almanya'da hileli iflas gibi durumlarda YK üyesinin görevinden alınması mümkündür. Bu konuda, AlmPOK'ta belirli düzenlemeler yer almaktadır. AlmPOK'un ilgili maddeleri arasında, YK üyelerinin görevden alınması ve sorumlulukları düzenlenmiştir. Özellikle, hileli iflas (*Betrügerischer Bankrott*) durumunda, YK üyelerinin görevden alınması mümkündür. Bununla ilgili m. 76 hükmü dışında aynı kanunda m. 84 hükmü de yer almaktadır. AlmPOK m. 84'te yer alan hükmünde genel kurul, AlmPOK m. 85/1a'ya göre mahkeme atamasından bahsedilmektedir. Bu bağlamda YK üyelerinin genel kurul tarafından görevden alınabileceği, ancak, hileli iflas durumları gibi özel sebeplerin olması halinde, YK üyelerinin mahkeme kararıyla da görevden alınabileceği belirtilmektedir. Yine mehz Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch: HGB) m. 283-283d'de hileli iflas suçları ve bu suçların cezai yaptırımları açıklanmış, bu suçları işleyen YK üyeleri, hem cezai sorumluluk hem de görevden alınma riskiyle karşı karşıya kalabileceklerden söz edilmiştir. Ancak günümüzde 279 ila 283 arasındaki maddeler yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, söz konusu hükümler AlmPOK m. 76/III-b'de düzenlenmiştir¹⁰.

Bunun yanı sıra Alman hukukunda iflasın geciktirilmesi (*Insolvenzverschleppung*) suçu, bir şirketin YK'nın şirketin mali durumunun sürekli edim şeklinde gözetilme yükümlüğünden dolayı ödeme güçlüğüne ulaşmasından itibaren ilgili tedbirlerin alınması gerekirken, iflasa sürüklenen şirketin zamanında bu durumunun bildirilmemesi ve böylece şirketin borçlarının artmasına neden olması halinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla şirketin iflas tehlikesinin belirgin hale gelir gelmez, YK üyelerinin

⁹ Söz konusu suçlarla ilgili geniş bilgi için bkz. ERSOY, Uğur: “Hileli ve Taksirli İflas Suçları”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Nisan 2017, S. 33, s. 68 vd.

¹⁰ <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html> Erişim tarihi: 30.06.2024

hemen harekete geçerek iflas başvurusunda bulunmaları gerekmektedir¹¹. Alman İflas Kanunu'na (Insolvenzordnung - InsO) göre, şirketin ödeme gücüne düşmesi veya borca batık hale gelmesi durumunda, YK üyelerinin durumu geciktirmeden üç haftalık süre içinde iflas başvurusu yapmaları gerekir. Bu süreye riayet edilmediği takdirde, YK üyelerinin ciddi hukuki ve cezai sorumlulukları içeren hileli iflas suçu işlemiş sayılır. YK üyeleri hileli iflas halinde ceza (hapis cezası veya para cezası), mali (üçüncü kişilere verdikleri zararlardan kişisel olarak sorumlulukları) ve mesleki itibar kaybı (benzer pozisyonlarda çalışmaları yasaklanması) şeklinde sorumlulukları söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda Alman hukuk sisteminde, iflasın geciktirilmesi suçu hileli iflas gibi ciddi bir suç olarak nitelendirildiğinden YK üyelerinin şirket yönetimindeki sorumluluklarını sürekli olarak titizlikle izlemeleri ve gerektiğinde hızlı ve doğru tedbirlerin alınması büyük önem arz etmektedir¹².

Alman hukukunda iflasın geciktirilmesi ve benzer iflas durumlarında YK üyesinin atanması AktG'e göre engellenmiştir (AktG m. 76/III-3 (a, b, e). Dolayısıyla Almanya'da iflasa ilişkin olarak sadece iflasın geciktirilmesi, hileli iflas ve benzer iflas suçları sebebiyle YK üyesinin görevi ile ilgili düzenleme mevcut iken, adi iflas durumunda bu tür bir doğrudan görevden alma veya atanmasına yönelik her hangi bir engel mekanizması öngörülmemiştir. Görevden alma işlemleri doğal olarak daha çok genel kurulun kararına veya mahkeme süreçlerine bağlıdır. Türk hukukunda mevcut olan TTK 363/II'deki gibi "kendiliğinden" üyeliğin düşmesi söz konusu değildir.

Türk hukukunda mahkeme kararıyla görevden alma kolektif şirket yönetimiyle ilgili "Şirket sözleşmesiyle atama" kenar başlıklı TTK m. 219'da yer almaktadır. Hükme göre: "Yönetim işleri şirket sözleşmesiyle bir ortağa verilmiş ise, onun yönetim hak ve görevi diğer ortaklar tarafından sınırlandırılmayacağı gibi kendisi görevden de alınmaz. Ancak, haklı sebeplerin varlığında, ortaklardan birinin istemi üzerine, mahkeme kararı ile yönetim hak ve görevi sınırlandırılabilir veya geri alınabilir. Görevin yerine getirilmesinde basiretsizlik, ağır ihmâl veya yönetimde iktidarsızlık gibi hâller, haklı sebep sayılır." Yine "Ortaklar kararıyla atama" başlıklı TTK m. 220'de "Yönetim işleri, şirket sözleşmesi yapıldıktan sonra alınan bir kararla bir ortağa verilmişse o ortak, ortakların çoğunluğunun kararıyla görevden alınabilir. Çoğunluk elde edilemediği takdirde, yönetim işlerine bakan ortağın şirket sözleşmesini ihlal ettiği veya olayda haklı sebep bulunduğu iddiasıyla, her ortak ilgili yönetici ortağın görevden alınması için mahkemeye başvurabilir." Bunun yanı sıra mahkeme kararıyla görevden almaya yönelik diğer bir hüküm de TTK m. 630'da yer almaktadır. Limited şirket yöneticisinin haklı sebeplerle görevinden mahkeme kararıyla alınması mümkün kılınmıştır. Hükme göre: "Her ortak, haklı sebeplerin varlığında, yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebilir." (TTK m. 630/II). Benzer bir hüküm Alman hukukunda da söz konusudur. Şöyle ki, HGB § 116 "Yönetim Yetkisi" kenar başlıklı maddesinde: "Haklı bir nedenin varlığı halinde, diğer ortakların talebi üzerine, işletmeyi yönetme yetkisi mahkeme kararıyla kısmen veya tamamen

¹¹ Bkz. NEUMANN, Gerald: Bankrott und Neues Insolvenzrecht - Die objektive Strafbarkeitsbedingung (§283 Abs. 6 StGB) im Lichte der neuen Insolvenzordnung, Düsseldorf 2002, s. 10 vd.

¹² Alman hukukunda hileli iflas konusunda geniş bilgi için bkz. MITSCH, Wolfgang: Strafrecht Besonderer Teil 2 - Vermögensdelikte, Heidelberg 2001, s. 134 vd; GEISLER, Claudius: Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip - Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998, s. 470 vd.; NEUMANN, s. 10 vd.

kaldırılabilir. Önemli bir neden, özellikle ortağın ağır bir görev ihlali veya ortağın işini düzgün bir şekilde yürütememesidir.” (HGB § 116/5).

III. 1982 ANAYASASI’NIN ÇALIŞMA VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNE İLİŞKİN HÜKMÜ

Bilindiği üzere AY’nin “*Temel Haklar ve Ödevler*”in başlıklı ikinci kısmın üçüncü bölümünde “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” başlığı altına sıralanan haklardan biri de çalışma ve sözleşme hürriyeti hakkıdır. AY m. 48’de geçen “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*” ve hemen bir sonraki m. 49’de geçen “*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir*” hükmü ile herkesin çalışma hakkı ile özgürlüğüne sahip olduğu ve bu hakların aynı zamanda bir ödev de olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, yine AY m. 13’e göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirilebileceği ve sınırlamaların sadece kanunla mümkün olacağı ve ayrıca AY’de öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekeceği hüküm altına alınmıştır (AY m. 13). Dolayısıyla çalışma hakkı ve özgürlüğünün sınırlandırılmasına yönelik bir kanuni düzenlemelerin şeklen var olması yeterli görülmemiş, söz konusu hükmün keyfiliğe sebebiyet vermeyerek belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması aranmaktadır¹³. Yine aynı zamanda, AY m. 48 ve 49 yer alan hükümlerin çalışma hakkı ve özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmasıyla birlikte, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu var sayılmaktadır¹⁴. AY’nin diğer maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler bir bütün olarak değerlendirildiğinde özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere AY m. 13 hükmü sınır teşkil edebilir. Bu bağlamda AY m. 13. maddesi uyarınca güvence altına alınan ölçülülük ilkesi ve bu ilkenin alt ilkeleri olarak kabul edilen elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında göz önünde bulundurulması içtihatlarda benimsenen prensiplerdendir. Nitekim bir kuralın ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için elverişli bir sınırlamanın getirmesi yeterli görülmemiş, sınırlamanın gereklilik ilkesine de uygun olması aranmaktadır¹⁵. Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) yerleşik içtihadı uyarınca AY m. 13 hükmü kapsamında bir hakka sınırlama getirilebilmesi için öngörülen sınırlama olmaksızın sınırlama amacına ulaşılamaması gerekir. Diğer ifadeyle, kuralla hedeflenen amaca ulaşmak için en hafif tedbirin öngörülmesi zorunlu olup, aynı amaca daha hafif bir araçla ulaşılması mümkün olduğu durumlarda, daha ağır bir araç seçilmesi gereklilik ilkesi ile çelişir ve sınırlamayı ölçsüz hale getirecektir¹⁶.

¹³ Ölçülülük ilkesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. METİN, Yüksel: “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, *SDÜHFD*, CİLT: 7, SAYI 1, YIL 2017, s. 4;

¹⁴ Bkz. GÖZLER, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, Bursa, Ekin, 5. Baskı, 2023, s. 353- 362’den alınana bölüm. Bkz. <https://www.anayasa.gen.tr/ihh-ek-1.pdf> s. 8 Erişim tarihi: 30.06.2024

¹⁵ OĞURLU, Yücel: “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi””, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, S.1, 1999, s. 490 vd.

¹⁶ Konuyla ilgili bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/DilekcePDF/2023-164-nrmd.pdf> Erişim tarihi: 30.06.2024

IV. İLGİLİ HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Son yıllarda global ölçekli ekonomik çalkantılar sonucu maddi zorluklarla karşılaşan işletmelerin her zaman bu krizlerin üstesinden gelerek rahatlıkla atlattıkları söylenemez. Özellikle son dönemde yaşanan pandemi ve akabinde bölgesel savaşların 2023 ve 2024 yılları arasındaki komşu ülkelerde ortaya çıkan ve ülkenin dış ticaretine olumsuz yönde etki eden bölgesel savaşların da etkisiyle yaşanan ekonomik darboğazlar iflas ve konkordato konusunda ciddi sayıda artışlara sebep olmuştur. Bu durum da, bir şirkette YK üyeliği olan birinin, bu şirketin faaliyet alanının dışındaki alanda kendi işindeki basiretsizliği veya hiçbir kusuru olmadığı halde bir mücbir sebep veya olağanüstü bir nedenden dolayı iflasa sürüklenmesinin, çalışma hürriyeti kapsamında anayasal bir hakkı olan YK üyeliğine son verilmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Üstelik YK üyeliğinin sona erdirilmesinin ne genel kurul kararı ne de mahkeme kararına bağlanarak, kendiliğinden ve kanunen olmasının adil olmadığı düşüncesindeyiz.

Son günlerde devlet yetkililerinin başvurduğu ekonomik tedbirler ve sıkı politikalar sonucundaki istikrarlı bir toplama eğilimi sonucunda ülkenin gelişim sürecine olumlu yansıması görülmeye başlanmıştır¹⁷. Dünyaca kredi derecelendirme kuruluşu Moody's, Türkiye'nin kredi notunu "B3" olarak teyit ederken, not görünümünü "durağan"dan "pozitif"e çevirmesi¹⁸ de artık ülkemizin istikrarlı bir ekonomiye kavuşacağını gösterir bir ivme kazandığını söylemek pek yanlış olmayacaktır. Ancak durum her ne kadar olumluya çevrilse de, geçmiş yıllarda görüldüğü gibi küresel etkenlerden kaynaklı ekonomik çalkantılar sonucunda bir anonim şirketin YK üyesinin diğer bir alanda (sektörde/iş kolunda) iflas etmesi, esas şirketteki YK üyeliğini zora sokmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Aynı iş kolunda faaliyette bulunmaları rekabet yasağı (TTK m. 396/I) kapsamında değerlendirileceğinden, farklı iş kollarında farklı sonuçların olması mümkündür. Zaten ticari işlerde basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü sadece faaliyet alanındaki bütün işleri kapsadığından (TTK m. 18/II), YK üyesinin de anonim şirketin kendi şirketinden farklı alanda faaliyet göstermesinden dolayı, iki farklı iş kolundaki

¹⁷ Ticaret Sicil Gazetesi'ndeki verilerden yola çıkılarak yapılan analize göre, Türkiye'de 2023 yılında yeni kuruluş olarak sicile kaydını yaptıran şirket sayısı, bir önceki yıla kıyasla yüzde 16 azalarak 171 bin 288'e geriledi. Türkiye'de 2022 yılında 204 bin 95 şirket, yeni kuruluş olarak sicile kaydını yaptırdı. CRIF Türkiye İzleme Servisi analizine göre, 2023 yılında aylık ortalama 14 bin 274 şirket yeni kuruluş olarak sicil kayıt yaptırdı. YALÇIN, Funda Güleç: 29 Ocak 2024 "2023 yılında hem iflas eden şirket sayısı hem de yeni kurulan şirket sayısı azaldı", <https://fintechtime.com/2024/01/2023-yilinda-hem-iflas-eden-sirket-sayisi-hem-de-yeni-kurulan-sirket-sayisi-> Erişim tarih 15 Haziran 2024; CRIF Türkiye İzleme Servisi tarafından oluşturulan analiz, 2023 yılında bir önceki yıla kıyasla tasfiyeye giren ve tasfiye süreci tamamlanarak kapanan şirket sayısında da artış olduğunu ortaya koydu. Analize göre, 2022 yılında 23 bin 301 olan tasfiyeye giren şirket sayısı, 2023 yılında yüzde 30 artarak 30 bin 301'e yükseldi. 2023 yılında tasfiye süreci tamamlanıp kapanan şirket sayısı da 2022'ye göre yüzde 14,1'lik artışla 25 bin 235'e ulaştı. Detaylı analize göre 2022'de sicilden kaydı silinen şirket sayısı 61 bin 399 iken 2023'te yüzde 24,27'lik artışla sicilden kaydı silinen şirket sayısı 76 bin 300'e çıktı. TAGS: CRIF TÜRKİYE (<https://fintechtime.com/tag/crif-turkiye/> Erişim tarih 15 Haziran 2024; Bununla birlikte pandeminin bittiği yıl itibarıyla 2021'de CRIF Türkiye'nin verilerine göre, Ticaret Sicil kaydı verileri üzerinden yaptığı detaylı analizler, Türkiye'de 2022 yılında şirket iflaslarının bir önceki yıla göre yüzde 20 civarında azaldığını ortaya koydu. 2021 yılında Türkiye'de 584 şirket iflas ederken, 2022 yılında iflas eden şirket sayısı 467 olarak açıklanmıştır. <https://www.marketingturkiye.com.tr/haberler/kuresel-iflas-raporu/> Erişim tarihi: 30.06.2024

¹⁸ <https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/moodys-turkiyenin-kredi-notunu-pozitifce-cevirdi-828602.html> Erişim tarihi: 30.06.2024

başarı ve başarısızlığının birbirine bağlanmasının adil olmayacağı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla YK üyesinin bu durumunu genel kurul tarafından değerlendirilmesi, müzakere konusu olması ve çeşitli tedbirlere tabi tutulması imkânları varken TTK 363/II deki gibi YK üyeliğinin “kendiliğinden” sona erdirilmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Sonuç olarak, söz konusu madde hükmünün “adi iflas” olarak değil de, “hileli iflas” veya “taksiratlı iflas” şeklinde değiştirilmesi gerektiği düşüncesinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Diğer yandan Türk hukukunda öğretilde ticari temsilcinin iflası ticari temsilciliği sona erdirmesini fikrinden¹⁹ yola çıkıldığında ve YK üyesinin kendi işinde başarısızlığı bu anlamda değerlendirildiğinde YK üyeliğini kendiliğinden ve kanun hükmü gereği sonra erdirilmesi kanunen çelişki doğurmaktadır. Şöyle ki, YK üyesinin anonim şirket yönetiminde yer alması ve en az ticari temsilci gibi söz sahibi olması, ticari temsilcinin de kendisinin “*tacirin diğer kendisi*” olduğu gerçeği karşısında, ticari temsilciğe verilen imkânların YK üyesine verilmeyerek kanuni engel çıkarılması hayatın olağan akışına aykırılık teşkil edeceği düşüncesindeyiz. Zira hem YK üyesi hem de ticari temsilci şirket adına ve hesabına faaliyetleri sürdürmektedir (TTK m. 370, 371/I, TBK m. 548/I). Ancak ticari temsilcinin kendi işindeki iflasında ticari temsilciliğini sona erdirilmemesine karşın, YK üyesinin kendi işindeki iflasında YK üyeliğinin sona erdirilmesi, ticari temsilci karşısında YK üyesinin cezalandırılması anlamına geleceği düşüncesindeyiz. Örneğin aynı işi yapan ticari temsilci ile YK üyesinin iflasları durumunda birinin temsilciliği korunurken, diğerinin YK üyeliğinin kanunen sona ermesinin adil olmayacağı ortadadır. Şöyle ki, TTK m. 371/V “*Temsile veya yönetime yetkili olanların, görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden şirket sorumludur. Şirketin rücu hakkı saklıdır*” hükmünden de hareketle her ikisinin sorumluluğu aynı seviyede tutulmuşken, adi iflasta birini görevinin sona erdirilmesi, diğerinin sona erdirilmemesi de eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Zira anonim şirketlerde diğer tüzel kişilerde de olduğu gibi medeni haklarını kullanma ehliyetlerini, organları aracılığıyla açıklanır hükmü gereği (TMK m. 50/I), yasal temsil organı olan YK tarafından kullanıldığı bilinmektedir (TTK m. 125, 365, 371//I). Üçüncü kişilerle kurulacak hukuki ilişkilerde ticari temsilci atama zorunlu olmadığından²⁰ anonim şirket tüzel kişiliği, YK tarafından temsil edilir. YK o halde, ortaklığın üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmelerde, ticari temsilcide olduğu gibi anonim şirket adına irade açıklamasında bulunabilir (TTK m. 371/I)²¹. Dolayısıyla ticari temsilci ile YK

¹⁹ ASLAN, İ. Yılmaz: Ticaret Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s. 89; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI Ertan: Ticaret Hukuku Bilgisi, Dora Yayınları, 18. Baskı, Bursa 2020, s. 75; BOZKURT, Tamer: Ticaret Hukuku, Sekin Yayın evi, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 130.

²⁰ TBK m. 547/1 hükmüne göre “*Ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir.*” . Bu tanım ile söz konusu yetkinin bir ticari işletme için verilebileceği, aynı şekilde yetkinin kanundan doğan zorunlu yetkisi olmadığı ve işletme sahibi tacirin iradesine bırakıldığı görülmektedir. Söz konusu yetkinin iradi olmasının istisnası: “*Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye’deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur. Bu şubeler için yerleşim yeri Türkiye’de bulunan tam yetkili bir ticari mümessil atanır.*” şeklindedir. (TTK m. 40/4). Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. KIRCA, İsmail: Ticari Mümessillik, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 34; ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2015, s. 172.

²¹ Bununla birlikte YK üyesinin şirketle işlem yapma durumunda, kendi adına anonim ortaklık tüzel kişiliği ile hukuki işlem yapması da söz konusu olabilmektedir. Örneğimizde bu durum hariç tutulmuştur. Konuyla ilgili geniş

üyesinin konumları ve yaptığı görevlerinin genel anlamda benzerlik içermesi bakımından değerlendirildiğinde adi iflasta her ikisinin farklı muameleye tabi tutulmasının kanun sistematığı gereği farklı hükümler barındırdığını söylemek mümkündür.

Bu bağlamda, TTK m. 363/II hükmün iki açıdan değişikliğe muhtaç olduğunu açıklamak mümkündür. Bunlardan ilki, “kendiliğinden” kavramının kaldırılarak adi iflas durumunda YK üyesinin görevini sonlandırılması konusunda GK’ya bu konuda yetki verilmesi veya her hangi bir üyenin talebi ile mahkeme kararı ile sonlandırılması. İkinci alternatif düzeltme önerisi ise, mehzaz kanundaki düzenlemeye paralel bir düzenleme getirilerek “adi” iflasın madde hükmü dışında bırakılarak “hileli” veya “taksirli” iflas durumlarının madde hükmüne eklenmesi şeklindedir. Bu öneriler dikkate alınmadığında mevcut durumda kendi işinde iflasa uğramış YK üyesinin fiili ortak/gizli ortak²² şeklinde yine aynı şirketin YK üyeliğini yürütmesi, hukuku dolanmaktan başka bir şekilde açıklanması düşünülemeyeceği gibi, ortada bir nevi kanuna karşı hile ile de karşı karşıya kalınacaktır.

SONUÇ

Sonuç olarak Türk hukukunda irade serbestliği ilkesinin AY m. 48 hükmüyle güvence altına alınan çalışma ve sözleşme hürriyetinin TTK m. 363/II hükmüyle açıkça kısıtlandığı söylenebilir. Zira çalışma ile de görüldüğü gibi mehzaz kanun hükümlerinde söz konusu maddede adi iflasta YK üyelerinin görevlerini sürdürülmesine yönelik herhangi kısıtlama mevcut değilken, Türk hukukunda hiçbir kusuru olmayı tamamen mücbir sebep vs. gibi olağan üstü hallerden kaynaklı iflas sonucunda YK üyesinin çalışmalarının kanun hükmüyle engellendiği görülmektedir. Bu bağlamda yapılacak bir kanun düzenlemesiyle TTK m. 363/II hükmünün değiştirilerek, taksirli ve hileli iflasa maruz kalan YK üyeliğine hasredilerek, adi iflas durumunun, itibarın iadesine gerek olmaksızın kişinin YK üyesi olarak atanmasının hukuken bir engel teşkil etmeyecek şekilde güncellenmesi daha isabetli bir düzenlemeye yol açabilir.

Mehzaz kanun hükmü ve uygulamadaki durumlar dikkate alındığında YK üyelerinin irade dışı mücbir neden ve/veya olağanüstü haller sonucunda oluşan adi iflas sonucunda YK üyeliğinin kanun hükmüyle kendiliğinden sona ermesinin ölçülülük hem de gereklilik ilkesi ile çelişir durumda olacaktır. Zira burada gereklilik için daha hafif bir araçla ulaşılabileceği mümkün iken (genel kurula bırakılması, mahkeme kararı ile görevin sona erdirilmesi vs.) daha ağır bir araç olan kanun hükmü ve kendiliğinden son bulması gereklilik ilkesiyle çelişir durumdadır. Ölçülülük ilkesine aykırılık ise, YK üyesinin dış etkenler sonucunda adi iflası, TTK m. 363/II’nin temeli olan eTTK’nın 315/II hükmündeki suç teşkil eden iflas hükümleri ile aynı sonuca tabi tutulması da ölçüsüzlüğün açık açık ihlalini ortaya çıkarır ki, bu durumda her iki iflasın aynı sonuca hizmet etmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla AY’nin temel hakların ancak kanunla sınırlanabilir hükmünün sadece şekli sınırlama ile olmayıp, aynı zamanda bir bütün olarak

bilgi için bkz. ULUSOY, Erol: Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Yetkin Yayınları, Ankara 2005 s. 31 vd.

²² Fiili ortak konusunda detaylı bilgi için bkz. EMİNOĞLU, Cafer: Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 86 vd.

değerlendirilmeye tabi tutularak ölçülülük ve gereklilik ilkeleri kapsamında bakıldığında, TTK 363/II hükmünde önerilen şekilde güncellenmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Çalışmayla, YK üyeliğinin AY normuna yönelik daha adil bir durum oluşturulabilmesi bakımından, inceleme konusu düzenlemenin değiştirilmesi gerektiği düşüncesiyle konuya dikkat çekilmesi istenmiştir. Araştırma yönteminde AlmPOK, ilgili içtihatlar ve literatür taramasına başvurularak açıklamalarda bulunulmuştur. Tacir yardımcılarında nerdeyse tacir kadar yetkileri haiz ticari temsilcinin dahi kendi iflasının ticari temsilciliği görevini sona erdirmekten, şirket YK üyesinin farklı alandaki kendi kusuruna dayanmayan ve dış etkenler sonucu yaşanan iflasın YK üyeliğinin kendiliğinden ve kanun hükmü gereği sona erdirilmesinin adil olmadığı ortaya konulduğu gibi, mehz düzenlenmelerden olan AlmPOK ile de bağdaşmadığı görülmüştür. Sonuç itibarıyla önerimiz, ilgili kanun hükmünün değiştirilerek güncellenmesi gerektiği yönünde olup, konu tartışmaya açık bir şekilde kongrede sözlü olarak sunulmuş ve değerlendirme sonucunda görüşümüz katılımcılar tarafından da desteklenmiştir. Bu çalışmanın amacı TTK'nın mevcut düzenlemesinin çağdaş ve olması gereken düzenleme şekline bürünmesine katkıda bulunmaktır.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2015.
- ASLAN, İ. Yılmaz: Ticaret Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: Ticaret Hukuku Bilgisi, Dora Yayınları, 18. Baskı, Bursa 2020.
- BOZKURT, Tamer: Ticaret hukuku, Sekin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2021.
- CRIF TÜRKİYE (<https://fintechtime.com/tag/crif-turkiye/> Erişim tarih 15 Haziran 2024.
- GEİSLER, Claudius: Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip - Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998.
- GÖZLER, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, Bursa, Ekin, 5. Baskı, 2023, s. 353- 362'den alınana bölüm. <https://www.anayasa.gen.tr/ihh-ek-1.pdf> Erişim tarihi: 30.06.2024.
- EMİNOĞLU, Cafer: Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı, Vedat kitapçılık, 2. Baskı, Ankara 2023.
- ERSOY, Uğur: Hileli ve Taksirli İflas Suçları, Ceza Hukuku Dergisi (CHD) Nisan 2017, S. 33, s. 67-114.
- İPEKÇİ, Nizam: Açıklamalı İçtihatlı TTK Şerhi Ticaret Şirketleri Tatbikatı, I. Cilt, I. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara 2002).
- KIRCA, İsmail: Ticari Mümessillik, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- METİN, Yüksel: Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük, *SDÜHFD*, CİLT: 7, SAYI 1, YIL 2017, s. 1-74.
- MİTSCH, Wolfgang: Strafrecht Besonderer Teil 2 - Vermögensdelikte, Heidelberg 2001,
- MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/_76.html Erişim tarihi: 26.06.2024
- NEUMANN, Gerald: Bankrott und Neues Insolvenzrecht - Die objektive Strafbarkeitsbedingung (§283 Abs. 6 StGB) im Lichte der neuen Insolvenzordnung, Düsseldorf 2002.

OĞURLU, Yücel: “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi””, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, S.1, 1999, s. 485-521.

POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. Bası, Arıkan, İstanbul 2005.

ULUSOY, Erol: *Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

UYSAL, Levent: “6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu –I”, *TBB Dergisi*, Sayı 80, 2009, s. 315-366.

YALÇIN, Funda Güleç: 29 Ocak 2024 “2023 yılında hem iflas eden şirket sayısı hem de yeni kurulan şirket sayısı azaldı”, <https://fintechtime.com/2024/01/2023-yilinda-hem-iflas-eden-sirket-sayisi-hem-de-yeni-kurulan-sirket-sayisi>- Erişim tarihi: 15.06.2024.

<https://www.marketingturkiye.com.tr/haberler/kuresel-iflas-raporu/> Erişim tarihi: 30.06.2024

<https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/moodys-turkiyenin-kredi-notunu-pozitifce-cevirdi-828602.html> Erişim tarihi: 30.06.2024

<https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html> Erişim tarihi: 30.06.2024

Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/DilekcePDF/2023-164-nrmd.pdf>

Erişim tarihi: 30.06.2024



RUSYA FEDERASYONU ANAYASASI'NDA CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL İLKELER
BASIC NORMS OF CRIMINAL AND CRIMINAL PROCEDURE LAW IN THE CONSTITUTION OF THE RUSSIAN FEDERATION

Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU*

Prof.Dr. Ali ASKER*

ÖZET

Hukuk tarihiyle ilgili çalışmalarda “Anayasa” olgusunun çok eski çağlara ait pek çok hukuk belgesine teşmil edildiği, fakat bu yaklaşımların hukuk bilimi ve doktrininde yaygın bir şekilde kabul görmediği bilinen bir gerçekliktir. Çağdaş hukuk ve siyaset bilimince kabul gören anlayışa göre anayasalar modern çağın bir ürünüdür ve 17 Eylül 1787’de imzalanan ABD Anayasası bu belgelerin ilk örneği olarak tarihi kayıtlara geçmiştir. Hukuk literatüründe anayasa ile ilgili farklı tanımlar yapılmaktadır. Bu tanımlamaların çeşitliliği, anayasa kavramına farklı bakış açıları doğrultusunda yapılan yaklaşımlardan kaynaklanmaktadır. En genel anlamıyla anayasa, temel hak ve hürriyetleri belirleyen ve güvence altına alan, devletin yapısı ve işleyişini düzenleyen, normlar hiyerarşisinde en üste yer alan ve herkes için bağlayıcı olan bir hukuk belgesidir. 18. yüzyılın sonlarında ortaya çıkan anayasa olgusu, Avrupa başta olmakla dünyanın farklı coğrafyalarında yer alan devletlerin mevzuatına girmiştir. Anayasa tarihine ilişkin çalışmalarda Rusya İmparatorluğu’nda anayasa yapım süreçlerini daha eski dönemlere kadar götüren yaklaşımlar bulunmakla birlikte, ilk anayasa olarak imparatorluğa meşruiyet niteliği kazandıran 1906 Anayasası’dır. Şubat 1917’de kısa süreli cumhuriyet rejiminin ardından yaşanan 1917 Ekim İhtilali sonrası kurulan Sovyet Rusya’nın ilk anayasası 1918 yılında kabul edilmiştir. Yetmiş sene devam eden Sovyet sisteminin dağılmasından sonraki dönemde, yani günümüz Rusya Federasyonu’nda ilk anayasa 1993 yılında kabul edilmiş, 2020 yılında ise Anayasanın pek çok maddesi değiştirilmiştir. Temel ceza kanunu (kodeks) olan 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’na göre, Rusya Federasyonu’nun ceza mevzuatı sadece Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’ndan oluşmaktadır. Özel ceza kanunlarına izin vermeyen bu Kanun, Rusya Federasyonu Anayasası ve uluslararası hukukun

*Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, eminhuseyinoglu@karabuk.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4196-2295

* Karabük Üniversitesi İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü, aliasker2068@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1801-3371

ilkelerine dayanmaktadır. Sovyet döneminde kabul gören ve günümüzde de devam eden doktrinsel yaklaşıma göre, ceza mevzuatının tek kaynağı temel ceza kanunu olup, anayasa hükümleri ceza davalarında norm teşkil etmemektedir. Bunun yanı sıra doğası ve hukuk sisteminin talebi gereğince, diğer hukuk normları gibi ceza mevzuatının da anayasa hükümlerine uygun olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, ceza hukukunun bazı temel ilkeleri anayasa metninde yer almakla üst düzeyde koruma altına alınmıştır. Benzeri yaklaşım ceza muhakemesi hukuku açısından da geçerlidir. Bu bağlamda Rusya Federasyonu Anayasası; ölüm cezasının uygulanma koşulu (m.20), hümanizm ilkesi ve insan onuruna aykırı ceza yasağı (m.21), tutuklama ve gözaltı tedbirlerinde hakim güvencesi (m.22/2), iletişimin denetlenmesi tedbirinde hakim güvencesi (m.23/2), konut araması tedbirinde hakim güvencesi (m.25), kanuni hakim güvencesi ve jüri katılımlı yargılanma hakkı (m.47), müdafî hakkı (m.48/2), suçsuzluk karinesi (m.49), tek fiile tek ceza verilmesi (m.50/1), kanuna aykırı delil yasağı (m.50/2), yakınları aleyhine tanıklık yapmama hakkı (m.51), suç mağdurlarının haklarını koruma ve zararlarını karşılama yükümlülüğü (m.52), aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağı (m.54), vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği ve yabancı ülkeye iade edilemeyeceği (m.61/1) şeklinde ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin çok önemli ilkelere yer vermiştir.

Anahtar Kelimeler: Rusya Federasyonu Anayasası, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu, Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Normlar

ABSTRACT

In the realm of legal history studies, the concept of a "constitution" has been broadly applied to numerous legal documents dating back to ancient times, yet these perspectives haven't garnered widespread acceptance within legal science and doctrine. According to the prevailing understanding in contemporary legal and political science, constitutions emerged as a product of the modern era, with the U.S. Constitution signed on September 17, 1787, recognized in historical records as the inaugural example of such documents. While some constitutional history studies trace constitution-making processes in the Russian Empire to earlier epochs, it was the 1905 Constitution that conferred legitimacy upon the empire as its first constitution. The first constitution of Soviet Russia, which emerged after the October Revolution of 1917 following a brief republican regime in February 1917, was ratified in 1918. During the post-Soviet era, spanning seventy years, a doctrinal approach prevailed—both during the Soviet era and continuing today—that the fundamental criminal legislation derives solely from the basic criminal code. Constitutional provisions were not considered normative in criminal cases under this approach. However, owing to its nature and legal system requisites, criminal legislation, like other legal norms, must align with constitutional provisions. Essentially, certain fundamental principles of criminal law are elevated and protected within the constitutional framework.

The same approach also extends to criminal procedural law. In this context, the Constitution of the Russian Federation encompasses provisions such as the conditions for imposing the death penalty (Art. 20), the principle of humanism and the prohibition of degrading punishments (Art. 21),

the guarantee of judicial oversight in arrest and detention measures (Art. 22/2), judicial oversight in communication surveillance measures (Art. 23/2), judicial oversight in house search measures (Art. 25), the right to trial by judge and jury (Art. 47), the right to legal counsel (Art. 48/2), the presumption of innocence (Art. 49), single punishment for a single act (Art. 50/1), prohibition of unlawfully obtained evidence (Art. 50/2), the right against self-incrimination and not testifying against relatives (Art. 51), the obligation to protect the rights of crime victims and compensate for their damages (Art. 52), prohibition of retroactive application of the law (Art. 54), and prohibition of deportation and extradition of citizens to foreign countries (Art. 61/1). In the study, after the Constitution of the Russian Federation and its main features are mentioned, the interpretation of the articles related to criminal law and criminal procedure law will be given. In addition, a comparison will be made with the relevant provisions of Turkish law.

Keywords: Constitution of the Russian Federation, Criminal Code of the Russian Federation, Criminal Law, Criminal Procedure Law, Basic Norms

GİRİŞ

Bir ülkede farklı hukuk dallarının oluşumu ve gelişimi sırasında dayandığı evrensel ilke ve normların, ayrıca anayasal hükümlerin incelenmesine dair benzer araştırmalara sıkça rastlanmaktadır. Rusya Federasyonu Anayasası'nda ceza ve ceza usul hukukuna ilişkin normların anayasal düzeyde güvence altına alınması, ayrıca söz konusu anayasal normların ilgili hukuk alanlarında doğrudan uygulanabilir norm olarak kullanılmasına dair tartışmalar alan literatüründe sıkça rastlanmaktadır. Türkiye'de hukuk alanında yapılan çalışmalar arasında Rusya Federasyonu hukukunu konu alan çalışmaların sayısı son derece sınırlı olduğu için bu konunun incelenmesi Türkçe literatüre katkı sağlayacak niteliktedir.

Çarlık ve imparatorluk dönemi Rus hukuku Roma-Germen hukuk sistemi kapsamında oluşarak gelişmiştir. Bu bağlamda vurgulanması gereken bazı hususlara değinmekte yarar vardır. Bir Hristiyan toplumu olarak Ruslarda dini hukuk normlarının elbette hukuk sistemi üzerindeki etkisi yadsınamaz. Rus knezleriyle Bizans arasında imzalanan antlaşmalarda (907, 911, 945 ve 972 yılları) karma hukuk normlarının yer aldığı bilinmektedir. Bu normlar belli ölçüde Rus adet hukukunu da ihtiva etmiştir. Rusların 988'de Bizans'ta Hristiyanlığı kabul etmeleri hukuk sisteminin gelişim sürecinde önemli bir kırılma noktasıdır.¹ Doğu Ortodoksluğunun Rus hukuku üzerindeki etkisi sonraki yüzyıllarda da devam etmiştir. Rus hukuk sisteminin sekülerleşmesi ciddi resepsiyon ve kodifikasyon süreçlerinden geçmiştir. Rus hukuku, ayrıca ceza hukuku alanındaki önemli kodifikasyon çalışmaları 19. yüzyılda yapılırken, meşruti monarşiye geçiş ve anayasa yapımı daha geç tarihlere tesadüf eder. Ayrıca Rusya'da yazılı anayasa geleneği bakımından bir gelişmişlik söz konusu değildir. Ekim 1917 Ekim Devrimi'nin ardından şekillene hukuk sistemi Sovyet hukuk sistemi

¹ В. Н.Синюков, *Российская правовая система. Введение в общую теорию*, 2-е изд., доп., "Норма", Москва, 2010, с. 105-106.

olarak bilinmektedir. Dünya hukuk sistemleri sınıflandırmasında² Sovyet Hukuk Sistemi bağımsız bir yer işgal etmektedir. Buna rağmen yapısı bakımından bu hukuk sistemi Roma-Germen Hukuk Sistemi'nin özelliklerini taşımaktadır. Tek istisna, sosyalist ideolojinin toplumsal yaşamın tüm alanlarına, aynı zamanda hukuk düzenine de hâkim olması ve Komünist Parti'nin tekelidir. Sovyetler Birliği'nin dağılma sürecine girmesiyle siyasal sistemde ve hukuk sisteminde ciddi liberalizasyon hareketleri yaşanmıştır. Bu bağlamda gerek Sovyetler Birliği'nin gerekse Birlik cumhuriyetlerinin anayasaları ciddi şekilde tadil edilirken tüm hukuk dallarında mevzuat çalışmalarına hız verilmiştir. Eski sistemin sona erdirilmesi ve yeni sisteme geçiş sürecinde ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanlarında değişiklikler yapılırken, yeni mevzuat çalışmaları başlatılmıştır. Bu süreçte başlatılan doktrin tartışmaları günümüzde devam etmektedir. Ceza hukuku ve ceza muhakemesi normlarına rehber nitelikli anayasa normlarının yargılama sürecinde doğrudan uygulanabilirliği konusu da bu tartışmalar kapsamında yer almaktadır.

1. Tarihi Perspektiften Rus Hukuk Sistemi, Cezalar ve Yargılama

Rusya'da ceza hukuku mevzuatının gelişim seyrini Orta Çağ (10-17. yy.), Yeni Çağ (18. yy.-1917 yılı) ve Sovyet dönemi (1917-1990'lı yıllar) şeklinde dört döneme ayırmak mümkündür.³ Ceza hukuku mevzuatı tarihi doğal olarak ilk devlet teşekküllerinin ortaya çıkmasıyla başlar ve 10. yüzyılın başlarına dayanır. Rus hukuk tarihinin en erken belgeleri olan Bizans-Rus Antlaşmalarında ceza hukukuna ilişkin hükümler yer almaktadır. Ayrıca Orta Çağ dönemi bazı şehir/şehir devletlerde siyasi suçlar ve bu suçlar karşılığında uygulanan cezalar hakkında bilgiler yer almaktadır. Ceza hukukunun bir kamu hukuku dalı olarak şekillendiği 15-17. yüzyıllara ait hukuk belgelerinde seküler ceza hukuku normlarının dini normlardan ayrıldığı gözlemlenirken, hala diğer hukuk dalları normlarıyla ciddi bir bağlantısı söz konusuydu.⁴

Rus ceza hukuku alanında modernleşme süreci 18-19. yüzyıldan başlamıştır. 1833 yılında ceza hukuku normları Rus İmparatorluğu Kanunlar Derlemesi'ne (Свод законов Российской империи) de dahil edilmiştir. Bu derlemede, 15. cildin birinci kitabında "Genel Olarak Suçlar ve Cezalar" başlığı altında yer alan normlar 11 bölüm ve 765 maddeden ibaretti. Yasada, ceza hukukunun genel hükümleri bağımsız yapısal birim olarak ayrılırken; suç, ceza, cezanın belirlenmesi, cezadan muafiyet, ceza kanununun uygulanma sınırları gibi genel hükümler ayrı başlıklar altında toplanmıştır. 18. yüzyılın sonlarından 20. yüzyılın başlarına kadarki süreçte kanun tasarıları, yargı uygulamaları ve bilimsel araştırmalar,

² Bkz: René David, *Les grands systèmes de droit contemporains: Droit comparé*, 1. aris, Dalloz, 1964; Eserin Rusça çevirisi: Рене Давид, *Основные правовые системы современности*, "Прогресс", Москва, 1988; Eserin Türkçe tercümesi: Rene David, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, (Tercüme: Argün Köteli), Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985.

³ *Уголовное право России. Практический курс* (Под общ. ред. А. И. Бастрыкина; под науч. ред. А. В. Наумова), 3-е изд., перераб. и доп., "Волтерс Клувер", Москва, 2007, с. 20.

⁴ *Уголовное право России. Практический курс*, с. 21.

değişikliklerin temel belirleyicileri olarak ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun gelişmesine ivme kazandırmıştır. 1917 Ekim Devrimi'nin ardından, Rusya'da ve Sovyetler Birliği genelinde Sosyalist Hukuk Sistemi şekillenerek uygulamaya konmuştur. Sosyalist sistemin genel özelliklerine baktığımızda; devlet mülkiyeti, sosyal hakların önceliği ve hukuk sistemini üzerinde ideolojinin baskın olduğu görülmektedir. Bu yapı, Sovyetler Birliği'nin tarihi boyunca uygulamaya devam etmiştir. Sovyet totaliter sisteminin belli başlı aşamalarında bazı spesifik özellikler söz konusu olsa da genel karakteristiğın aynı şekilde devam ettiği söylenebilir. Sovyet Hukuk Sistemi, kendinden önceki hukuk sistemini yapısal ve işlevsel niteliği açısından devam ettirmiştir. Roma German hukuk sisteminde yer alan Rus hukuku, Sovyetler Birliği döneminde de bu sistemin özelliklerini (hukuk kaynaklarının sistematiği, kodifikasyon, özel hukuk-kamu hukuku ayrımı, asıl ve tali hukuk kaynakları vs.) taşımıştır.

Sovyet döneminde ceza hukuku mevzuatının gelişim süreci başlangıçta devrimsel şiddete dayandırılmıştır. 1919 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti (RSFSC) Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri'nde ceza yaptırımının sınırları yapılan eylemin tehlikesiyle değil, kişinin hangi sınıfa ait olduğu ile ilişkilendirilmiştir. Rehber İlkelerin 2. bendine göre, *“Ceza hukuku, sınıfsal toplumun sosyal ilişkilerini ihlallerden (suçlardan) korumak amacıyla yaptırımlarla (cezalarla) belirlenen hukuki normları ve diğer hukuki önlemlerini içerir.”*⁵ 1922 ve 1926 RSFSC Ceza Kanunları ile 1924 tarihli SSCB ve Müttefik Cumhuriyetleri Ceza Kanunlarının Temel İlkeleri de Sovyet sisteminin ve hukuk düzeninin korunması için siyasi hedefleri ön planda tutmuştur. Bu, *“işçi-köylü iktidarı tarafından komünist düzene geçiş döneminde belirlenen”* düzenlemeleri içermiştir⁶. Bu dönemde 1922 tarihli RSFSC Ceza Kanunu'nun 10. maddesinde, 1926 tarihli RSFSC Ceza Kanunu'nun 10. maddesinde ise ceza kanunun kıyas yoluyla uygulanabileceğine ilişkin hüküm yer almıştır⁷. Bu durum, 1930-1950'lerdeki kitlesel baskıların hukuki *“gerekçelerinden”* biri haline geldi. Bu dönemin mevzuatına göre, vatana ihanet suçundan mahkûm edilen kişinin reşit olmayan aile üyeleri, beş yıl süreyle seçim haklarından mahrum bırakılabilmekte ve Sibiry bölgesine sürgün edilmekteydi. Ayrıca yasalardaki değişiklikler, cezalarda artışa neden olan veya eylemi yeniden suç olarak belirleyen düzenlemeler genellikle geriye dönük olarak uygulanmaktaydı.⁸

Daha sonraları 1958 yılında SSCB ve Müttefik Cumhuriyetleri Ceza Kanunlarının Temel İlkeleri kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemelere dayanılarak hazırlanan 27 Ekim 1960 tarihli RSFSC Ceza Kanunu'nda bir ölçüde yumulama süreci yaşanırken, 1926 tarihli RSFSC Ceza Kanunu'nun en tartışmalı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu doğrultuda ceza kanununun kıyas yoluyla uygulanması yasaklanarak kişisel hak ve özgürlükler koruma altına alınmıştır. Genel olarak, 27 Ekim 1960 tarihli RSFSC Ceza Kanunu önceki mevzuata oranla daha az politize edilmişse de bu kanunun 1. maddesinde ceza kanununun ana amacı *“Sovyet toplumu ve devlet yapısını, sosyalist mülkiyeti, bireyleri ve vatandaşların haklarını ve tüm*

⁵ Уголовное право России. Практический курс, с. 22.

⁶ Уголовное право России. Практический курс, с. 22-23

⁷ Bu konuda bkz. Emin Hüseyinoğlu, *“Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı”*, *Ankara Barosu Dergisi* 76, S. 1, Nisan 2018, (ss.119-46), s.128-130.

⁸ Уголовное право России. Практический курс, с. 22-23

sosyalist hukuk düzenini suçlardan korumak” olarak belirtilmiştir. Bu kanun, devletin öncelikli korunmasını, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında ayrımcı yaklaşımları ve devlet (toplum) mülkiyeti ile kişisel mülkiyet arasındaki farklılıkları koruma altına almıştır.⁹

1985 yılında Mihail Gobaçov’un iktidara gelmesiyle Sovyetler Birliği’nde uygulanan “perestroyka” ve “glasnost” politikaları doğrultusunda siyasal ve ekonomik hayatın tüm alanlarında bir liberalleşme söz konusu olmuştur. Bu durum doğal olarak, hukuk sistemi üzerinde de etkili olmuştur. Böylelikle yetmiş sene varlığını sürdürmüş olan sosyalist hukuk sistemi ortadan kalkarak¹⁰ yerini liberal hukuk düzenine¹¹ bırakmıştır.

Perestroyka (1985-1991) süreci, ceza kanunları düzleminde bir reformunu başlatmıştır. 1991 yılında daha demokratik Ceza Hukuku Temel İlkeleri kabul edilse de SSCB’nin çöküşü nedeniyle bu metin kanunlaşmamıştır.¹² Sovyetlerin dağılma sürecine girdiği “geçiş döneminde” diğer hukuk alanlarında olduğu gibi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda da önemli değişiklikler yapılmış ve doktrinsel düzlemde kayda değer tartışmalar yaşanmıştır.

2. Normlar Hiyerarşisinde Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu

Sovyet hukuk doktrinine göre ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun kaynağı söz konusu hukuk alanındaki ilişkileri düzenleyen hukuk normudur. Bunun yanı sıra söz konusu normlar istinasız şekilde ilgili kanunlarda yer alacaktır. Yani ceza hukukunun tek kaynağı ceza kanunu, ceza muhakemesi hukukunun tek kaynağı ise ceza muhakemesi kanunudur. Bu hususların tartışılmasından önce Rusya Federasyonu’nda genel olarak normlar hiyerarşisine göz atmakta yarar vardır.

Rusya Federasyonu hukuk sistemindeki genel kabule göre normlar hiyerarşisi; 1) Rusya Federasyonu Anayasası, 2) Usulüne uygun onaylanmış uluslararası hukuk belgeleri, 3) Federal anayasal kanunlar, 4) Federal kanunlar, 5) Devlet Başkanı’nın normatif düzenlemeleri, 6) Hükûmetin normatif düzenlemeleri, 7) Yüksek idari birimlerin düzenlemeleri¹³, 8) Rusya Federasyonu federe birimlerinin anayasaları ve tüzükleri, 9) Rusya Federasyonu

⁹ *Уголовное право России. Практический курс*, с. 23.

¹⁰ Bkz: Alesker Aleskerov, *Eski Sosyalist Ülkelerde Siyasi Rejim Değişimleri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi) Ankara 2007.

¹¹ Bu bağlamda ifade edilen “liberal hukuk düzeni” kavramı görece nitelikte olup eski sosyalist ülkelere göre değişiklik göstermiştir.

¹² *Уголовное право России. Практический курс*, с. 23.

¹³ Bir bakanlık veya devlet dairesinin hukuki düzenlemesi. Bu düzenleme ilgili organ tarafından, yasal yetkileri çerçevesinde ve yasanın gerekliliklerini, ayrıca bakanlığın veya devlet dairesinin üstlendiği görevleri yerine getirmek amacıyla çıkarılan yazılı bir belgedir. Hukuk düzenlemesi, resmi nitelik taşır ve bakanlık veya devlet dairesinin yetki alanındaki tüm taraflar için bağlayıcıdır. Bkz: *Конституция, закон, подзаконный акт* (отв. ред. Ю.А. Тихомиров), “Юрид. лит.”, Москва, 1994.

federe birimlerinin kanunları, 10) Yerel yönetimlerin normatif düzenlemeleri ve 11) Kurumların lokal normatif düzenlemeleri¹⁴ şekilde sıralanmaktadır. Normlar hiyerarşisine dair temel düzenleme Anayasanın 15. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre, “1) Rusya Federasyonu Anayasası, üstün hukuki güce sahiptir, doğrudan uygulanır ve Rusya Federasyonu genelinde geçerlidir. Rusya Federasyonu’nda uygulanan kanunlar ve diğer hukuk düzenlemeleri Rusya Federasyonu Anayasasına aykırı olamaz. 2) Devlet hakimiyet organları, yerel yönetim organları, yetkili makamlar, vatandaşlar ve oluşumları Rusya Federasyonu Anayasasına ve kanunlara uymakla yükümlüdür. 3) Kanunlar resmi şekilde yayımlanır. Yayımlanmayan kanunlar uygulanmaz. Herkesin bilgilenmesi amacıyla resmi şekilde yayımlanmayan insan hak, özgürlük ve ödevlerine ilişkin normatif hukuk düzenlemeleri uygulanamaz. 4) Uluslararası hukukun evrensel ilke ve normları ve Rusya Federasyonu’nun taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, onun hukuk sisteminin bir parçasıdır. Rusya Federasyonu’nun taraf olduğu bir uluslararası antlaşmada kanunla öngörülenden farklı bir hüküm belirlenmişse uluslararası antlaşmanın hükmü uygulanır.” Doğal olarak Rusya Federasyonu Anayasası normlar arasında en üstün güce sahip hukuki metindir. Zira anayasa insan hak ve özgürlüklerini, devletin yapısı ve işleyişini düzenleyen, normal hiyerarşisinde en üstte yer alan ve herkes için bağlayıcı olan normlar bütünüdür. Anayasa devletin temel kanunu olup, en yüksek hukuki güce sahip özel bir normatif hukuk belgesidir. Temel kanun altında yer alan diğer belgeler anayasaya aykırı olamaz. Anayasa Mahkemesi tarafından Rusya Federasyonu Anayasası’na uygun olmadığı tespit edilen uluslararası antlaşmalar yürürlüğe konulamaz ve uygulanamaz.¹⁵ Federal anayasal kanunlar hiyerarşik olarak federal kanunların üstündedir. Bu yüzden bir federal kanun, federal anayasal kanuna aykırı olamaz. Federal anayasal kanunlar, anayasada öngörülen belli başlı konularla ilgili kabul edilir. Örneğin, olağanüstü hal rejimi veya bir federe birimin statüsünün değiştirilmesi federal anayasal kanunla mümkündür. Burada konumuzla ilgili olan ve Rusça “kodeks (code)” olarak adlandırılan kanunlara açıklık getirmekte yarar vardır. Bu tür kanunlar eski Sovyet ülkelerinin tamamında benzer şekilde kodifiye edilir. Örneğin Azerbaycan hukuk mevzuatında bu kanunlar “mecelle” olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu kanunlar, Türk hukuk sistemindeki ceza hukuku, medeni hukuk, ticaret hukuku iş hukuku gibi hukuk dallarında ilişkileri düzenleyen temel kanunlara benzemektedir. Kodeks, belirli bir alandaki normları sistematize eden kapsamlı bir federal kanundur. Örneğin Rusya Federasyonu’nda Ceza Kanunu, Medeni Kanun, İş Kanunu, Aile Kanunu, Toprak Kanunu, Gümrük Kanunu, Vergi Kanunu, Orman Kanunu, Hava Kanunu gibi kodeksler bulunmaktadır. Türkçe terminolojiye uygun olarak söz konusu düzenlemeler konusunda “kanun” kavramının kullanılması isabetli olacaktır. Ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda yüksek yargı organları tarafından verilen kararların uygulanması yasal düzenlemelerle belirlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu alanlarda Yüksek Mahkeme Genel Kurulunun almış olduğu kararların uygulanması bu kapsamda gerçekleşeceği için dolaylı olarak Ceza Kanunu veya Ceza Muhakemesi Kanunu’nun uygulanması anlamına gelmektedir.

¹⁴ <https://www.arbitr-praktika.ru/article/2332-sistema-normativno-pravovyh-aktov-v-rossiyskom-prave>, [Erişim tarihi: 12.07.2024].

¹⁵ Федеральный закон от 15.07.1995 N 101-ФЗ (ред. от 08.12.2020) “О международных договорах Российской Федерации”, https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_7258/a2a5e37374f3002c807ab8ac90046950c483ee45/, [Erişim tarihi: 12.07.2024].

3. Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan İlkeler

Yürürlükteki Rusya Federasyonu Ceza Kanunu (RFCK) 13.06.1996 tarihinde kabul edilmiştir. RF CK'da ceza hukukunun ilkeleri ayrı ayrı maddeler halinde ve ilgili kenar başlıklar altında verilmiştir. Bunlar; kanunilik ilkesi (m. 3), vatandaşların kanun önünde eşitliği ilkesi (m. 4), kusur ilkesi (m. 5), adalet ilkesi (m. 6) ve hümanizm ilkesi (m. 7) şeklinde ilkelerden oluşmaktadır.

Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu (RF CMK) ise 18.12.2001 tarihinde kabul edilmiştir. RF CMK'da benzer şekilde ceza muhakemesi hukukunun ilkelerine yer verilmiştir. Bunlar; ceza yargılamasının amacı (m. 6), ceza yargılamasının makul sürede yapılması (m. 6.1.), ceza yargılamasında kanunilik (m. 7), ceza yargılamasının sadece mahkeme tarafından yerine getirilmesi (m. 8), hakimlerin bağımsızlığı (m. 8.1.), kişinin şeref ve haysiyetine saygı (m. 9.), kişinin dokunulmazlığı (m. 10), ceza yargılamasında vatandaşın hak ve özgürlüklerin korunması (m. 11), konut dokunulmazlığı (m. 12.), yazışmaların, telefon ve diğer görüşmelerin, posta, telgraf ve diğer haberleşmelerin gizliliği (m. 13), Suçsuzluk karinesi (m. 14), çekişmeli yargılama (m. 15), şüpheli ve sanığın savunma hakkının sağlanması (m. 16), delil serbestisi ilkesi (m. 17), ceza yargılamasının dili (m. 18) ve muhakeme eylem ve kararlarına karşı başvuru hakkı (m. 19) ilkelerinden ibarettir.

4. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler

Ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin ilkeler Rusya Federasyonu Anayasası'nın "İnsan ve Vatandaş Hak ve Özgürlükleri" başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır. Anayasa koyucu hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerde somut kenar başlıkların belirtilmesine gerek duymadan söz konusu maddeleri anayasa metninin genel sistematiğine uygun şekilde sıralamıştır. Madde metninden hareketle söz konusu ilkeler¹⁶ aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

Madde 20. (Ölüm cezasının uygulanma koşulu)

1. Herkes yaşam hakkına sahiptir.
2. Ölüm cezası, bu ceza kaldırılıncaya kadar sanığa davanın jüri katılımıyla görülmesi hakkının tanınması suretiyle hayata karşı işlenen nitelikli ağır suçlar karşılığında istisnai ceza tedbiri olarak federal kanunla konulabilir.

Madde 21. (Hümanizm ilkesi ve insan onuruna aykırı ceza yasağı)

¹⁶ Anayasada isimleri doğrudan belirtilmeyen bu ilkeler tarafımızdan parantez içinde verilmiştir.

1. Kişi onuru devlet tarafından korunur. Hiçbir şey bu hakkın sınırlandırılması için gerekçe olamaz.
2. Hiç kimse işkenceye, şiddete, zalimce veya insan onurunu aşağılayıcı bir başka muameleye veya cezaya maruz bırakılamaz. Hiç kimse gönüllü rızası olmadan tıbbi, bilimsel ve diğer deneylere tabi tutulamaz.

Madde 22. (Tutuklama ve gözaltı tedbirlerinde hâkim güvencesi)

1. Herkes, özgürlük ve kişisel dokunulmazlık hakkına sahiptir.
2. Hapsetmeye, tutuklamaya ve tutukevinde bulundurmaya sadece mahkeme kararıyla izin verilir. Mahkeme kararına kadar kişi 48 saatten fazla gözaltında tutulamaz.

Madde 23. (İletişimin denetlenmesi tedbirinde hâkim güvencesi)

1. Herkes özel yaşamın, kişisel ve ailevi sırrın dokunulmazlığı, kendi şeref ve haysiyetinin korunması hakkına sahiptir.
2. Herkes yazışma, telefon görüşmeleri, posta, telgraf ve diğer mesajların gizliliği hakkına sahiptir. Bu hakkın sınırlandırılmasına ancak mahkeme kararıyla izin verilir.

Madde 25. (Konut araması tedbirinde hâkim güvencesi)

Konut dokunulmazdır. Hiç kimse, federal kanunda belirtilen veya mahkeme kararına dayanılan haller hariç, konutta ikamet edenlerin iradesine karşı gelerek konuta giremez.

Madde 47. (Kanuni hâkim güvencesi ve jüri katımlı yargılanma hakkı)

1. Hiç kimse, davasının kanunla belirlenen mahkeme ve hakimlerce görüşülmesi hakkından yoksun bırakılamaz.
2. Suç işlemekle itham edilen kişi federal kanunla öngörülen durumlarda davasının jüri katımlı bir mahkemede görüşülmesi hakkına sahiptir.

Madde 48. (Müdafi hakkı)

1. Herkesin nitelikli hukuk yardımı alma hakkı güvence altına alınır. Kanunla öngörülen durumlarda hukuki yardım ücretsiz sağlanır.
2. Gözaltına alınan, tutuklanan, suç işlemekle itham edilen kişi göz altına alındığı, tutuklandığı veya ithamın ileri sürüldüğü andan itibaren avukat (müdafi) yardımından yararlanma hakkına sahiptir.

Madde 49. (Suçsuzluk karinesi)

1. Suç işlemekle itham edilen kişi, suçluluğu federal kanunda öngörülen şekilde ispat edilinceye ve kesinleşmiş mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

2. Suç işlemekle itham edilen kişi suçsuzluğunu ispatla yükümlü değildir.
3. Kişinin suçluluğuna ilişkin giderilemeyen şüpheler sanık lehine yorumlanır.

Madde 50. (Tek fiile tek ceza verilmesi, kanuna aykırı delil yasağı ve kanun yoluna başvuru hakkı)

1. Hiç kimse aynı suçtan dolayı iki kez mahkûm edilemez.
2. Yargı işlemlerinin yürütülmesi sırasında federal kanunu ihlal ederek elde edilen deliller kullanılamaz.
3. Bir suçtan mahkûm edilen her bir kişi, federal kanunun belirlediği şekilde bir üst mahkemece hükmün yeniden incelenmesini, ayrıca af veya cezanın hafifletilmesini isteme hakkına sahiptir.

Madde 51. (Yakınları aleyhine tanıklık yapmama hakkı ve kanuna aykırı delil yasağı)

1. Hiç kimse kendisi, eşi ve federal kanunla belirlenen diğer yakınları aleyhine tanıklık etmekle yükümlü değildir.
2. Federal kanunla, tanıklık yapma yükümlülüğünden muaf tutan diğer haller öngörülebilir.

Madde 52. (Suç mağdurlarının haklarını koruma ve zararlarını karşılama yükümlülüğü)

Suçlardan ve iktidarın kötüye kullanılmasından zarar görenlerin hakları kanunla korunur. Devlet, zarar görenlerin yargıya erişimini ve verilen zararın tazminini sağlar.

Madde 54. (Aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağı)

1. Sorumluluk doğuran veya ağırlaştırıcı kanunlar geriye yürümez.
2. Hiç kimse, işlendiği sırada hukuka aykırı sayılmayan bir fiilden dolayı sorumlu tutulamaz. Hukuka aykırı fiilin işlenmesinden sonra sorumluluk ortadan kalkmış veya hafifletilmişse, yeni kanun uygulanır.

Madde 61. (Vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği ve yabancı ülkeye iade edilemeyeceği)

1. Rusya Federasyonu vatandaşı Rusya Federasyonu'ndan sınır dışı edilemez veya başka bir devlete iade edilemez.
2. Rusya Federasyonu, sınırları dışında bulunan vatandaşlarının korunmasını ve himayesini güvence altına alır.

5. Anayasal Normlar Bağlamında Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunun Kaynağına Dair Yaklaşımlar

Daha önce de ifade edildiği üzere ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuna dair hukuk normlarının anayasal ilkeler doğrultusunda yorumlanması konusu literatürde sıkça ele alınmaktadır. Özellikle Sovyet sonrası dönemde hukuk sisteminin liberalizasyonu sürecinde diğer hukuk dallarında olduğu gibi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuyla ilgili pek çok konu tartışmaya açılmıştır. Ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuna dair hukuk normlarının anayasal ilkelerle bağlantısı da bu çerçevede ele alınmaktadır. Bu konuda bilim insanları arasında farklı görüşlerin ileri sürüldüğü, henüz görüş birliğine varılmadığı gözlemlenmektedir. Tartışmalardan doğan sorular üç grupta tasnif edilebilir:

- 1) Rusya Federasyonu Ceza Kanunu, ceza hukukunun tek ve temel kaynağı mıdır?¹⁷
- 2) Rusya Federasyonu Anayasası ceza hukukunun kaynağı olabilir mi? İlgili anayasal hükümler ceza hukuku bakımından kaynak teşkil edecekse bunlar maddi veya formel kaynaklar mıdır? Ayrıca bu kaynaklar normlar hiyerarşisinin hangi basamağında yer alacaktır?
- 3) Rusya Federasyonu Yüksek Mahkeme Genel Kurulunun kararları ceza hukukunun kaynağı olabilir mi?¹⁸

Bu tartışmaların bundan sonraki süreçte de devam edeceği kaçınılmazdır. Çünkü yukarıda bahsi geçen tezleri savunan araştırmacılar argümanlarını ya kanuna ya doktrine dayandırmaktadır. Kanun normları ayrıntılı gözden geçirildiği zaman bahsi geçen tartışmaya ilişkin belli başlı uyuşmazlıkların var olduğu açık şekilde görülmektedir. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 1. maddesine göre, "1) Rusya Federasyonu'nun ceza mevzuatı, bu kanundan ibarettir. Ceza sorumluluğunu öngören yeni kanunlar, bu kanuna dahil edilmelidir. 2) Bu kanun, Rusya Federasyonu Anayasası ve uluslararası hukukun evrensel ilke ve normlarına dayanır." Maddenin 1. fıkrasına göre ceza sorumluluğu öngören yeni kanunlar Rusya Federasyonu Ceza Kanunu kapsamına alınacaktır. Anayasanın 71. maddesine göre ceza ve ceza infaz mevzuatını düzenleme yetkisi münhasıran Rusya Federasyonu devletinin yetkisi kapsamındadır. Rusya Federasyonu'nun federal birimleri ve yerel yönetim organları, cezai sorumluluk getiren veya bu sorumluluktan muafiyet sağlayan düzenleyici hukuk belgeleri çıkarma yetkisine sahip değildir. Örneğin, Rusya Federasyonu Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, bir federal birim tarafından kabul edilen af kanununu federal mevzuata aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Dolayısıyla bu konularda federal kanunlar çıkarılacaktır. Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu özel türlü bir kanun (kodeks) olmasına rağmen, yine de bir federal kanundur ve diğer kanunlarla aynı güce sahiptir. Fakat her iki kanun insan hürriyeti bağlayıcı nitelikte normlar içermesi

¹⁷ Örneğin bkz: А.И. Парог, *Уголовно-правовое воздействие*. Монография, "Проспект", Москва, 2015, с.14-23

¹⁸ Баудин Дадаевич Бахмадов, "Классификация источников уголовного права Российской Федерации", *Право и практика*. 2017. №4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/klassifikatsiya-istochnikov-ugolovnogo-pravarossiyskoy-federatsii>, [Erişim tarihi: 11.07.2024], (cc. 34-37), с. 35.

bakımından özel önem arz eder. Bu öneme binaen kanun koyucu ceza hukukunu ilgilendiren tüm normları bu kapsama alma zorunluluğu getirerek kişileri hürriyet dokunulmazlığı bakımından koruma altına almıştır. Böylelikle, ceza yargılamasında ceza kanununda yer almayan herhangi bir hüküm uygulanmayacaktır. Ceza kanunu üzerine yazılan bilimsel şerhlerde (ilmi-pratik şerhler) de aynı görüş yer almaktadır. Buna göre ne Anayasa ne de başka bir kanun, ceza kanunu dışında, kişilerin cezai sorumluluğunu doğrudan düzenleyemez. Yürürlükteki mevzuata göre, bir fiilin suç sayılması ve cezalandırılması yalnızca Rusya Federasyonu Ceza Kanunu kapsamındadır. Diğer düzenleyici belgelerde cezai sorumluluk öngören kurallar ancak Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'na dahil edildikten sonra uygulanabilir.

Bazı yazarlar RF CK'nın 1. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükümle 2. fıkrasında yer alan hüküm arasında uyumsuzluk olduğunu ileri sürmektedirler. RF CK'nın 1/2. maddesine göre Ceza Kanunu, Rusya Federasyonu Anayasası ve uluslararası hukukun evrensel ilke ve normlarına dayanır.¹⁹ Bu yazarlar, Anayasanın ve uluslararası hukukun evrensel ilke ve normlarını öngören antlaşmaların, ayrıca uluslararası ceza hukuk normlarının uygulanması önünde herhangi bir engel olmadığını savunur. Dolayısıyla Rusya Federasyonu'nda en üst hukuki güce sahip olup, ülkenin tamamında uygulanan RF Anayasası'nda yer alan herhangi bir ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir norm doğrudan uygulanabilecektir. Konuya ilişkin pek çok tartışmada Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası antlaşmaların da bu kapsamda yorumlandığı görülmektedir. Anayasanın 15. maddesine göre uluslararası hukukun evrensel ilke ve normları ve Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası antlaşmalar Rusya Federasyonu hukuk sisteminin bir parçasıdır. Eğer Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası antlaşma ve kanunun öngördüğü herhangi bir norm arasında uyumsuzluk varsa, uluslararası antlaşma hükümleri geçerli olacaktır. Rusya Federasyonu'nun uluslararası anlaşmaları, RF hukuk sisteminin bir parçasıdır. Rusya Federasyonu'nun uluslararası anlaşmalarında, kanunlarda belirtilenlerden farklı hükümler öngörülmüşse, uluslararası anlaşma hükümleri uygulanır. Aslında Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulunun 10.10.2003 tarih ve 5 sayılı Genel Yargı Mahkemeleri Tarafından Uluslararası Hukukun Evrensel İlkeleri ve Normları ile Rusya Federasyonu'nun Taraf Olduğu Uluslararası Anlaşmaların Uygulanmasına Dair Kararı, konuya açıklık getirmektedir.²⁰ Karara göre uluslararası hukukun evrensel normu uluslararası toplum tarafından genel olarak bağlayıcı kabul edilen bir davranış kuralıdır. Uluslararası hukukun evrensel ilkeleri ise uluslararası devletler topluluğu tarafından bir bütün olarak kabul edilen temel imperatif (kesin buyruk) normlardır ve dolayısıyla bu normlardan asla sapılamaz. Bu ilkeler, Rusya tarafından kabul edilen ve bağlayıcı olan uluslararası belgelerde, antlaşmalarda, sözleşmelerde ve diğer düzenlemelerde yer almaktadır. Birleşmiş

¹⁹ Баудин Дадаевич Бахмадов, с. 35-36.

²⁰ О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации, Пленум Верховного Суда Российской Федерации, Постановление от 10 Октября 2003 г. № 1 5, www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_44722/, [Erişim tarihi: 12.07.2024].

Milletler Şartı (1945), İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948), Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966), Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (1950) ve diğerleri, ayrıca Rusya Federasyonu'nun uluslararası anlaşmaları buna örnek olarak verilebilir. 15.07.1995 tarih ve 101-FZ sayılı Rusya Federasyonu'nun Taraf Olduğu Uluslararası Anlaşmalara Dair Federal Kanununun 5/3. maddesine göre, uygulanması için iç hukuk düzenlemelerinin yapılmasına gerek duyulmayan, resmi olarak yayımlanmış Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası anlaşmalar doğrudan yürürlüktedir. Bunun bir örneği, 22.01.1993 tarihinde Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT) üye devletleri tarafından imzalanan Hukuki Yardım ve Hukuki İlişkiler Sözleşmesi'dir. Diğer durumlarda, belirtilen uluslararası anlaşmanın hükümlerini uygulamak için Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası antlaşma ilgili iç hukuki düzenlemeyle birlikte uygulanacaktır. Ancak, ilgili suçlarla ilgili uluslararası hukuk normları (örneğin 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşme, 1979 tarihli Rehin Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşme) sadece Ceza Kanunu'na dahil edildikten sonra uygulanabilir. Bu tür normlar, örneğin, RF CK'nın 355. ve 356. maddelerinde yer almaktadır.

Literatürde anayasalarda doğrudan ceza hukuk normlarının yer aldığına dair örneklerle rastlanmaktadır. Bu bağlamda anayasalara öncülük eden bir belge olarak Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi büyük öneme sahiptir. Bu belgede ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun önemli ilkeleri yer almıştır. Örneğin Bildirgenin kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 6. maddesine göre, *“Koruyan veya cezalandıran olarak yasa herkes için aynı olmalıdır”*. Eşitlik ilkesini düzenleyen 8. maddesine göre, *“Yasalar sadece kesin ve açık bir şekilde gerekliliği olan cezalar belirlemelidir ve hiç kimse suçun işlenmesinden önce ilan edilen ve gereği şekilde uygulanan yasalar dışındaki başka bir yasa nedeniyle cezalandırılmaz”*. Suçsuzluk karinesini düzenleyen 9. maddesine göre, *“Her insan suçlu olduğuna karar verilinceye kadar masum sayıldığı için; tutuklanması kaçınılmaz olduğunda, yani suçlu olduğu karar verildiğinde göreceği sertlik yasa tarafından ağır bir şekilde cezalandırılmalıdır.”*²¹ Fakat burada tartışılması gereken husus, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku ilkelerinin anayasalarda yer alıp almaması değil, bu ilkelerin yargılanma sürecinde norm teşkil edip etmemesidir. Yukarıda bahsedilen hususlar ceza muhakemesi hukuku açısından da geçerlidir. Bu hukuk alanında polis, hakimlerin statüsü, sulh mahkemeleri gibi pek çok kanun kullanılmaktadır. Normatif hukuk uygulaması bakımından elbette bu kanunlar birbiriyle çelişemez. Bu sorunun giderilmesi için ilgili kanunlarda norm oluşturma sürecinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun temel alınması bir zorunluluktur.

²¹ Алексей А. Малиновский, “Конституция как источник уголовного права зарубежных странах”, *Международное уголовное право и международная юстиция*, 2017, № 1, (с. 13-16).

Anayasada yer alan hükümlerin farklı hukuk dalları açısından doğrudan uygulanabilir bir kaynak teşkil edip etmemesi tartışılan mesele²² olsa da söz konusu hükümler sadece rehber niteliklidir ve kanunların yapımı veya uygulanması sürecinde dikkate alınacaktır. Fakat ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku gibi önemli hukuk dallarında anayasa normunun doğrudan uygulanması yargılama sürecini karmaşık ve tartışmalı hale getirmekten başka bir işe yaramayacaktır. Günümüz Rusya Federasyonu hukuk literatüründe ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri ve Anayasa normları arasındaki ilişkilerin karakterine, ayrıca bu alanlarda hukukun kaynağı ve normlar hiyerarşisi konusunda farklı yaklaşımlar sergilenmektedir. Bu kaynaklar arasına mahkeme içtihatlarının, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu kararlarının, uluslararası hukuk normlarının vd. dahil edilmesi söz konusu çelişkileri ortadan kaldırmamaktadır.

SONUÇ

Rus ceza hukuku tarihinin gelişim süreci 10. yüzyılda ilkel normlar şeklinde ortaya çıkarak gelişmiştir. Ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku 20. yüzyıla kadarki süre zarfında farklı evrelerden geçmiştir. 18. yüzyıldan itibaren modernleşme süreci yaşayan söz konusu hukuk dalları 20. yüzyılda üç farklı sistemden geçmiştir. Bunlar; imparatorluk, kısa süreli cumhuriyet, Sovyet ve Sovyet sonrası sistemlerden ibarettir. Yapısı itibariyle Roma-Germen hukuk sistemini özelliklerini taşıyan Rus hukuku Sovyetler döneminde ideolojik ve siyasi kuramların baskısı altında gelişmiştir. İmparatorluk döneminde gelişmiş bir anayasal sistemden yoksun olan Rus hukuk sistemi, Sovyet döneminde teori ve uygulama bakımından özgün bir yapıya sahip olmuştur. Sovyetler Birliği'nin dağılma sürecine girmesiyle hukuk sisteminde ciddi dönüşümler yaşanmıştır. 1991'de Sovyetler Birliği'nin dağılması diğer cumhuriyetlerde olduğu gibi Rusya Federasyonu'nda da yapısal ve hukuki reformların gerçekleştirilmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Fakat bu süreç Sovyet döneminden miras kalan pek çok tartışmayı yeniden gündeme getirmiştir. Bu dönemin hukuk sisteminde yaşanan dönüşümlerin, ayrıca sürdürülen tartışmaların yelpazesi son derece geniş ve tartışmaya açıktır. Ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku dallarında yaşanan tartışmaların da bu bağlamda yorumlanması gerekir. Yeni dönemde anayasa hukuku, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku arasındaki norm ve ilkelerin bağlantısallığı, hiyerarşi ve uygulama yöntemine dair farklı yaklaşımlar gözlemlenmektedir. Hukukun evrenselliği ilkesinden hareketle ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun norm oluşturma ve uygulama bağlamında yeniden ele alınması, büyük ölçüde totaliter sisteme yönelik tepkisel yaklaşımlardan kaynaklanmaktadır. Bu yaklaşımlardan biri de söz konusu hukuk dallarında norm yelpazesini genişletmek, Ceza Kanunu ve Ceza Muhakeme Kanunu'nu bu alandaki uygulamanın tek kaynağı olmaktan çıkarmaktır. Birbirinden farklı yaklaşımlar

²² Вкз: Т.А. Пласкина, “Конституция Российской Федерации как формальный источник отечественного уголовного права: спорные вопросы”, *Юристъ-Правоведъ*, 2017, № 1 (80), (с. 47-53), с. 51.

serdeden uzmanların, kendi görüşleri bağlamında ileri sürdükleri argümanlar söz konusu tartışmaların bundan sonraki süreçte de devam edeceğinin bir göstergesidir.

KAYNAKÇA

- Aleskerov Alesker, *Eski Sosyalist Ülkelerde Siyasi Rejim Değişmeleri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi) Ankara 2007.
- David Rene, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, (Tercüme: Argün Kötelі), Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985.
- David René, *Les grands systèmes de droit contemporains: Droit comparé*, 1. aris, Dalloz, 1964.
- <https://www.arbitr-praktika.ru/article/2332-sistema-normativno-pravovyh-aktov-v-rossiyskom-prave>, [Erişim tarihi: 12.07.2024].
- Hüseyinoğlu Emin, “Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi* 76, S. 1, Nisan 2018, (ss.119-46).
- Бахмадов Баудин Дадаевич, “Классификация источников уголовного права Российской Федерации”, *Право и практика*. 2017. №4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/klassifikatsiya-istochnikov-ugolovnogo-pravarossiyskoy-federatsii>, (Erişim tarihi: 11.07.2024), (ss. 34-37)
- Давид Рене, *Основные правовые системы современности*, “Прогресс”, Москва, 1988.
- Конституция, закон, подзаконный акт* (отв. ред. Ю.А. Тихомиров), “Юрид. лит.”, Москва, 1994.
- Малиновский Алексей А., “Конституция как источник уголовного права зарубежных странах”, *Международное уголовное право и международная юстиция*, 2017, № 1, (сс. 13-16)
- О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации, Пленум Верховного Суда Российской Федерации, Постановление от 10 Октября 2003 г. № 1 5, www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_44722/, [Erişim tarihi: 12.07.2024].
- Пласкина Т.А., “Конституция Российской Федерации как формальный источник отечественного уголовного права: спорные вопросы”, *Юристъ-Правоведъ*, 2017, № 1 (80), (сс. 47-53).
- Рарог А.И., *Уголовно-правовое воздействие*. Монография, “Проспект”, Москва, 2015.
- Синюков В. Н., *Российская правовая система. Введение в общую теорию*, 2-е изд., доп., “Норма”, Москва, 2010.



Уголовное право России. Практический курс (Под общ. ред. А. И. Бастрыкина; под науч. ред. А. В. Наумова), 3-е изд., перераб. и доп., “Волтерс Клувер”, Москва, 2007.

Федеральный закон от 15.07.1995 N 101-ФЗ (ред. от 08.12.2020) “О международных договорах Российской Федерации”, [https://www.consultant.ru/document/cons_doc LAW 7258/a2a5e37374f3002c807ab8ac90046950c483ee45/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_7258/a2a5e37374f3002c807ab8ac90046950c483ee45/), [Erişim tarihi: 12.07.2024].

**İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA OLAĞAN KANUN YOLLARINA İLİŞKİN PARASAL SINIRLARIN
ANAYASA MAHKEMESİNİN E.2023/36 K.2023/142 ve E.2023/81 K.2023/184 SAYILI KARARLARI
KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

**EVALUATION OF THE MONETARY LIMITS ON ORDINARY LEGAL REMEDIES IN ADMINISTRATIVE
TRIAL LAW WITHIN THE SCOPE OF THE CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS NO. E.2023/36
K.2023/142 AND E.2023/81 K.2023/184**

Av. Müjgan GÜLEÇ AYDEMİR*

ÖZET

Türk idari yargılama hukukunda konusu paraya ilişkin olan davalarda olağan kanun yollarına başvuru açısından parasal sınır öngörülmüştür. 2577 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler gereğince konusu belli bir tutarın altında kalan idari davalar bakımından istinaf veya temyiz kanun yolu kapatılmıştır. Söz konusu parasal sınırların getirilme amacı, usul ekonomisi ve makul sürede yargılama ilkeleri bakımından önemsiz addedilebilecek bazı davalarda verilen kararların kesin olması veya bazı davaların konusunun parasal sınırın altında kalması sebebiyle üst merci yolunun kapatılarak istinaf ve temyiz mercilerinin iş yükünün azaltılmasıdır. Parasal sınırlara ilişkin kanuni düzenlemelerdeki bazı eksik hususlar, bireylerin mahkemeye erişim, hükmün denetlenmesini talep haklarını ihlal ve hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve eşitlik ilkelerine aykırılık sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine yapılan itirazla bu düzenlemelerin iptali istenmiştir. Çalışmamızda, idari yargılama hukukunda olağan kanun yollarına ilişkin parasal sınırlar, Anayasa Mahkemesinin 2577 sayılı Kanun'daki ilgili düzenlemeleri iptal ettiği iki kararı çerçevesinde ve parasal sınırlara ilişkin düzenlemelerin "hukuki belirlilik", "öngörülebilirlik", "eşitlik" ilkeleri ve "mahkemeye erişim", "hükmün denetlenmesini talep" hakları ile bağdaşıp bağdaşmadığı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İdari Yargıda Parasal Sınırlar, Olağan Kanun Yolları, Türk Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

In Turkish administrative proceedings law, a monetary limit is stipulated in terms of application to ordinary legal remedies in cases whose subject matter is related to money. Pursuant to Law No. 2577, the legal remedies of appeal or cassation are closed for administrative cases whose subject matter is below a certain amount. The purpose of these monetary limits is to reduce the workload of the appeal and appellate authorities by closing the remedy of higher authority due to the finality of the decisions rendered in some cases that may be considered insignificant in terms of the principles of procedural economy and trial within a reasonable time, or because the subject matter of some cases is below the monetary limit. Some deficiencies in the legal regulations regarding the monetary limits have resulted in a violation of the rights of individuals to access to the court, to request review of the judgment, and contrary to the principles of legal certainty, predictability and equality. Therefore, an appeal to the Constitutional Court requested the annulment of these regulations. In this study, the monetary limits on ordinary legal remedies in administrative proceedings law will be examined within the framework of the two decisions of the Constitutional Court annulling the relevant regulations in Law No. 2577, and whether the regulations on monetary limits are incompatible with the principles of "legal certainty", "predictability", "equality" and the rights of "access to court" and "request for review of the judgment".

*Avukat, Bursa Barosu, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, mujgangulec94@gmail.com, ORCID ID: 0009-0009-4922-1764

Keywords : Monetary Limits in Administrative Jurisdiction, Ordinary Remedies, Turkish Constitutional Court.

GİRİŞ

İdari yargılama hukukunda istinaf ve temyiz olmak üzere iki tür olağan kanun yolu bulunmaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesine göre 2024 yılı itibariyle konusu otuz bir bin bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz. Parasal sınırların tespitinde Kanun'da net bir miktar belirlenmemiştir. Bunun yerine Kanun'un ek 1. maddesinde bir önceki yılda tespit edilen sınırın her yıl belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesine göre temyiz yolu açık olan davalar ile 2024 yılı itibariyle konusu dokuz yüz yirmi bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere ilişkin davalarda istinaf merciinin verdiği kararlara karşı temyize gidilebilecektir. Bu düzenlemelere göre parasal sınır belirlenmişse de hem istinaf hem temyiz bakımından dava konusu parasal sınırın tespitinde dava açıldığı tarihin mi yoksa karar tarihinin mi esas alınacağı eksik bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesinin önüne gelen itirazlara göre davanın açıldığı ve uyuşmazlığın mahkemece karara bağlandığı tarihler arasında her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılan parasal sınırlar değişebilmektedir. Bu nedenle davanın açıldığı tarihte istinaf veya temyiz yolu açık olan bir uyuşmazlıkla ilgili verilen karara karşı karar tarihi itibariyle istinafa veya temyize başvurma hakkı ortadan kalkabilecektir. Bu durum mahkemeye erişim, hükmün denetlenmesini talep hakkı ve kanuni hakim ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca istinaf veya temyize ilişkin parasal sınırın tespitinde davanın açılma ya da karar tarihinden hangisinin esas alınacağı konusunda herhangi bir belirliliğin bulunmaması nedeniyle kural, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle de çelişmektedir. Mahkemelerin davaları farklı sürelerde sonuçlandırabileceği dikkate alındığında aynı tarihte açıldığı hâlde diğerine göre daha erken karara bağlanan davanın istinafa veya temyize tabi olması, yargılama süreci uzun süren dava hakkında kanun yoluna başvurulmaması gibi sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bu durum eşitlik ilkesini ihlal ettiği için düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise istinafa veya temyize tabi kararlara ilişkin parasal sınırın her yıl güncellenmesi nedeniyle hangi tarihteki sınıra göre başvuru yapılabileceğinin belirli bir açıklıkta ve öngörülebilir şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Devamında ise kanun yoluna başvuru açısından hangi tarihteki parasal sınırın uygulanacağını açık, net ve tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmemiş olması sebebiyle iptali istenen kuralların kanunilik şartını taşımadığını ve Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Özetle Anayasa Mahkemesi, düzenlemelerin Anayasa'nın bu maddelerine aykırı olduğunu belirtmekle yetinmiş, parasal sınırın tespitinde hangi tarihin esas alınacağını karara bağlamamıştır. Çalışmamızda istinaf ve temyiz kanun yolu bakımından idari yargıdaki parasal sınırlar Anayasa Mahkemesinin iki kararı üzerinden ele alınacaktır. Parasal sınırlara ilişkin düzenlemelerin "hukuki belirlilik", "öngörülebilirlik", "eşitlik" ilkeleri ve "mahkemeye erişim", "hükmün denetlenmesini talep" hakları ile bağdaşıp bağdaşmadığı incelenecektir. Parasal sınırın tespitinde hangi tarihin esas alınması gerektiği Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanmadığı için iptal edilen kurallar yerine iptal kararına uygun olarak kanun koyucunun nasıl bir düzenleme yapması gerektiği hususu değerlendirilecektir.

I. TÜRK İDARİ YARGISINDA OLAĞAN KANUN YOLLARI

Mahkeme tarafından hukuka aykırı bir karar verildiği takdirde, kararı veren mahkeme bizzat bu kararı değiştiremeyeceği, geri alamayacağı, bozamayacağı için hukuka aykırılık ancak üst merciye

başvurularak düzeltilebilecektir.¹ Bu halde idari yargıda mahkeme tarafından verilen kararın yanlış olduğunun iddia edilmesi halinde taraflardan birisinin talebi üzerine, kararın yeniden incelenmesinin sağlanması kanun yolu ile mümkündür.² Kanun yolunun amacı, ilk derece mahkemesinin verdiği kararda maddi bir hatanın olup olmadığının ve kararın hukuka uygunluğunun denetlenmesidir.³ İdari yargılama hukukunda kanun yolları, olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çalışmamız itibarıyla olağan kanun yolu; idari yargı merciiince verilen kesinleşmemiş kararlara karşı başvuru yapılarak bu kararların kesinleşmesini engelleyen kanun yolu türüdür.⁴ Türk idari yargılama hukukunda istinaf ve temyiz olmak iki tür olağan kanun yolu bulunmaktadır.

A. İstinaf Kanun Yolu ve Başvuru Esasları

Hukumumuzda istinaf kanun yolu, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kesinleşmemiş nihai hükümlerin maddi ve hukuki yönden bir üst mahkeme tarafından ele alınıp denetlenmesidir.⁵ İstinafla birlikte Türk idari yargısında üç dereceli bir sistem benimsenmiştir. İstinaf kanun yolu ilk derece idare ve vergi mahkemeleri ile temyiz kanun yolu arasında bulunan ikinci derece bir denetim mekanizması işlevi görmektedir.⁶ 2016 yılında istinaf kanun yoluna geçilmesiyle bölge idare mahkemeleri istinaf mercii olarak görev yapmaya başlamıştır.⁷ İstinaf mercii temyizden farklı olarak hem hukuki hem de maddi yönden kararı inceleyecek, yeniden bir yargılama yaparak karar verebilecektir.⁸ İlk derece mahkemesi tarafından verilen kararların hem maddi olay hem hukuka uygunluk bakımından incelenmesi, kişilerin adil yargılanma haklarının sağlanması ve adil kararların verilmesi bakımından önemli bir aşamadır.⁹

İstinaf kanun yoluna isteminde menfaati bulunan davanın tarafları başvurabilir.¹⁰ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45. maddesinde¹¹ istinaf kanun yoluna başvuru esasları düzenlenmiştir. Buna göre, kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa bile idare ve vergi mahkemesi tarafından verilmiş olan kararlara karşı kararların tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilecektir. Burada diğer bir şart, konusu beş bin¹² Türk lirasını geçmeyen vergi, tam yargı ve idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında verilen kararlar kesindir. Bu kararlara karşı istinaf yoluna gidilemeyeceğinden üçüncü derece olan temyiz kanun yolu da kapalıdır. Dolayısıyla bu grupta yer alan davalar için ilk derece mahkemesi kararlarının üst yargı yerlerince denetimi mümkün olmayacaktır.¹³ Ayrıca 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinde, istinaf kanun yolunun temyizden şekil ve usullerine tabi olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle temyiz sebepleri kanunda yer almadığından istinafın da sebepleri

¹ YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI, Serkan: Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, Astana Yayınları, Ankara 2018, s. 275.

² AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 813.

³ ATAY, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 442.

⁴ SANCAKDAR, Oğuz / ÖNÜT, Lale Burcu: İdari Yargılama Hukuku -Genel Esaslar-, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.439.

⁵ ATAY, s. 442.

⁶ KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 428.

⁷ Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasına ilişkin karar, RG, 07.11.2015, sayı 29525.

⁸ SANCAKDAR, Oğuz: "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine DüşüncelerThe Review of Appeal System in Administrative Judiciary", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Sayı Özel, Yıl 2013, s. 2244.

⁹ ÜSTÜN, Gül: "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 2, Yıl 2016, s.15.

¹⁰ ÇINARLI, Serkan: İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge Adliye Mahkemeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.64.

¹¹ 2577 sayılı İdari Yargılama Kanunu, RG.,20.01.1982, sayı 17580.

¹² İYUK Ek m.1 gereğince 2024 yılı için istinaf sınırı 31.000 Türk lirası olarak uygulanmaktadır.

¹³ KESKİN, Züleyha: "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 126, Yıl 2016, s.243.

sınırlı değildir.¹⁴ Fakat ara kararlara karşı¹⁵ ve ivedi yargılama usulüne tabi davalar bakımından istinaf yoluna başvurulamaz. Kararların açıklanması ve aykırılıkların giderilmesi ile yazı ve hesap hataları gibi maddi hataların düzeltilmesi için yapılacak başvurular istinafa konu edilemez.¹⁶

B. Temyiz Kanun Yolu ve Başvuru Esasları

Genel itibariyle temyiz kanun yolu, ilk derece ve istinaf mahkemeleri ile Danıştay dava dairelerinin bazı nihai kararlarının temyiz mercii olan üst bir mahkeme tarafından hukuka uygunluğunun denetlenmesidir.¹⁷ İdari yargıda temyiz mercii Danıştay'dır. Danıştay'ı İYUK m.46'da sınırlı ve belirli sayıdaki nihai kararların temyiz incelemesini yapan özel bir temyiz yeri olarak kabul etmek gerekir.¹⁸ Temyizde diğer kanun yollarından farklı olarak sadece hukuki denetim yapıldığı için maddi konular tekrar incelenemez, delil toplanamaz, dosya üzerinden kararın hukuka aykırı olup olmadığı araştırılarak karar verilir.¹⁹ Dolayısıyla istinafin aksine davanın esas hakkında yeni bir karar veremeyeceğinden, kararı hukuka uygun bulursa onar, bozma sebeplerinin birinin varlığı halinde ise kararı bozar ve yeniden karar vermek üzere kararı veren mahkemeye geri gönderir.²⁰ Temyiz aşamasında, hukuk uygulamasında birliğin sağlanması ve kamu yararına hizmet etme amacına üstünlük tanınmıştır.²¹

Mahkeme tarafından verilen nihai kararın temyiz edilebilmesi için temyiz talebinde bulunacak kişinin davanın taraflarından birisi olması ve temyiz başvurusunda menfaatinin olması şarttır.²² Temyiz kanun yolunun başvuru esasları 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bölge idare mahkemelerinin anılan maddede sayılan davalar bakımından verdikleri kararlar ile Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak vermiş oldukları nihai kararlar hakkında temyiz yoluna gidilebilecektir. Diğer kanunlarda aksine hüküm olsa dahi temyiz yolu açıktır. Bu nihai kararlar, tebliğlerinden itibaren otuz gün içinde Danıştay'da temyize edilebilir. Genel itibariyle kanun yolları arasında bir sıralama olduğundan, öncelikle istinaf yoluna daha sonra temyize gidilebilecek, kanunda sayılan bazı davalar hariç, doğrudan temyiz yoluna başvurulamayacaktır.²³ Danıştay'da temyiz yolu açık olan uyuşmazlıklar 2577 sayılı Kanun'da sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre, *"Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda verdiği kararlar, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesi gereği ivedi yargılama usulüne tabi davalarda verilen kararlar, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne tabi davalarda verilen kararlar ile bölge idare mahkemesinin istinaf incelemesi sonucu düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davasında, konusu yüz bin²⁴ Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalarda, belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davalarında, belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davalarında, müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davalarında, imar planları, parsellasyon işlemlerinden kaynaklanan davalarda, Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz*

¹⁴ ÜSTÜN, s. 27.

¹⁵ KALABALIK, s. 430.

¹⁶ ATAY, s. 438.

¹⁷ YILDIRIM / ÇINARLI, s. 287.

¹⁸ KALABALIK, s. 436.

¹⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 829.

²⁰ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 839.

²¹ SANCAKTAR / ÖNÜT, s. 470.

²² YILDIRIM / ÇINARLI, s. 291.

²³ ATAY, s. 449.

²⁴ İYUK Ek m.1 gereğince 2024 yılı için temyiz sınırı 920.000 Türk lirası olarak uygulanmaktadır.

üzerine verilen kararlar ile 18.11.1983 tarihli 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun uygulanmasından doğan davalarda, maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda, ülke çapında uygulanan öğrenim ya da bir meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar, liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izni verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar, 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun uygulanmasından ve 16.7.1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan davalar, 6.6.1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar, 3.7.2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar, düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar” hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

II. OLAĞAN KANUN YOLLARI BAKIMINDAN PARASAL SINIRLAR HUKUKİ NİTELİĞİ

İdari yargılama hukukunda konusu para olan davalarda uygulanan parasal sınırların miktarı ne olursa olsun kişiler idari dava açabilmekte, idari davalar açıldıktan sonra bu davaları tek hakim mi yoksa kurulun mu karara bağlayacağı, duruşma yapılma zorunluluğunun olup olmaması, istinaf ve temyiz kanun yoluna başvuru hakkının varlığının tespitinde parasal sınır belirleyici bir ölçüt olarak getirilmiştir.²⁵ Olağan kanun yolları bakımından 2577 sayılı Kanun uyarınca konusu paraya ilişkin olan davalar bakımından belli bir tutarın altında kalan bazı uyuşmazlıklara karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurulamayacağına ilişkin parasal sınır öngörülmüştür. Buna göre, 2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinin birinci fıkrasında ilk derece mahkemesi tarafından verilen konusu 2024 yılı itibariyle 31.000 Türk lirasının altında kalan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen nihai kararların istinaf yoluna gidilmeden kesinleşeceği düzenlenmiştir. Anılan Kanun’un 46. maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından 2024 yılı itibariyle 920.000 Türk lirasının altında kalan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalara karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir. Ayrıca olağan kanun yollarına getirilen parasal sınırların, 2577 sayılı Kanun’un ek 1. maddesi uyarınca her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların o yıl için Hazine ve Maliye Bakanlığınca her yıl tespit edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanması öngörülmüştür. Dolayısıyla parasal sınırlara ilişkin tutar sabit olmayıp her sene değişen miktarlarda uygulanmaktadır. Kanun koyucu tarafından gerek 2576 sayılı Kanun’da öngörülen tek hâkim sınırı gerekse 2577 sayılı Kanun’da öngörülen duruşma, istinaf ve temyiz sınırlarının getirilme amacı tutar bakımından önemsiz sayılan idari davalara ilişkin yargılama sürecinin daha hızlı biçimde sonuçlandırılmasını sağlamaktadır.²⁶ Ayrıca olağan kanun yolları bakımından parasal sınırların getirilme amacı, istinaf ve temyiz mercilerinin iş yükünün hafifletilmesidir.²⁷

III. OLAĞAN KANUN YOLLARINDA PARASAL SINIRIN TESPİTİ SORUNU

2577 sayılı Kanun’un gerek 45. ve 46. maddelerinde gerek aynı Kanun’un ek 1. maddesi uyarınca olağan kanun yollarına başvuru ölçütlerinden biri olan parasal sınırların miktarı düzenlenmiştir. Fakat Kanun’a göre belirlenen parasal sınırın hangi tarihten itibaren uygulanacağı yönünde herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Diğer bir ifadeyle olağan kanun yollarına

²⁵ SÖYLER, Yasin / YILMAZ, Muhammet: “Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 3, Tarih 2021, s. 2133.

²⁶ YILMAZ / Serdar: “İdari Yargıda Parasal Sınırların Zaman ve Mekan Bakımından Uygulanma Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 72, Sayı 4, Yıl 2023, s. 1915.

²⁷ SÖYLER / YILMAZ, s. 2134.

başvurabilmek için gereken parasal sınır tutarının davanın açılma, kararın verilme, istinaf mahkemesine başvurulma veya istinaf mahkemesi kararının verilme tarihinden hangisinin esas alınarak belirleneceği yönünde bir tespit sorunu vardır. Uygulamada istinaf yoluna başvuru için gerekli parasal sınır, bölge idare mahkemeleri açısından genel eğilimin ilk derece merciinin karar tarihinin, temyiz yoluna başvuru açısından ise bölge idare mahkemesinin karar tarihinin esas alınarak belirlendiği söylenebilir.²⁸ Bu durumda ilk derece mahkemesinde davanın açılma veya bölge idare mahkemesinde başvuru tarihi aynı olan iki davanın mahkemelerin iş yükü itibariyle davaları sonuçlandırma süreleri farklı olabileceği gözetildiğinde davalardan birinin istinaf veya temyize başvurma hakkının ortadan kalkması sonucu doğabilir. Örneğin; 2020 yılında ilk derece mahkemesinde açılan konusu 15.000 Türk lirası olan iki davadan birisi 2022 yılında diğeri ise 2023 yılında karara bağlanmış olsun. 2577 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi uyarınca 2022 yılı itibariyle istinaf başvuru sınırı 9000 Türk lirası iken, 2023 tarihi itibariyle bu sınır 20.000 Türk lirası olmuştur. Dolayısıyla 2022 yılında karara bağlanan davanın tarafları istinaf yoluna başvurabilecekken, 2023 yılında karara bağlanan diğer dava istinaf parasal sınırının altında kaldığından davanın tarafları istinaf yoluna başvuramayacaktır. Görüldüğü üzere kanun yollarına getirilen parasal sınırdan dolayı kişilerin istinaf veya temyiz yoluna başvurma hakkı sınırlanabilmektedir. Hem kanun yollarına getirilen parasal sınırların hangi tarih esas alınarak uygulanacağı konusunda herhangi bir netliğin bulunmaması hem de parasal sınırlardan dolayı kişilerin kanun yollarına başvuru haklarının sınırlanabilmesi sorununun "hukuki belirlilik", "öngörülebilirlik" ve "eşitlik" ilkeleri ile "mahkemeye erişim", "hükümün denetlenmesini talep" hakları açısından ayrı bir başlıkta irdelenmeye çalışacağız.

IV. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE PARASAL SINIRLARIN "HUKUKİ BELİRLİLİK", "ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK" "EŞİTLİK" İLKELERİ VE "MAHKEMEYE ERİŞİM" "HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP" HAKLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasında ilk derece mahkemesi tarafından verilen konusu 2024 yılı itibariyle 31.000 Türk lirasının altında kalan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen nihai kararların istinaf yoluna gidilmeden kesinleşeceği düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından 2024 yılı itibariyle 920.000 Türk lirasının altında kalan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalara karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir. Ayrıca olağan kanun yollarına getirilen parasal sınırların, 2577 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi uyarınca her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların o yıl için Hazine ve Maliye Bakanlığınca her yıl tespit edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanması öngörülmüştür. Fakat uygulamada derdest davalar bakımından olağan kanun yollarına başvuru yolunun açık olup olmadığının tespiti için hangi tarihteki parasal sınırın esas alınması gerektiğine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu da 2577 sayılı Kanun ile öngörülen parasal sınırların zaman bakımından uygulanması noktasında ve dava devam ederken istinaf veya temyiz yolu açık olan uyuşmazlığın, ilk derece mercii yahut istinaf mercii karar tarihi itibariyle kesin sayılma ihtimaline yönelik bir ciddi bir belirsizlik meydana gelmektedir.²⁹

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın³⁰ 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi düzenlenmiştir. Hukuk devleti ilkesinin alt ilkelerinden olan hukuki güvenlik ilkesinin en önemli yönü kanunların içeriği, anlaşılabilir olması ve yürürlüğü noktasındadır.³¹ Hukuk devletinde kişilerin en önemli güvencelerinden birini oluşturan hukuki güvenlik ilkesi kapsamında yer alan belirlilik ilkesi uyarınca da kanun veya diğer tüm düzenleyici işlemlerin açık, anlaşılır ve net bir biçimde belirli olması

²⁸ YILDIZ, Hilal: "Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 168, Yıl 2023, s. 212.

²⁹ YILMAZ, s. 1975-1976.

³⁰ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG., 09.11.1982, sayı 17863.

³¹ BATI, Murat: Vergi Reformları ve Öneriler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2023, s.16.

gerekmektedir.³² Anayasa Mahkemesi³³ de kişilerin davranışlarının sonuçlarını öngörebilecekleri şekilde hem kanun metninin varlığı hem kanunun uygulanmasının hukuki belirlilik taşıması gerektiğini belirtmiştir. Devamında bireylerin hukuki güvenliğini tesis etmeyi amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi normlarının, öngörülebilir olması, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyması, devletin de yasal düzenlemelerinde güven duygusunu sağlaması ve bu duyguya zarar veren düzenlemelerden kaçınması ve yasal düzenlemelerin kişilerin hangi somut eylem ve işleme hangi hukuksal yaptırımın öngördüğünü belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerini sağlayacak ölçüde yazılması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla olağan kanun yollarına başvuru şartı olan parasal sınırların tespitinde hangi tarihin esas alınacağı yönünde açıklığın bulunmaması davanın tarafları bakımından belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini ihlal ettiği söylenebilir.

1982 Anayasası'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek bireylerin hak arama hürriyeti anayasal güvence altına alınmıştır. En genel tanımıyla mahkemeye erişim hakkı, birtakım medeni hak ve yükümlülük içeren uyuşmazlığın tarafları açısından mahkemede dava açabilme ve davanın sonunda bir karar verilmesini isteme hakkını; suç iddiası altına bulunanlar için de haklarında karar verilmesini talep etme hakkını ifade etmektedir.³⁴ Böylelikle hükmün denetlenmesini talep etme hakkı da 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü kapsamında yer aldığı söylenebilir. Eşitlik ilkesi 1982 Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında kanun önünde eşitlik hedeflenmiştir.³⁵ Kanun önünde eşitlik için kanunun amacı belirlenmeli ve kanun amacı açısından benzer durumda olanların hepsini içine alan, bu amaçla uyumlu ölçütlere dayalı bir değerlendirme yapılmalıdır.³⁶ Bu itibarla 2577 sayılı Kanun'da olağan kanun yollarına başvuru için parasal değer hangi an itibarıyla esas alınacağı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından uygulamada derdest davalar yönünden her yıl güncellenen parasal sınırlar nedeniyle kişilerin istinaf veya temyiz yoluna başvurma hakkı sınırlanabilmektedir. Hem kanun yollarına getirilen parasal sınırların hangi tarih esas alınarak uygulanacağı konusunda herhangi bir netliğin bulunmaması hem de parasal sınırlardan dolayı kişilerin kanun yollarına başvuru haklarının sınırlanabilmesi kişilerin "mahkemeye erişim, hükmün denetlenmesini talep haklarının ihlali ve eşitlik ilkesine aykırılık sonucunu doğurabilir.

V. ANAYASA MAHKEMESİNİN E.2023/36 K.2023/142 ve E.2023/81 K.2023/184 SAYILI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari yargılamanın temel amacı, idarenin kanunların verdiği yetkiyi kötüye kullanması veya hukuk ve mevzuata aykırı eylem ve işlem tesis etmesi halinde devreye girerek idarenin hukuk alanı ve kanun kapsamı içerisinde kalmasını sağlamaktır.³⁷

Olağan kanun yollarına ilişkin parasal sınır düzenlemelerinden ilk olarak temyiz kanun yoluna ilişkin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesinin birinci fıkrasının b bendinin Anayasa'nın 2., 10., 13., 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından 26.07.2023 tarihinde³⁸ oybirliğiyle hükmün iptaline

³² TEKBAŞ, Abdullah: "Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel Sayı, Yıl 2010, s. 134.

³³ Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve Turizm LTD. ŞTİ. Başvurusu, Başvuru No: 2013/865, K. 1.6.2016, R.G. 1.7.2016-29759.

³⁴ ÇAYAN, Gökhan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 28, Yıl 2016, s. 238.

³⁵ Batı, s. 17.

³⁶ İNCEOĞLU, Sibel: "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası", *Çalışma ve Toplum*, Cilt 4, Sayı 11, Yıl 2006, s. 50.

³⁷ GÜNDAY, Metin: "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", *Anayasa Yargısı*, Sayı 14, Yıl 1997, s. 350.

³⁸ AYM'nin 26.07.2023 tarih ve E: 2023/36 K: 2023/142 sayılı kararı.

karar verilmesinin hemen akabinde istinaf kanun yoluna ilişkin 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi ile aynı Kanun'un ek 1. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 13., 36., 37. ve 40. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri istenmiştir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi 26.10.2023³⁹ tarihli kararıyla iptali istenen hükümlerin iptaline ve bu kararların Resmi Gazete'de yayımlanmalarından itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

26.07.2023 tarihli iptal kararının derhal yürürlüğe girmesi durumunda 2024 yılı itibariyle konusu 920.000 Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davanın tarafları temyiz yoluna gidemeyecek, 26.10.2023 tarihli iptal kararı derhal yürürlüğe girmesi halinde ise idari yargıda açılan tüm davalar hakkında istinaf yoluna başvurulmasının önü açılmış olacaktır.⁴⁰ Bu durumda oluşacak hukuki boşluğun önüne geçmek için Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının yürürlüğe girmesini dokuz ay ertelemesi isabetli bir yaklaşımdır.

Diğer bir husus iptal kararlarının yürürlüğe girinceye kadarki dokuz aylık süreç tamamen göz ardı edilerek, iptal edilen düzenlemelerin aynı şekilde uygulanmasını devam ettiren bir yaklaşımın benimsenmesi adil yargılanma hakkı kapsamında hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ihlali sonucunu meydana getirebilir.⁴¹ Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının gerekçesine uygun bir uygulamaya gidilmesi kanaatindeyiz.

2577 sayılı Kanun'un itiraz konusu ek 1. maddesi uyarınca istinaf ve temyiz yolu açık olan kararların tespitine ilişkin parasal sınırların her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre güncellenmesi sebebiyle hangi tarihteki sınıra göre olağan kanun yollarına başvurulacağına kanunda belli bir açıklıkta, öngörülebilir ve tereddüde mahal vermeyecek açıklıkta düzenlenmediği ve bu nedenle hükümlerin kanunilik şartını taşımadığı gerekçesiyle 1982 Anayasası'nın 13. ve 36. Maddeleri aykırı bularak iptallerine karar vermiştir. Dolayısıyla iptal edilen hükümlerin yürürlüğe gireceği tarihe kadar kanun koyucunun, iptal kararlarının gerekçelerini de dikkate alarak düzenleme yapması gerekmektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi, 2577 sayılı Kanun'da itiraz konusu kurala konu parasal değer hangi an itibarıyla esas alınacağı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmadığını belirtmekle yetinmiş, kararında parasal sınırların hangi tarih itibarıyla belirlenmesine yönelik bir fikir beyan etmemiştir. Anayasa Mahkemesi, iptal kararlarının temel gerekçesini oluşturan bu eksiklik hakkında bireylerin mahkemeye erişim, hükmün denetlenmesini talep haklarını göz önünde bulundurarak fikir belirtmemesi ve eksikliği bütünüyle yasama organına bırakmasını yerinde bulmamaktayız.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında; 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 1. fıkrasının itiraz konusu ikinci cümlesiyle istinaf parasal sınırının altında kalan davalar yönünden 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek bireylerin hak arama hürriyetini güvence altına alan bu madde kapsamına giren hükmün denetlenmesini talep hakkına sınırlama getirildiğini belirtmiştir. Devamında 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denildiği için hükmün denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, 1982 Anayasası'nda öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda hükmün denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama getiren yasal düzenlemenin keyfilik önüne geçecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmaları gerektiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, belli bir tutarın altında kalan kararlara karşı temyiz

³⁹ AYM'nin 26.10.2023 tarih ve E: 2023/81 K: 2023/184 sayılı kararı.

⁴⁰ KARAKUŞ IŞIK, Zehra: "İdari Yargıda Olağan Kanun Yollarına Getirilen Kanuni Sınırlar ve Kanuni Sınırların Anayasaya Aykırılığı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 28, Sayı 2, Yıl 2024, s. 578.

⁴¹ YILMAZ, s. 1985.

yolunun kapatılmasındaki amacının Danıştayın iş yükünün azaltılması olduğunu, usul ekonomisi ve makul sürede yargılama ilkeleri bakımından önemsiz addedilebilecek bazı davalarda verilen kararların ise kesin olmasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına aykırılık oluşturmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla hükmün denetlenmesini talep hakkını mutlak görmeyen Anayasa Mahkemesi'nin olağan kanun yollarına başvuru için parasal sınır şartı getirilmesine karşı çıkmadığı; fakat bu sınırın öngörülebilirlik bağlamında yer verilen gerekçeler ışığında davanın açıldığı tarihi esas alan bir uygulamayı zorunlu kıldığı kanaatindeyiz.⁴²

SONUÇ

Türk idari yargılama hukukunda olağan kanun yollarına başvuru şartları bakımından konusu paraya ilişkin olan uyuşmazlıklar ile olmayanlar birbirinden ayrılmıştır. Bunlardan birisi konusu paraya ilişkin uyuşmazlıklar bakımından getirilen olağan kanun yollarına başvuru için getirilen parasal sınır şartıdır. Kanun koyucu tarafından parasal sınırların getirilme amacı, usul ekonomisi ve makul sürede yargılama ilkeleri bakımından önemsiz addedilebilecek bazı davalarda verilen kararların kesin olması veya bazı davaların konusunun parasal sınırın altında kalması sebebiyle üst merci yolunun kapatılarak istinaf ve temyiz mercilerinin iş yükünün azaltılması olduğunu söylemek mümkündür. Fakat getirilen parasal sınırların belirlenmesi için hangi tarihin esas alınması gerektiği yönünde bir açıklık bulunmadığından uygulamada derdest davalar yönünden olağan kanun yoluna başvuru konusunda hak kayıpları yaşanmaktadır. Yaşanan hak kayıplarından dolayı İstinaf ve temyiz kanun yoluna başvuru için getirilen parasal sınır şartı iptal istemiyle Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiş ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek, kararların yürürlüğe girmesi dokuz ay sonraya bırakılmıştır.

İlk olarak, Anayasa Mahkemesi usul ekonomisi ve makul sürede yargılama ilkeleri bakımından önemsiz addedilebilecek bazı davalarda verilen kararların kesin olması veya parasal sınırın altında kalması sebebiyle üst merci yolunun kapatılarak istinaf ve temyiz mercilerinin iş yükünün azaltılmasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına aykırılık oluşturmayacağını belirtmiştir. Fakat günümüz ekonomik koşulları sebebiyle 2024 yılı itibarıyla istinaf sınırının 31.000 Türk lirası, temyiz sınırının 920.000 Türk lirası olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu tutarların önemsiz addedilmesi noktasında birtakım tereddütler oluşmuştur. Bundan dolayı bu tutarların altında kalan davalar bakımından olağan kanun yollarına başvurulmaması hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlandırılması ihtimalini beraberinde getirebilir.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi olağan kanun yollarına başvuru için getirilen parasal sınırların hangi tarih itibarıyla esas alınması gerektiğine yönelik iptal kararında bir fikir belirtmemiştir. Eğer kanun koyucu yeni bir düzenleme tesis edecekse Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının gerekçesini iyi bir şekilde irdeleyerek parasal sınırların dava tarihi itibarıyla düzenlenmesi gerekmektedir. Fakat üst mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla Danıştay içtihatlarında esas alınarak, yasa koyucu tarafından istinaf bakımından ilk derece mahkemesi karar tarihi, temyiz bakımından bölge idare mahkemesi karar tarihinin esas alınması bireylerin adil yargılanma haklarının ihlali bakımından yaşanacak sorunlar olduğu gibi devam edecektir.

Son olarak, yasa koyucu tarafından olağan kanun yollarına ilişkin başka sınırlamalar getirilecekse bunların, kişilerin adil yargılanma hakları çerçevesinde yer alan mahkemeye erişim, hükmün denetlenmesini talep hakları ile belirlilik, öngörülebilirlik, kanunilik, eşitlik ilkeleri gözetilerek düzenlenmesi gerekmektedir.

⁴² YILMAZ, s. 1981.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

ATAY, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

BATI, Murat: Vergi Reformları ve Öneriler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2023.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

ÇAYAN, Gökhan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 28, Yıl 2016, ss. 235-272.

ÇINARLI, Serkan: İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge Adliye Mahkemeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

GÜNDAY, Metin: “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 14, Yıl 1997, ss. 347-363.

İNCEOĞLU, Sibel: “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, Cilt 4, Sayı 11, Yıl 2006, ss. 45- 62.

KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

KARAKUŞ IŞIK, Zehra: “İdari Yargıda Olağan Kanun Yollarına Getirilen Kanuni Sınırlar ve Kanuni Sınırların Anayasaya Aykırılığı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 28, Sayı 2, Yıl 2024, s. 545-588.

KESKİN, Züleyha: “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, *TBB Dergisi*, Sayı 126, Yıl 2016, ss. 235-262.

SANCAKDAR, Oğuz: “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine DüşüncelerThe Review of Appeal System in Administrative Judiciary”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Sayı Özel, Yıl 2013, ss. 0-2326.

SANCAKDAR, Oğuz / ÖNÜT, Lale Burcu: İdari Yargılama Hukuku -Genel Esaslar-, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

SÖYLER, Yasin / YILMAZ, Muhammet: “Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 3, Tarih 2021, ss. 2131-2168.

TEKBAŞ, Abdullah: “Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel Sayı, Yıl 2010, s. 123-191.

ÜSTÜN, Gül: “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 2, 2016, ss.13-38.

YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI, Serkan: Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, Astana Yayınları, Ankara 2018.

YILDIZ, Hilal: “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 168, Yıl 2023, s. 199-226.

YILMAZ / Serdar: “İdari Yargıda Parasal Sınırların Zaman ve Mekan Bakımından Uygulanma Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 72, Sayı 4, Yıl 2023, s. 1905-2006.

YARGI KAYNAKLARI

Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve Turizm LTD. ŞTİ. Başvurusu, Başvuru No: 2013/865, K. 1.6.2016, R.G. 1.7.2016-29759

AYM'nin 26.07.2023 tarih ve E: 2023/36 K: 2023/142 sayılı kararı.

AYM'nin 26.10.2023 tarih ve E: 2023/81 K: 2023/184 sayılı kararı.

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA KASTEN YARALAMA SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ

QUALIFIED CASES OF THE CRIME OF INTENTIONAL INJURY IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Cumhuriyet Savcısı, Oğuzhan TAŞAR*

ÖZET

Anayasamızın 17. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısı ile vatandaş olsun veya olmasın ülke sınırlarında yaşayan her bir kimse maddi ve manevi bütünlüğünün korunmasını ve maddi manevi varlığına karşı gerçekleştirilen saldırılara karşı gerekli yaptırımların uygulanmasını yetkili mercilerden talep etme hakkına sahiptir. Bu anlamda; cezai sorumluluk kapsamında devlet tarafından bu amaçla düzenlenmesi ve takip edilmesi ile birlikte, belirtilen hakkı ihlal eden kişi/kişilere karşı uygulanması gereken yaptırımlarından biri de Kasten Yaralama suçu ve neticesinde cezası olduğu söylenebilir. Kasten Yaralama suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kişilere Karşı Suçlar kısmı, ikinci bölümü olan Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar bölümü başlığı altında 86. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Günlük hayatta çok sık rastlanılan bu suç gerek teorik olarak gerek de uygulamada çokça ilgi görmüş bir o kadar da farklı bakış açıları ve uygulama sorunları ile de kendinden söz ettirmiştir. Bu çalışmada kanunun ilk halinde düzenlenen ve TCK'nin 86/2 ve 86/3 maddelerinde belirtilen Kasten Yaralama suçunun nitelikli halleri ile birlikte 15/04/2020 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7242 Sayılı Kanun 11. maddesi ile TCK'nin 86/3-f maddesine eklenen "canavarca hisle" işlenen suçun nitelikli hali, 14/07/2021 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7331 Sayılı Kanun 7. maddesi ile TCK'nin 86/3-a maddesine eklenen "boşandığı eşe" karşı işlenen suçun nitelikli hali ve son olarak da 27/05/2022 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7406 Sayılı Kanun 3. maddesi ile TCK'nin 86/2 maddesine ikinci cümle olarak eklenen, suçun "kadına karşı" işlenen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralama şeklindeki ağırlaştırılmış cezalı hali üzerinde durulacak olup bu kapsamda "kadın" kavramı, düzenlemenin uygulamada yaratabileceği sorunlar, Anayasa'ya aykırılık durumu kısa şekilde değerlendirilecektir. Kadına karşı işlenen suç yönünden; maddenin kanunlaşma aşamasındaki TBMM komisyon raporlarından yararlanılacak olup bu şekilde düzenlemenin amacının tespitine çalışılacaktır. Çalışmaya konu tüm bölümlerde örnek yargı kararları üzerinden konu somutlaştırılacaktır. Yine teori ve uygulamada sıkça karşılaşılan durumlar örnekleri ile açıklanacak olup bu bağlamda her ikisi arasındaki farklılıklar çalışma konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kasten Yaralama Suçu, Nitelikli Hal, Ağırlaştırıcı Neden, Karar, Kadın

* Çorum Adliyesi Cumhuriyet Savcısı, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, oguzhantsr55@gmail.com, ORCID: 0009-0008-2118-7018

ABSTRACT

In Article 17 of our Constitution, it is stated that everyone has the right to live and to protect and develop their material and spiritual existence. Therefore, every person living within the borders of the country, whether a citizen or not, requests the competent authorities to protect their material and moral integrity and to impose the necessary sanctions against attacks against their material and spiritual existence. has the right to do so. In this sense; Although it is regulated and monitored by the state for this purpose within the scope of criminal liability, it can be said that one of the sanctions that must be applied against the person(s) who violate the specified right is the crime of Intentional Injury and its resulting punishment. The crime of Intentional Injury is included in the Crimes Against Persons section of the Turkish Penal Code No. 5237, under the second section, Crimes Against Bodily Inviolability, section 86 et seq. regulated in the articles. This crime, which is very common in daily life, has received a lot of attention both theoretically and in practice, and has also made a name for itself with its different perspectives and practical problems. In this study, the qualified cases of the crime of Intentional Injury, which was regulated in the first version of the law and specified in Articles 86/2 and 86/3 of the TCK, as well as Article 11 of Law No. 7242 published in the Official Gazette dated 15/04/2020 and Article 86/3-f of the TCK. The qualified state of the crime committed with "monstrous feeling" added to the article, the qualified state of the crime committed against the "divorced spouse" added to the TCK Article 86/3-a with Article 7 of Law No. 7331 published in the Official Gazette dated 14/07/2021, and finally The aggravated criminal form of the crime "against women", which was added as the second sentence to Article 86/2 of the Turkish Penal Code by Article 3 of Law No. 7406 published in the Official Gazette dated 27/05/2022, will be focused on, and in this context, the aggravated criminal form of the crime in the form of injury that can be resolved with simple medical intervention. The concept of "woman", the problems that the regulation may create in practice, and its unconstitutionality will be briefly evaluated. In terms of crimes against women; The Turkish Grand National Assembly commission reports at the stage of enactment of the article will be used and in this way, the purpose of the regulation will be determined. In all sections of the study, the subject will be concretized through sample judicial decisions. Again, situations frequently encountered in theory and practice will be explained with examples, and in this context, the differences between the two will be the subject of study.

Keywords: Crime of Intentional Injury, Qualified Circumstance, Aggravating Circumstance, Decision, Woman

GİRİŞ

Kanun maddesinin düzenlenme şekline göre kasten yaralama suçunu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 86/1 ve 86/2 maddeleri kapsamında iki ayrı suç olarak kabul etmek mümkündür. Bu ayırımın nedeni ise suçun mağdurunda meydana gelen yaralanmanın niteliği ve ağırlığı ile ilgilidir. TCK 86/3 maddesinde belirtilen suçun nitelikli halleri her iki fıkra bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Somut olayda kanunda sayılan nitelikli hallerinin uygulama alanı bulup bulmayacağına ilişkin ilk olarak; kullanılan kelimelerin anlamlarından ve kelimelerin TCK ve diğer kanunlardaki kanuni tanımlarından yola çıkılacaktır. Ancak bu yöntemin her zaman kesin bir sonuca götüreceğini söylemek zordur. Bu noktada ise daha öncesinde konu ile ilgili verilen yargı kararlarından yararlanmak yol gösterici olacaktır.

Son yıllarda kanun koyucu kasten yaralama suçunun nitelikli hallerini artırma ve genişletme iradesi ve eğilimindedir. Ancak kanun yapılırken açık ve anlaşılır şekilde düzenlemelere yer verilmemesi uygulamada bazı sorunlara neden olmaktadır. Bu sorunlar ise yargılamaların gecikmesine ve adaletsiz kararların çıkmasına neden olabilmektedir. Tüm bu sebeplerden dolayı kanun koyucu tarafından açık

ve anlaşılır şekilde kanuni düzenlemelerin yapılması önem arz etmektedir.Yine TCK 86/3 maddesinde sayılan nitelikli hallerden başkaca bazı özel kanunlarda kasten yaralama suçunun bir kısım nitelikli halleri düzenlenmiştir.Uygulamacıların bu nitelikli hallerin uygulanması veya uygulama alanlarının belirlenmesi noktasındaki tavır, bilgi ve birikimleri de adaletli hüküm verme şeklindeki amaç bakımından önemli bir yere sahiptir.

I. HAFİFLETİCİ NEDEN: BASİT TIBBİ MÜDAHALE İLE GİDERİLEBİLECEK NİTELİKTE YARALAMA

TCK 86/2 maddesinde "*Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.*" şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.Yaralanmanın niteliğinin belirtildiği "*basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması*" şeklindeki kriter, adli rapor düzenlemede yetkili hekimlerce farklı algılanabilecek ve karar veren makamlarca keyfi uygulamalara neden olabilecektir.¹Mülga 765 sayılı Ceza Kanunu'nda ise hafifletici nedenin uygulanması ölçütü "*hastalığa veya bedensel faaliyetlerden mahrumiyete neden olmama veya mahrumiyetin on günden fazla sürmemesi*" şeklinde belirtilmişti. Adli Tıp Derneği, Adli Tıp Grup Başkanlığı ve Adli Tıp Uzmanları Derneği tarafından düzenlenen ve 2019 yılında güncellenen Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi'nde basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralanmaların hangileri olduğu belirtilmiştir² Ancak uygulamada; yaralamaya konu hekim raporlarının önemsenmeyecek kısmının adli tıp uzmanlarınca düzenlenmediği ve bu listeye bağlı kalınmadığı, dolayısı ile yaralanmaların niteliği bakımından istikrar kazanan bir değerlendirmenin bulunmadığı görülmektedir. TCK 86/1'de belirtilen acı verme, sağlığının veya algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma şeklinde neticeler bu madde bakımından da geçerlidir.

Yaralanmaların TCK 86/2 kapsamında kalan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde nitelikte olup olmadığının tespiti hususunda tıp biliminin verilerinin esas alınması gerektiği hakim görüş ise de belirtilen hususun yalnızca adli tıp uzmanlarının alanına değil, hukukçuların takdirine bırakan görüşler³ de mevcuttur.

Her ne kadar madde metninden anlaşılmasa da; herhangi bir şekilde tıbbi müdahale gerektirmeyen yaralanmalar da bu madde kapsamında değerlendirilmelidir.⁴ Yine suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde ortada tıbbi müdahale gerektirecek yaralanma bulunmadığından ayrıca "çoğu içeren azı da içerir" kuralı gereğince TCK 86/2 maddesi kapsamında değerlendirme yapılması uygundur ve Yargıtay kararlarında da bu husus istikrar kazanmıştır.⁵

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 20/04/2022 tarih, 2020/1905 E. 2022/10789 K. sayılı kararında "*sanık Hüseyin'..e yükletilen mağdur Semra..'ya yönelik silahla kasten yaralamaya teşebbüs eylemi*

¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s.75.

² <https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-06-19.pdf>, 2019 (E.T. : 14/07/2024)

³ ARTUK, Mehmet Emin / YILMAZ, Erkam: "Basit Tıbbi Müdahalelik Yaralanmalar ve Neticesi İtibariyle Ağırlaşmış Suç Hükümlerinin Tatbiki Meselesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, 2022,263-310, s. 26.

⁴ ARTUK / YILMAZ, ,s. 274.

⁵ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Ruhan / ÖNOK, Murat: Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara 2017, s. 258.

nedeni ile kurulan hükümde, temel cezanın TCK'nin 86/2 maddesi gereğince belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, TCK'nin 86/1 maddesi gereğince belirlenmesi suretiyle fazla ceza tayini" şeklindeki gerekçeler ile bu husus bozma nedeni yapılmıştır.⁶

TCK 87 maddesinde belirtilen suçun neticesi itibariyle ağırlaşmış hallerinde meydana gelen yaralanmaların; TCK 86/2 kapsamında basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif yaralanma olarak kabul edilemeyeceği ve bu durumda bu hükmün uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 05/07/2022 tarih, 2022/4891 E. 2022/6256 K. sayılı kararında bu durum "Sanığın eylemi sonucunda katılan Mehmet'in ve mağdur Ali'nin vücudunda ağır (5.) derece kemik kırığı meydana gelecek şekilde yaralandığı olayda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama niteliğindeki vücudunda kemik kırığı meydana gelecek şekilde yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilemeyeceği gözetilmeden, sanık hakkında temel cezanın TCK'nin 86/1. maddesi yerine aynı Kanun'un 86/2. maddesi gereğince belirlenmesi" şeklinde belirtilmiştir.⁷

A. Kadına Karşı İşlenen Basit Tıbbi Müdahale İle Giderilebilecek Nitelikte Yaralama

Bilindiği üzere Türk Ceza Kanunu'na eklenen 27/05/2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7406 sayılı Kanun ile Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, İşkence Eziyet ve Tehdit suçlarında, suçun kadına karşı işlenmesi halinde cezasının artırılacağı veya suçun cezasının alt sınırının belli bir miktardan aşağı olamayacağı düzenlenmiştir. Kanunla metinde belirtilen "kadın" kavramının tanımı yapılmış değildir. Getirilen düzenleme ile belirtilen suçlar bakımından erkeğe veya kadına karşı işlenmiş olmaları halinde yani suçun mağdurunun cinsiyetine bağlı olarak faillerinin cezalarında farklılık meydana getirilmiştir.

Kanun ile TCK 86/2 maddesine de "Suçun kadına karşı işlenmesi hâlinde cezanın alt sınırı altı aydan az olamaz" şeklinde ikinci cümle eklenmiştir.

Kanun koyucunun bu düzenlemeleri yaparken ulaşmak istediği amacın öncelikli olarak tespiti gerekir. Son zamanlarda medyadan da takip edildiği üzere kadına karşı işlenen kasten öldürme, kasten yaralama gibi suçlara ilişkin olaylar gündemde çokça yer tutmuş ve konu çok sayıda vatandaş ve uzmanlarca tartışılmıştır. Kanunun düzenleme amacının tespiti için de kanun madde gerekçeleri ve meclis aşamasındaki komisyon tutanaklarını incelemek yol gösterici olacaktır.

TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu raporunda düzenlemeye ilişkin; "Kadına karşı şiddetle daha etkin mücadele edilebilmesi ve caydırıcılığın sağlanabilmesi amacıyla bazı suçların kadına karşı işlenmesi hâlinde cezaların artırılmasının öngörüldüğü, kadına yönelik şiddetle mücadele sürecinin etkinliğinin artırılmasını teminen mevzuatımızda da bazı değişiklikler yapılması gerektiği, kadına yönelik şiddet suçlarının toplumu derinden etkilediği, bu suçlarla etkin mücadele edilmesine ve mağdurların adalete erişiminin kolaylaştırılmasının sağlanmasına yönelik hazırlanan düzenlemenin önemli hükümler içerdiği, kadına yönelik kasten yaralama, işkence, eziyet ve tehdit suçlarının kadına karşı işlenmesi halinde yaptırımların ağırlaştırılmasının olumlu olduğu," şeklinde gerekçelendirilmiştir. Komisyon muhalefet şerhinde ise "kadına yönelik şiddetin. kadının cinsiyeti dolayısı ile uğradığı şiddet olduğu açıkça belirtilmedikçe, şiddetin özneleri açıkça tanımlanmadıkça, kadınların orantısız biçimde etkilendiği anlayışı var

⁶ <https://portal.uyap.gov.tr>, (E.T. : 15/07/2024)

⁷ <https://portal.uyap.gov.tr>, (E.T. : 15/07/2024)

olmadıkça, kadına yönelik cinsiyete dayalı şiddet sorununun çözülmesi mümkün olmayacaktır. Sorunun çözümü için, öncelikle şiddetin öznelerinin tanımlanması ve kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kesin ve kati bir şekilde indirim yapılamayacak suçlar arasında sayılması gerekmektedir" şeklinde görüş bildirilmiştir.⁸

TBMM Adalet Komisyonu raporunda ise düzenlemeye; *"Teklifin kadına karşı şiddetle mücadele için getirildiği iddia edilen ağırlaştırıcı sebep ihdası ve ceza alt sınırlarının artırılmasına ilişkin 2 ila 6'ncı maddeleri, eşitlik ilkesinin anlaşılış biçimi ve yasaya aktarma biçimi açısından sorunludur. Örneğin adam öldürme suçunun mağdurunun kadın olması durumunun suçun nitelikli hâli olarak düzenlenmesi, bir kadının, bir kadını ve bir erkeği öldürmesi durumunda öldürdüğü kadın nedeniyle Anayasanın 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı biçimde daha fazla ceza almasına yol açacaktır, kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet tanımı mevzuatta yer almalı ve aralarında aile bağı veya bir ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın cinsiyet temeline dayanan her türlü şiddeti kapsayacak şekilde teklifteki hükümler düzenlenmelidir."* şeklinde ifadelerle muhalefet edilmiştir. Maddenin *"Suçun kadına karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve bir kadına kadın olduğu için yöneltilen veya orantısız bir biçimde etkileyen şiddet olarak işlenmesi halinde cezanın üst sınırı verilir"* şeklinde ibarelerin eklenmesinin uygun olacağı ve aynı maddenin 3. fıkrasının (a) bendinin *"aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kadına karşı ve kadın olduğu için"* şeklinde değiştirilmesi gerektiğinin uygun olacağı belirtilmiştir.⁹

Kadın kelimesi sözlük anlamı olarak *"Erişkin dişi insan, hatun, hatun kişi, zen"* şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰ Düzenlemenin yalnızca cinsiyet kriteri göz önünde bulundurularak yapılması nedeniyle, kanundaki "kadın" teriminin sözlük anlamını karşılamadığı söylenebilir. Yaşı ne olursa olsun cinsiyeti kadın olan her mağdura karşı işlenen suçta cezayı artırıcı bu neden uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak küçük yaştaki farklı cinsiyetlerdeki mağdurlara karşı işlenen TCK 86/2 kapsamındaki suçlar bakımından adaletsiz bir durum ortaya çıkacaktır. Örneğin; iki yaşındaki kız çocuğuna karşı işlenen suç dolayısı ile fail, yine iki yaşındaki erkek çocuğuna karşı aynı suçu işleyen failden daha ağır ceza ile cezalandırılacaktır.

Her ne kadar bağlayıcı niteliği bulunmasa da Konya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 24/04/2024 tarih, 2024/617 E. 2024/1052 K. sayılı kararı ve Van Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 02/04/2024 tarih, 2024/46 E. 2024/301 K. sayılı kararında kadın ve çocuk kelimelerinin, sözlük ve TCK 6. maddesi kapsamında farklı anlamlar ifade etmesi nedeni ile on sekiz yaşından küçük mağdurlara karşı işlenen TCK 86/2 maddesi kapsamında kalan kasten yaralama suçunda "suçun kadına karşı işlenmesi" şeklindeki nitelikli halinin uygulanmayacağı yönünde karar verilmiştir.¹¹ Kanunda kasten yaralama suçunun mağdurunun yalnızca "çocuk" olması da nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Bu kararlardan yola çıkarak on yedi ve on dokuz yaşındaki farklı iki mağdura karşı aynı suçun işlenmesi halinde farklı miktarda cezalandırma yoluna gitmek ise adaletsiz sonuçlara yol açacaktır.

⁸ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss323.pdf> (E.T. : 16/07/2024)

⁹ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss323.pdf> (E.T. : 16/07/2024)

¹⁰ <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T. : 17/07/2024)

¹¹ <https://portal.uyap.gov.tr/>, (E.T. : 18/07/2024)

Cinsiyet değiştirenler bakımından suç tarihi itibari ile resmi olarak mensup olduğu cinsiyetinin tespit edilerek suç tarihi itibari ile kadın olarak kabul edildiği hallerde bu hükmün uygulanması doğru olacaktır.

Düzenlemenin diğer sorunlu yanı; cezanın alt sınırında yapılan değişikliğin yalnızca TCK 86/2 kapsamında basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif yaralanmaların meydana geldiği durumlarda bu nitelikli halin uygulanma imkanının bulunmasıdır.TCK 86/1 maddesinde belirtilen şekilde bir değişiklik yapılmamıştır. TCK 86/1 veya 86/2 kapsamında kalan Kasten Yaralama suçunda; suç unsurları ve tipi bakımından farklılık yoktur. Ancak görüldüğü şekilde bu suçların kadına karşı işlenmesi halinde TCK 86/2 maddesinin uygulanması gereken durumda failin cezasının alt sınırında ceza artırımı yapılacak olup, diğer durumda failin cezasında artırım yapılamayacaktır.

Yine suçun failinin kadın olması durumunda da haksızlık ve eşişsizliğe aykırı durum oluşacaktır. Örneğin; bir erkeğin erkeğe karşı işlediği fiilden dolayı hakkında; TCK 86/2 kapsamında bulunan Kasten Yaralama suçundan alt sınırdan ceza verileceğini düşünürsek 4 ay hapis cezası verilecektir. Bir kadının, bir kadına karşı bu suçu işlediği halde ise 6 ay hapis cezası ile cezalandırılacaktır.Görüldüğü şekilde düzenleme bu durumda da adaletsiz sonuçlara neden olacaktır.

Değişiklik ile maddede yalnızca *"kadına karşı işlenmiş olması halinde...."* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Burada suçun mağdurunun *"kadın"* olması cezanın ağırlaştırılması için yeterli görülmüştür. Bu düzenlemenin *"kadına karşı belli amaçlar için işlenmiş veya yalnızca kadın olmasındaki kolaylıktan yararlanmak suretiyle"* vb şekillerde veya TBMM Adalet Komisyonu muhalefet şerhinde belirtildiği gibi *"Suçun kadına karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve bir kadına kadın olduğu için yöneltilen veya orantısız bir biçimde etkileyen şiddet olarak işlenmesi halinde."* şeklinde düzenleme yapılması daha uygun olabilirdi. Yine düzenlemenin yalnızca 86/2 maddesine cümle eklenmek sureti ile değil de, 86/3 maddesinde belirtilen nitelikli haller içerisinde düzenlenmesi ceza adaletine daha uygun olabilirdi.Belirtilen durumlar nedeniyle düzenlemede eksiklik ve yanlışlıkların bulunduğu görülmektedir. Bu hali ile de düzenlemenin Anayasa 10. maddede belirtilen eşişlik ilkesine ve Anayasa 36. maddede belirtilen adil yargılanma hakkına aykırı düzenleme olduğu açıktır.

II. SUÇUN AğIRLAŞTIRICI NEDENLERİ

Türk Ceza Kanunu 86/3 maddesinde kasten yaralama suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bu nitelikli hallerin dışında; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen, ek madde 12 ile sağlık çalışanlarına karşı işlenen kasten yaralama suçunda failin cezasında yarı oranında artırım yapılacağı düzenlenmiştir.Yine 6222 Sporda şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanununun 17. maddesine göre spor alanlarında işlenen kasten yaralama suçlarında şikayet aranmaksızın failerin cezalarında yarı oranda artırım yapılacaktır.

A. Üstsoya, Altsoya, Eşe, Boşandığı Eşe Veya Kardeşe Karşı Kasten Yaralama

TCK'nin 86/3-a maddesinde suçun , altsoya, eşe, boşandığı eşe veya kardeşe karşı işlenmiş olması halinde cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir. Burada belirtilen yakınlıktaki akrabalara karşı işlenen Kasten Yaralama suçunun nitelikli hal olarak düzenlenmesinin nedeni ise; mağdurun; diğer faille göre yakınlığının ve akrabalığının bulunduğu faile karşı daha savunmasız oluşu nedeniyle fail bakımından suçun işlenmesindeki kolaylık ve belirtilen yakınlara karşı işlenen suçun daha büyük kötülük olarak kabul edildiği düşüncesi olduğu söylenebilir.Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin mağdurun belirtilen yakınlıkta olduğunu bilmesi dolayısı ile kastının bu nitelikli hali de kapsaması

gerekir.¹² Kasten yaralama suçunun temel halinin herkes tarafından işlenebilmesi nedeniyle bu madde kapsamında işlenen suçlar görünüşte özgü suçlar kategorisine dahil edilebilir.

"Altsoy ve üstsoy" kavramına yalnızca kan hısımlığı dahil olup kayın hısımlığı bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Yine hısımlığın derecesi önemli değildir. Baba hakkında tanıma veya dava yoluyla soy bağının kurulmasına gerek yoktur.

Belirtilen "eş" kavramından 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre geçerli evliliklerin anlaşılması gerekir. İmam nikahlı eş veya fiili birliktelikler bu kapsamda değerlendirilemez. Taraflar arasındaki ilişki boşanma davası ile sonuçlanıp bu kararın da kesinleşmesi halinde aralarında "eş" ilişkisi bulunmayacağından bu hüküm uygulanmayacaktır. Haklarında ayrılık kararı verilmiş eşler hakkında da halen evlilik birliği devam ettiği için bu hüküm uygulanacaktır.

14/07/2021 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7331 Sayılı Kanun 7. maddesi ile "boşandığı eş" de kasten yaralama suçunun nitelikli hali kapsamına alınmıştır. Aleyhe kanunun geriye yürümemesi ilkesi gereğince bu tarihten önceki tarihlerde işlenen suçlar bakımından bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihlerde (Kasten Öldürme suçu ile birlikte) "boşandığı eş" kavramının "eş" kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği veya buna ilişkin düzenleme yapılması konusunda tartışmalar ve çalışmalar mevcuttu.¹³ Kanuni düzenleme ile birlikte bu tartışmalar da sona ermiştir.

TBMM Adalet Komisyonu raporunda düzenleme "Toplumda karşılaşılan şiddet olaylarının mağdurları arasında, boşanmış eşlerin de bulunduğu gözlemlenmektedir. Boşanma aşamasında eşler arasında ortaya çıkan, büyüyen ve hatta husumete dönüşen anlaşmazlıkların, boşanmadan sonra da devam etmesi veya boşanmış eşlerin, özellikle, bu tür şiddet olaylarının vuku bulmasını kolaylaştırmaktadır. Bu durum, hayata, vücut dokunulmazlığına ve hürriyete karşı suçlardan; öldürme, yaralama, eziyet ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları bakımından mağdurun boşanmış eş olması halinin cezayı ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır," şeklinde genel olarak ve "özellikle kadına karşı şiddet eylemleriyle daha etkin mücadele edilmesi ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla" şeklinde madde bazında gerekçelendirilmiştir.¹⁴

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için taraflar arasında mahkemece boşanma kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi gerekir.

"Kardeşe karşı" işlenen Kasten Yaralama suçu bakımından ise kastedilen ana baba bir veya ana bir veya baba bir kardeşlerdir. Mülgâ 765 sayılı Ceza Kanunundan farklı olarak üvey kardeşler bu kapsamda değildir.¹⁵ Tanınmış ve hüküm ile karar verilmiş olması halinde evlilik dışı kardeşler de bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹⁶

¹² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 155.

¹³ DÖNMEZ, Elif: "Kasten Öldürme Suçunun Eski Eşe Karşı İşlenmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 11, 2021, s.594-628.

¹⁴ 7331 Sayılı Kanun Adalet Komisyonu Raporu, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss274.pdf>, 2021 (E.T. : 17/07/2024)

¹⁵ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 47.

¹⁶ GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 464.

B. Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenen Kasten Yaralama

Gerek suçun işlenmesi sırasındaki kolaylık gerekse kendisine karşı suç işlenen mağdurun bu özelliği dolayısı ile failde bulunduğu kabul edilen ahlaki kötülük dolayısı ile bu nitelikli halin düzenlenmiş olduğu söylenebilir.¹⁷ Yaş küçüklüğü, yaşlılık, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, hamilelik gibi durumlardan başkaca diğer mağdurlara oranla savunma gücü daha az kabul edilebilen ruhsal bozukluk veya hastalık bulunan kişilere karşı işlenen kasten yaralama suçu bakımından da bu nitelikli hal kabul edilmelidir.¹⁸ Mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunabilecek durumunun tespiti uzmanlarca düzenlenecek hekim raporuna istinaden takdir edilecektir.¹⁹

Mağdurun çocuk olması TCK 82 maddesinde belirtilen kasten öldürme suçundan farklı olarak TCK 86/3 maddesinde başlı başına nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Çocuğun ancak beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olmadığına tespiti halinde bu nitelikli hal uygulanabilecektir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 07/06/2022 tarih, 2022/3933 E. 2022/11636 K. sayılı kararında *"Mağdur Kadir'e karşı kasten yaralama suçundan kurulan hüküm yönünden; mağdurun suç tarihinde 12 yaşını doldurduğunun, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olduğuna dair dosya kapsamında herhangi bir rapor bulunmadığının anlaşılması karşısında; mahkemece mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olduğuna dair delillerin nelerden ibaret olduğu tartışılmadan 5237 sayılı TCK'nın 86/3-b maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini"* şeklinde gerekçeler ile çocuklar için cezalandırma yaşı olan 12 yaşın esas alındığı ve hekim raporunca tespiti halinde bu nitelikli halin uygulanabileceği belirtilmiştir.²⁰

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 22/01/2018 tarih, 2016/5431 E. 2018/128 K. sayılı kararında *"Mağdurun olaydan sonra alınan ve tanık İbrahim ... tarafından da doğrulanan ilk beyanında, olay sırasında uyuyor olduğunu ve acı ile uyandığını belirtmesi karşısında, sanığın uyku halinde bulunan ve 5237 sayılı TCK'nın 82/1-e maddesi kapsamında beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan mağdura karşı öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, temel cezanın aynı kanunun 81. maddesi uyarınca belirlenmesi suretiyle suçun nitelendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması.."* şeklindeki gerekçeler ile uyku hali de bu kapsamda değerlendirilmiştir.²¹

C. Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenen Kasten Yaralama Suçu

Bu nitelikli halin düzenlenmesi amacının; kamu görevlisine ayrıcalık tanınması olmayıp kamu görevlisinin bu görevini gereği şekilde yapmasını sağlamak olduğu söylenebilir. TCK 6 maddesinde kamu görevlisi *"kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma ve madde gerekçesine göre avukatlık, noterlik, bilirkişilik, tercümanlık, gibi kurumlar kamusal faaliyet olarak kabul edilebilir.²²

¹⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK , s. 158; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 31.

¹⁸ GERÇEKER, Hasan; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, 5. Baskı s. 896

¹⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 48.

²⁰ <https://portal.uyap.gov.tr>, (E.T. : 18/07/2024)

²¹ <https://portal.uyap.gov.tr>, (E.T. : 18/07/2024)

²² ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, 2021, s.209-210.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun sıfatının kamu görevlisi olması yeterli olmayıp; failin eylemini mağdurun yerine getirmiş olduğu görevinden dolayı gerçekleştirmiş olması gerekmektedir.²³

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen, ek madde 12 ile "*Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır*" şeklinde düzenleme nedeni ile bu kapsamda bulunan kişiler de kamu görevlisi sayılacaktır.

Yine bu nitelikli hal bakımından oluşan Kasten Yaralama suçunun, TCK 265 maddesinde düzenlenen Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçundan farkının tespit edilmesi önemlidir.Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 12/10/2022 tarih, 2020/17096 E. 2022/19602 K. sayılı kararında "*sanıkların gözaltında olan yakınlarının yaralı olması nedeniyle bir an önce işlemlerinin bitirilmesini istemeleri üzerine mağdur polis memuru ile aralarında çıkan tartışma sonucunda, mağduru tehdit edip yaraladıkları şeklinde kabul edilen olayda, mağdur ve sanıkların anlatımları ile 03/07/2012 tarihli olay tutanağı içeriğinden, icra edilmek istenen bir kamu görevine karşı eylemde bulunulmadığı, sanıkların eylemlerinin TCK'nın 106/1-2 ve aynı Kanun'un 86/2-3-c. maddesinde düzenlenen tehdit ve yaralama suçlarını oluşturduğu gözetilmeden suç niteliğindeki yanılığ ile yazılı şekilde görevi yaptırmamak için direnme suçundan hükümler kurulması*" şeklinde gerekçeler ile icra edilmek istenen kamu görevine karşı eylemin bulunmadığı durumlarda Görevi Yaptırmamak İçin Direnme suçunun değil, Kasten Yaralama suçunun oluşacağı belirtilmiştir.²⁴

Yine Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 05/10/2022 tarih, 2020/17026 E. 2022/18886 K. sayılı kararında "*sanığın içinde bulunduğu minibüsün çok bekletilmesine sinirlenerek katılan polis memuru ile tartışmaya başladıkları, akabinde sanığın tehdit sözleri sarf edip katılana vurmak için üzerine yürüdüğü olayda, sanığın yaralama ve tehdit eylemlerinin polis memurlarının görevlerini engellemeye yönelik olduğu ve bir bütün halinde görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu, bu suretle sanık hakkında TCK'nın 265/1. maddesi uyarınca ceza tayin edilmesi gerekirken, yaralama ve tehdit suçlarından ayrı ayrı hükümler kurulması*" şeklindeki gerekçeler ile sanığın polis memurlarının görevini engellemeye yönelik eyleminin Kasten Yaralama suçunu değil, Görevi Yaptırmamak İçin Direnme suçunu oluşturacağı belirtilmiştir.²⁵

D.Kamu Görevlisinin Sahip Bulunduğu Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenen Kasten Yaralama Suçu

Kasten Yaralama suçunda bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi sıfatının bulunması yanında bu sıfatın vermiş olduğu nüfuzun da istismar edilerek failin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.Kişisel husumet veya menfaat sebebiyle gerçekleştirilen eylemler dolayısı ile bu nitelikli halin uygulanması söz konusu olmayacaktır.²⁶ Failin kolluk kuvveti gibi zor kullanma yetiksinin bulunması şart değildir.²⁷ Bir öğretmenin öğrencisine ders esnasında tokat atması da bu nitelikli hal

²³ GÖKCAN / ARTUÇ, s. 496.

²⁴ <https://portal.uyap.gov.tr>, (E.T. : 19/07/2024)

²⁵ <https://portal.uyap.gov.tr>, (E.T. : 19/07/2024)

²⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 232.

²⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s.210; GÖKCAN / ARTUÇ, s. 496.

kapsamında değerlendirilebilecektir. Zor kullanma yetkisinin bulunması halinde ise Kasten Yaralama suçu hükümlerine atıf yapan TCK 256 maddesi de gündeme gelecektir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 28/02/2019 tarih, 2018/11293 E. 2019/4262 K. sayılı kararında "Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın katılanın rehber öğretmeni olduğu, taraflar arasında devam eden ilişkinin sanığın başka okullara tayin olması sonrasında da devam ettiği, suç tarihinde taraflar arasındaki önceden başlayan ilişki nedeniyle çıkan tartışma sonrasında sanığın, katılanı yaraladığı olayda, sanığın sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanılması suretiyle kasten yaralama suçunu işlememesi karşısında, koşulları oluşmadığı halde sanık hakkında TCK'nin 86/3-d maddesi uygulanarak fazla ceza tayini," şeklinde gerekçeler ile failin olayda nüfuzunu kötüye kullanmadığının anlaşıldığı durumlarda bu nitelikli halin uygulanamayacağı belirtilmiştir.²⁸

E.Kasten Yaralama Suçunun Silahla İşlenmesi

TCK 6. maddesinde silah deyimi; "ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler" olarak tanımlanmıştır. Belirtilen silah kavramı 6136 sayılı Ateşli Silahla Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun kapsamında belirtilen kavramdan daha geniş anlamda ve objektif olarak bakıldığında niteliğine ve kullanım şekline göre yaralamaya neden olabilecek, saldırı ve savunmada kullanılmaya özelliğine sahip her türlü eşyayı ifade etmektedir. Silahın taşınabilir eşya olması zorunlu olup, mağdurun kafasının sert yer zeminine veya duvar vurulması halinde bu nitelikli hal uygulama alanı bulmaz.²⁹

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 08/04/2019 tarih, 2018/12374 E. 2019/7485 K. sayılı kararında "Sanığın katılanın kafasını duvara vurması suretiyle gerçekleştirdiği yaralama eyleminde; kullanılan duvarın sabit olması nedeniyle fiilen saldırıda kullanılmaya elverişli olmaması ve bu nedenle de 5237 sayılı TCK'nin 6. maddesinin 1/f-4. bendi kapsamına giren silah vasfını taşıyamaması karşısında; sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nin 86/3-e maddesinin uygulanmaması gerektiğinin gözetilmemesi," şeklindeki gerekçeler ile duvarın silah sayılmayacağı nedeni ile bozma kararı verilmiştir.³⁰

Suçta kullanılan eşyanın silah niteliğinin bulunup bulunmadığının tespitinde; her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmeli ve buna göre sonuca varılmalıdır.³¹ "Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler" tanımından yola çıkarak yaralamaya elverişli olmak şartı ile insan vücuduna ve el, ayak gibi vücut parçalarına oranla yaralamayı kolaylaştırıcı her cisim silah olarak kabul edilebilecektir. Yerine göre; çakmak, bardak, cep telefonu, kalem, terlik, çatal, yanan sigara izmariti, kaynar su, pet şişe gibi birçok eşya silah olarak nitelendirilebilecektir.

²⁸ <https://portal.uyap.gov.tr>, (E.T. : 21/07/2024)

²⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 233.

³⁰ <https://portal.uyap.gov.tr>, (E.T. : 21/07/2024)

³¹ BAŞ, Eylem: "Kasten Yaralama Suçunun Silah Olarak Kabul Edilen "Saldırı ve Savunma Amacıyla Yapılmış Olmasa Bile Fiilen Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişli Diğer Şeyler" ile İşlenmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2022, (97-151), s. 114.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19/02/2019 tarih, 2017/3-311 E, 2019/112 K. sayılı kararında ise "aralarında çıkan tartışmada sanığın su dolu 500 ml'lik pet şişeyi mağdura fırlattığı ve tekme atmaya çalıştığı olayda; kullanılış amacı ve yapısı bakımından saldırı ve savunma amacıyla üretilmediği, caydırıcı ve korkutucu özelliğe sahip olmadığı hususunda tereddüt bulunmayan su dolu 500 ml'lik pet şişenin, sanık tarafından kullanılış biçimine göre mağdurun yaralanması sonucunu doğuracak elverişlilikte olmaması, yine kullanılış biçimine göre kavgada tokat veya yumrukla meydana getirilebilecek zarardan öte sanığa bir avantaj veya üstünlük sağlamaması, kavgada sanık tarafından etkin bir şekilde kullanılmaması ve dosyada mağdurun yaralandığına dair herhangi bir adli rapor da bulunmaması karşısında, su dolu 500 ml'lik pet şişenin, kullanılış biçimine göre kasten yaralama suçu bakımından silah olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmelidir." şeklinde yerinde olmayan gerekçe ile içi su dolu pet şişenin silah kabul edilmeyeceğine karar verilmiştir.³²

Failin bedeni kuvvetini yani fiziki gücünü kullanarak gerçekleştirdiği kafa atma, diz vurma gibi eylemler silah olarak kabul edilemez. Fakat failin vücut bütünlüğünü suçta kullandığı esnada üzerinde bulunan eşyalardan yararlanma sureti ile eylemini gerçekleştirmesi halinde bu nitelikli hal uygulanabilecektir. Parmakta takılı yüzük veya ayakta bulunan paten ayakkabısı bu duruma örnek verilebilir.³³

Olayda hayvanların araç olarak kullanılması durumunda da silahın varlığından söz edilebilir. Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 25/05/2015 tarih, 2015/1166 E. , 2015/1874 K. sayılı kararında "Sanığın görevlerini yapmak isteyen polislerin üstüne saldırttığı köpeğin, saldırı amaçlı kullanılması nedeniyle TCK'nin 6. maddesi kapsamında silah niteliğinde kabul edilmemesi ve anılan Kanununun 265/4. maddesinin uygulanmaması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." şeklinde gerekçeler ile olayda saldırı amaçlı kullanılan köpek silah olarak kabul edilmiştir.³⁴

F. Kasten Yaralama Suçunun Canavarca Hisle İşlenmesi

15/04/2020 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7242 Sayılı Kanun'un 11. maddesi ile TCK'nin 86/3-f maddesine "canavarca hisle" ibaresi eklenmiş ve bu şekilde işlenen kasten yaralama suçu nitelikli hale getirilmiştir. Madde gerekçesi TBMM Adalet Komisyonu Raporu'nda "Maddeyle, Türk Ceza Kanununun 86'ncı maddesinin üçüncü fıkrasına yeni bir bent eklemek suretiyle, suçla etkin mücadele edilmesi ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla kasten yaralama suçunun canavarca his saiki ile (örneğin; yüze kezzap atmak suretiyle) işlenmesi, suçun nitelikli halleri arasına alınmaktadır. Ayrıca, aynı fıkraya eklenen hükümlerle, suçun canavarca his saiki ile işlenmesi halinde birinci veya ikinci fıkraya göre belirlenen temel cezaya uygulanacak artırım miktarının, yarı oranı yerine bir kat olması öngörülmektedir. Belirtilmelidir ki, fıkarda yer alan diğer bentlerin yeni eklenen (f) bendiyle birlikte uygulandığı durumlarda da sadece bir kat artırım yapılacaktır. Örneğin, silahtan sayılan kezzabın yüze atılması suretiyle kasten yaralama suçunun işlenmesi halinde 86'ncı maddenin üçüncü fıkrasının hem (e) bendinin hem de Teklifle eklenen (f) bendinin birlikte uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durumda, temel ceza, daha fazla artırım öngören (f) bendi uyarınca sadece bir kat artırılacaktır. Silah sebebiyle (e)

³² <https://portal.uyap.gov.tr>, (E.T. : 21/07/2024)

³³ KILDAN, İsmail / AKDEMİR, Togay: "Kasten Yaralama Suçunda Silah Kavramının Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 0, Sayı 6, 2015, (227-246), s. 241

³⁴ <https://portal.uyap.gov.tr>, (E.T. : 21/07/2024)

bendi uyarınca ayrıca yarı oranında artırım yapılmayacaktır" şeklinde belirtilmiştir.³⁵ Suçun canavarca hisle işlenmesi halinde diğer nitelikli hallerden farklı olarak failin cezasında bir kat artırım yapılacaktır.

"Canavarca his" kavramının kanunda tanımı yapılmamış olup bu husus doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Canavarca his eylemin manevi yönünü ilgilendirdiği için eylemin gerçekleştirilme biçimi ile ilgisi yoktur. Ancak canavarca hissin kısaca normal öldürmeye göre daha vahşice ve kötülülük duygusu ile hareket edilen durumlarda bulunduğu kabul edilebilir. Daha açık olarak "öldürmek için öldürmek" amacıyla gerçekleştirilen eylemler bu kapsamda değerlendirilebilir.³⁶ Failde acıma hissi bulunmaksızın veya yaralama fiilinden haz alarak gerçekleştirmek ve tatmin olmak için gerçekleştirdiği eylemlerinde canavarca hissin bulunduğu kabul edilmelidir.³⁷

Haksız tahrik altında gerçekleştirilen eylemler nedeniyle canavarca hissin mevcut olabileceğini kabul edenler olduğu gibi³⁸, canavarca hissin haksız tahrik ile birlikte bulunamayacağı yönünde görüşler de vardır.³⁹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 30/10/2017 tarih, 2017/152 E. 2017/3564 K. sayılı kararında *"Kabule göre; eylemin canavarca hisle gerçekleştirildiği kabul edildiği takdirde sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı gözetilmeksizin, yazılı şekilde sanığa verilen cezadan haksız tahrik nedeniyle indirim yapılması,"* şeklinde gerekçeler ile canavarca hisle işlenen suçta haksız tahrik indiriminin yapılamayacağı belirtilmiştir.⁴⁰

SONUÇ

Kasten Yaralama suçu Türk Ceza Kanunu 86. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Suçun nitelikli halleri ise TCK 86/2 ve 86/3 maddesinde düzenlenmiş olup TCK 86/2 maddesinde suçun hafifletici nedeni olan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte yaralanmaya yer verilmiştir. Yaralanmanın bu niteliğinin tespitinde ise tıp biliminin verileri esas alınacaktır. Yapılan son düzenlemeler ile TCK 86/2 kapsamında kalan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif yaralanmalarda suçun mağdurunun kadın olması halinde suçun cezasının alt sınırında değişiklik yapılmıştır. Meclis komisyonu raporları incelendiğinde düzenlemelerin amacının kadına karşı şiddetle daha etkin mücadele etmek ve caydırıcılığı sağlamak olduğu söylenebilir. Ancak düzenlemenin; kendi içerisinde çelişkili olması ve birtakım adaletsizliklere yol açması nedeni ile sorunlu olduğunu söylemek mümkündür.

Suçun ağırlaştırıcı nedenleri ise TCK 86/3 maddesinde "üstsoya, altsoya, eşe, boşandığı eşe veya kardeşe karşı kasten yaralama, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenen kasten yaralama, kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenen kasten yaralama, silahla işlenmiş kasten yaralama" olarak sayılmıştır. Yapılan son düzenlemeler ile "canavarca hisle" ve "boşandığı eşe" karşı işlenen kasten yaralama suçu da nitelikli hal kapsamına

³⁵ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss207.pdf> ,(Erişim Tarihi,21/07/2024)

³⁶ BAŞ, Eylem: "Türk Ceza Hukukunda Canavarca His", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2021,(383-429), s. 394

³⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s.214

³⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 152

³⁹ ÖZBEK/DOĞAN /BACAĞSIZ, s.214

⁴⁰ <https://portal.uyap.gov.tr> , (E.T. : 21/07/2024)

alınmıştır.Belirtilen nitelikli hallerin uygulanma şartlarının tespitinde, yalnızca kanun metninden değil konu ile ilgili yargı kararlarından da yararlanmak faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- ARTUK,Mehmet Emin / YILMAZ,Erkam: “Basit Tıbbi Müdahalelik Yaralanmalar ve Neticesi İtibariyle Ağırlaşmış Suç Hükümlerinin Tatbiki Meselesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, 2022, s. 263-310.
- BAŞ,Eylem: “Kasten Yaralama Suçunun Silah Olarak Kabul Edilen “Saldırı ve Savunma Amacıyla Yapılmış Olmasa Bile Fiilen Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişli Diğer Şeyler” ile İşlenmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2022, s. 97-151.
- BAŞ, Eylem: “Türk Ceza Hukukunda Canavarca His”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2021,s.383-429.
- DÖNMEZ,Elif: “Kasten Öldürme Suçunun Eski Eşe Karşı İşlenmesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 11, 2021.
- GERÇEKER,Hasan: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Hukuk, Ankara 2020, 5. Baskı.
- GÖKCAN,Hasan Tahsin / ARTUÇ,Mustafa: Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN,Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN,Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- KILDAN,İsmail / AKDEMİR,Togay: “Kasten Yaralama Suçunda Silah Kavramının Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 0, Sayı 6, 2015, s.227-246.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara 2021.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Ruhan / ÖNOK, Murat: Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara 2017.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 20/04/2022 tarih, 2020/1905 E. 2022/10789 K. sayılı kararı
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 05/07/2022 tarih, 2022/4891 E. 2022/6256 K. sayılı kararı
- Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 07/06/2022 tarih, 2022/3933 E. 2022/11636 K. sayılı kararı
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 22/01/2018 tarih, 2016/5431 E. 2018/128 K. sayılı kararı
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 12/10/2022 tarih, 2020/17096 E. 2022/19602 K. sayılı kararı
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 05/10/2022 tarih, 2020/17026 E. 2022/18886 K. sayılı kararı
- Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 28/02/2019 tarih, 2018/11293 E. 2019/4262 K. sayılı kararı
- Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 08/04/2019 tarih, 2018/12374 E. 2019/7485 K. sayılı kararı
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19/02/2019 tarih, 2017/3-311 E, 2019/112 K. sayılı kararı



Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 25/05/2015 tarih, 2015/1166 E. , 2015/1874 K. sayılı kararı

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 30/10/2017 tarih, 2017/152 E. 2017/3564 K. sayılı kararı

Konya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 24/04/2024 tarih, 2024/617 E. 2024/1052 K. sayılı kararı

Van Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 02/04/2024 tarih, 2024/46 E. 2024/301 K. sayılı kararı

İNTERNET KAYNAKLARI

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. : 17/07/2024)

Ulusal Yargı Ağı Projesi, <https://portal.uyap.gov.tr> (E.T. : 15/07/2024,18/07/2024,19/07/2024, 21/07/2024)

Adli Tıp Kurumu internet sitesi, <https://www.atk.gov.tr/> (E.T. : 14/07/2024)

TBMM internet sitesi, <https://www5.tbmm.gov.tr/> (E.T. : 16/07/2024, 17/07/2024, 21/07/2024)

MÜŞTEREK FAİLLİKTE İŞTİRAK İRADESİ
WILL TO PARTICIPATE IN ACCOMPLICITY

Prof. Dr. Erdal YERDELEN*

Arş. Gör. Dr. Burak TAŞ**

ÖZET

Niteliği gereği tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kimsenin aralarında yaptıkları anlaşma gereği fiilin oluşumuna illi değeri haiz katkıda bulunarak birlikte işlenmesine yönelik iradesine iştirak iradesi denir. İştirak iradesi faillik ve şeriklik kapsamında aynı yoğunlukta olmamaktadır. Faillikte iştirak iradesi doğrudan katılanların ortaklığına dayanmaktayken şeriklikte iştirak iradesi failin fiiline katkı biçiminde ortaya çıkmaktadır. Faillik içerisinde de fiilin işlenmesine fonksiyonel katkının varlığı halinde müşterek faillikten söz edilir. İradeye hakimiyet halinde dolaylı faillik, doğrudan hakimiyet halinde ise faillik gündeme gelir. 5237 sayılı TCK m. 37/1'de *"Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur."* ifadesiyle müşterek faillik tanımlanmıştır. Doğrudan faillik tanımına kanunda yer verilmemiştir.

Müşterek faillikte iştirak iradesinin belirlenmesinde iki temel unsur bulunmaktadır. Bunlar birlikte suç işleme iradesine her bir failin birlikte sahip olması ve suçun işlenişi üzerinde iş bölümüne dayalı olarak fiile ortak hakimiyettir. Her bir fail diğerinin fiilini üstlenmektedir. Müşterek faillikte artık bağımsız fiil söz konusu olmayıp her bir failin fiili ortak bir nitelik arz etmektedir. Bu da müşterek failliği doğrudan faillik ve yan yana faillikten ayıran özelliktir.

İştirak iradesinin niteliği ve yoğunluğu noktasında müşterek failliğin varlığı veya yokluğu hususunu ortaya koymak her zaman için kolay değildir. Özellikle fiili bizzat gerçekleştiren failin yanında sadece durmak yönündeki hareketsizliğin müşterek faillğe sebep olup olamayacağı ve bunun ortak hakimiyet oluşturup oluşturmadığı hususu doktrinde ve yargı kararlarında oldukça tartışmalı niteliktedir. Bu tartışmada, müşterek failliğin açıklığa kavuşturulması için güven prensibine başvurmak gerekmektedir. Her somut olayın kendi içinde özellik arz ettiği göz önünde bulundurularak faillerden birinin fiili tamamlayamayacağı ihtimalinde diğerinin fiili tamamlayacağı yönünde duyulan güven duygusu, failliğin niteliğini ortaya çıkaracaktır. Birbirinin fiilini üstlenen ve iş bölümü esasına dayalı ortak iradeyi haiz olan failer, fiili tamamlayamayacağı hallerde diğer failin fiili nihayete erdireceği yönünde bir güven duygusuna sahip olduklarında müşterek faillikten söz etmek gerekecektir. Bu kriterler ışığında doktrindeki görüşleri ve yargı kararlarını analiz etmek, hukukun doğru uygulanması ve cezanın adil bir şekilde belirlenmesinde önem arz edecektir.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-8796-2186, erdal.yerdelen@asbu.edu.tr

** Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-6481-1580, tas.burak@outlook.com

Anahtar Kelimeler: Suça İştirak, İştirak İradesi, Müşterek Fail, Ortak Hâkimiyet, Güven Prensibi

ABSTRACT

The will of more than one person to commit a crime, which can be committed by a single person due to its nature, by contributing to the formation of the act in accordance with the agreement between them, is called the will to participate. The will to participate does not have the same intensity within the scope of perpetration and complicity. In perpetration, the will to participate is based on the partnership of the direct participants, whereas in complicity, the will to participate is manifested in the form of contribution to the act of the perpetrator. If there is a functional contribution to the perpetration of the act within the agency, joint agency is mentioned. In case of dominance of the will, indirect perpetrator and in case of direct dominance, perpetrator comes to the agenda. Article 37/1 of the TPC No. 5237 defines joint perpetrator with the statement *“Each of the persons who jointly perpetrate the act included in the legal definition of the crime is responsible as the perpetrator.”* The definition of direct perpetrator is not included in the law.

There are two basic elements in determining the will to participate in joint perpetration. These are the fact that each perpetrator has the will to commit a crime together and the joint control over the act based on the division of labor on the commission of the crime. Each perpetrator undertakes the act of the other. In joint perpetration, there is no longer an independent act, but the act of each perpetrator is of a common nature. This is what distinguishes joint agency from direct perpetration and side-by-side perpetration.

It is not always easy to determine the existence or absence of joint perpetration in terms of the nature and intensity of the will to participate. In particular, it is highly controversial in the doctrine and judicial decisions as to whether the inaction of merely standing next to the perpetrator who personally committed the act can cause joint perpetration and whether this constitutes joint dominance. In this debate, it will be necessary to refer to the principle of confidence in order to clarify joint perpetration. Considering that each concrete case has its own characteristics, the feeling of confidence that the other will complete the act in case one of the perpetrators fails to complete the act will reveal the nature of the perpetration. When the perpetrators, who undertake each other’s acts and have a common will based on the division of labor, have a sense of confidence that the other perpetrator will complete the act in the event that they cannot complete the act, it will be necessary to mention joint perpetration. Analyzing the opinions in the doctrine and judicial decisions in the light of these criteria will be important for the correct application of the law and the fair determination of the punishment.

Keywords: Accomplicity, Will to Participate, Joint Perpetration, Joint Dominance, Principle of Confidence

GİRİŞ

Suç ortaklığında irade hususunu ortaya koymanın temel zorluğu, sorumluluk alanını daraltmadan ya da genişletmeden sistematik kurallar ve yaklaşımlar geliştirmektir. Suçlar genellikle tek kişi tarafından işlenebilir. Kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen suçun, birden fazla kimsenin aralarında yaptıkları anlaşma gereği fiilin oluşumuna illi değeri haiz katkıda bulunarak birlikte işlemesi halinde iştirakin varlığından söz edilir ve bu suretle bir fiili birden çok kişinin işlemesine “suça iştirak” adı verilir¹.

Ceza hukukunun tarihsel gelişiminde suç ortağının mahkûm edilmesinin ön koşulu olarak asilin öncelikli olarak mahkûm edilmesi gereği düşüncesi geçerliliğini yitirmiştir². Suçların tek bir kişi tarafından işlenmesiyle birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi olgusu, ceza adaletinin tezahüründe ayrı bir düzenleme yapılmasını gerekli kılmıştır. Amerikan hukukunda bu husus “toplum, bir kişinin suçlarından çok birkaç kişinin suçlarından korkar” ifadesiyle gerekçelendirilmektedir³.

I. İŞTİRAK İRADESİ

İştirak kavramı, faillik ve şerikliği birlikte ifade etmektedir⁴. Fail⁵, kanunda tanımlanan haksızlığı gerçekleştirir. Faillik de doğrudan doğruya faillik (bir suçu bir kişinin gerçekleştirmesi), müşterek faillik

¹ ROXIN, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Verlag C. H. Beck, München, 2002, s. 1vd.; JESCHECK, Hans Haeinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Band II, Duncker&Humblot, Berlin, 1996, s. 643 vd.; TRÖNDLE, Herbert / FISCHER, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebensätze (Beckische kurz Kommentar), C. H. BECK, München, 1999, s. 185 vd.; TANER, M. Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1949, s. 517 vd.; EREM, Faruk: “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 1946, s. 62-63; DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, s. 437 vd.; YÜCE, Turhan Tufan: Ceza Hukuku Dersleri Cilt 1, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1982, s. 361 vd.; ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 414 vd.; ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN M. Emin / ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 662; ÖZGENÇ, İzzet: Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İBB Hukuk Müşavirliği, İstanbul 1996, s.19 vd.; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 454-464; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2016, s. 325; AKBULUT, Berrin: “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 176 vd.; TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara 2019, s. 317; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 505 vd.; ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 519 vd.; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / KARADENİZ, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 897 vd.

² WHITE, Andrew: “The Scope of Accomplice Liability under 18 U.S.C. 2(b)”, *Case Western Reserve Law Review*, C. 31, S. 2, 1981, s. 386.

³ Congressional Research Service Report, “Accomplices, Aiding and Abetting, and the Like: An Overview of 18 U.S.C. § 2”, s. 1 <https://sgp.fas.org/crs/misc/R43769.pdf>

⁴ ROXIN, Claus: Taterschaft und Taeterschaft, De Gruyter, München, 2015, s. 282; MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZİPF, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2014, s. 231.

⁵ Fail sözcüğünden türetilmiş bulunan faillik, fail olmak anlamındadır. Fail fiili yapandır. Burada fail, “suçun kanuni tanımında yer alan fiili bizzat yapan kişi” ve “suçun kanuni tanımında yer alan fiili” bu kişi ile birlikte

ve dolaylı faillik şeklide ayrılmaktadır. Dolaylı faillik, “failin arkasındaki fail-Taeter hinter dem Taeter” şeklinde ifade edilirken müşterek faillik; “faile birlikte fail-Taeter mit dem Taeter” şeklinde açıklanır⁶. Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, işlenişine bulunduğu katkı kanuni tanımdaki haksızlığı gerçekleştirmeyen diğer suç ortakları ise şeriktir⁷.

İştirak temelde ortaklık esasına dayanmaktadır⁸. Faillik gibi ortaklığın yoğun boyutta olduğu iştirak türünde kişisel olarak işlenemeyen suç fiilinin nihayete erebilmesi adına “güçleri birleştirme” ve “görev bölüşümü” veya bunların elverişli olması aranmaktadır. İştirakçilerin bilinçli olarak aynı hedefe dönük, karşılıklı, birbirine uygun ve birbirini doğrulayan hareketleri, tek ve ortak bir suç fiiline katkı sağlayabilmek adına şahsiliğini kaybetmektedir. Ortak iradenin ürünü olan fiilin tamamından her bir iştirakçi; bu fiil ortak karara, iradeye, ortak faaliyetin hesaplanmış sonucuna dayandığından sorumlu tutulur. Ancak ortak irade unsuru faillik kadar yoğun olmayan şeriklikte, aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. İştirakin özü itibariyle sahip olması gereken nedensel katkı dışında tüm iştirakçiler arası psikik bağ her zaman için yoğun ve sıkı irtibatlı olmayabilecektir⁹. Her bir suç ortağının katılımı, nispeten asgari düzeyde olabilir ve suçun her unsurunu geliştirmesi gerekmemektedir¹⁰.

İştirak iradesi, karma nitelikte bir yapıyı haizdir¹¹; şöyle ki iştirakçinin hem iştirak ettiğini bilmesi, iştirake ilişkin kastının bulunması hem de iştirak edilen fiilin işleneceğini bilmesi gerekmektedir. Meğerki yardım etme gibi iştirak iradesinin yoğun olmadığı şeriklik söz konusu olsun. Şeriklikte özellikle yardım etmede faillığe göre daha yüzeysel bir iştirak iradesinden söz etmek gerekmektedir¹².

İştirak iradesi, suç ortaklığı konusuna asıl rengini verdiği için¹³ iştirakin her bir şekli açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir¹⁴. Somut olayda her bir tür için iradenin yoğunluğu araştırılmalıdır. Nitekim bu hukukun genel ilkelerinden olan “kusursuz ceza olmaz” ve “cezaların

yapan kişilerdir. Kanuni tanımda yer alan fiil bazen hareket, bazen de netice esas olmak üzere tanımlanmaktadır. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 347.

⁶ https://www.justiz.nrw.de/BS/rechtskunde/bereich_schueler/briefe_an_passionara/briefe/Brief_029.pdf

⁷ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 663.

⁸ ALMENDARES, Nicholas / LANDA, Dimitri: “Joint Intention and Accomplice Liability”, *SSRN Electronic Journal*, 2017, s. 4-5, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2938719>

⁹ TOROSLU / TOROSLU, s. 319-320.

¹⁰ Congressional Research Service Report, s. 3.

¹¹ Benzer yönde ZAFER, s. 529.

¹² ÖNDER, s. 421.

¹³ TCK m. 37 gerekçesine göre “Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi hâlinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir.”

¹⁴ WHITE, s. 387.

şahsiliği” ilkelerinin gereğidir. Normatif kusur teorisinin unsurlarından biri olan irade yeteneği, iştirak iradesi hususunda oldukça dikkatle ve şüpheden ari şekilde araştırılması gereken bir husustur¹⁵.

II. MÜŞTEREK FAİLLİK KAPSAMINDA İŞTİRAK İRADESİ

5237 sayılı TCK m. 37’deki; “(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. (2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.” şeklindeki hüküm ile maddenin birinci fıkrasında müşterek faillik, ikinci fıkrasında ise dolaylı faillik düzenlenmiştir.

Kanunda suç olarak tanımlanan fiilin, birden fazla suç ortağı tarafından iştirak halinde gerçekleştirilmesi durumunda TCK m. 37/1’de düzenlenen müşterek faillik söz konusu olacaktır¹⁶. Müşterek faillik, bir fiilin birden fazla kişinin ortak iradesiyle gerçekleştirilmesidir. Her bir fail haksızlığın unsurlarının belirli bir kesimini gerçekleştirmektedir. Örneğin, A ve B, O’nun parasını almak için O’ya saldırır. Önceden anlaşmışları gibi A, demir çubukla O’ya vurur O’yu devirir. B de O’nun üzerindeki cüzdanını kapar. Eğer ceza kanunlarında iştiraki düzenleyen hüküm olmasaydı (Alm. Ceza Kanunu m.25, TCK m.37) bu olayda A, O’yu demir çubukla yaralamadan, B ise O’nun parasını çalmaktan sorumlu olurdu. İştirak hükmü sayesinde A ve B yağmanın nitelikli halinden müşterek fail olarak sorumludurlar. Burada kilit nokta A’nın (kendisi O’ya vururken) B’nin O’nun cüzdanını alacağını bilmesidir¹⁷. Aynı şekilde B’nin (kendisi cüzdanı alması için) A’nın O’ya vuracağını bilmesidir. Bu bilinç ve irade olmadan bu kişileri, müşterek fail olarak sorumlu tutmak mümkün değildir, aksi kabul suçların şahsiliği ve kendi kusurundan sorumlu olma prensibine aykırıdır. Bu olayda A ve B birbirlerinin fiillerini kendi fiillerine katmakta adeta diğerinin fiili kendi fiiliymiş gibi hareket etmektedirler¹⁸. Müşterek faillikte bilinçli ve istekli olarak faillerin her birinin fiilini diğerine sunması adeta kendi fiilini onun, onun fiilini de

¹⁵ “Sanıkların diğer sanıklar ... ve ...’la iştirak iradesi ile hareket ettiğine dair kuşku sınırlarını aşan yeterli delil bulunmadığı dolayısıyla uyuşturucu madde ticareti yapma suçunun üç veya daha fazla kişi ile birlikte işlenmesi durumunun söz konusu olmadığı anlaşıldığından, sanıklar hakkında hükmolunan cezanın TCK’nın 188/5. maddesi uyarınca arttırılmayacağına gözetilmemesi, kanuna aykırı...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 09.01.2017 tarihli ve 2495-112 sayılı kararı.

¹⁶ Faillik, fiil hâkimiyetinin ortaya çıkış biçimine göre üç şekilde gerçekleşebilir. Harekete hakimiyetin söz konusu olduğu, tipik fiilin bizzat gerçekleştirilmesi durumunda “*müstakil/doğrudan faillik*”, suçun işlenmesine fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurarak katılmada “*müşterek faillik*”, suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurarak, suçun işlenmesinde onu araç olarak kullanma durumunda ise “*dolaylı faillik*” söz konusu olmaktadır. ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 669-670; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 454 vd.

¹⁷ “Saniğin olay yerine götürdüğü ... yağma eyleminin mağduru değil eylemin gerçekleşmesinde kilit rolü üstlenen fail konumundadır. Şayet yağma suçunun mağduru yani katılan olay yerine ikna edilerek götürülmüş olsaydı, o zaman saniğin katkısı olmadan bu eylemin gerçekleşemeyeceğinden söz etmek mümkün olabilirdi.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2.03.2021 tarihli ve 391-66 sayılı kararı.

¹⁸ https://www.justiz.nrw.de/BS/rechtskunde/bereich_schueler/briefe_an_passionara/briefe/Brief_029.pdf

kendisinin fiili gibi bir araya katması söz konusudur. Bilinçli ve istekli olarak iş bölümü¹⁹ şeklinde birlikte hareket için şu iki şartın oluşması gerekir: Birlikte plan (irade) ve birlikte gerçekleştirme.

Müşterek faillikte ortak irade, hakimiyet; faillerin fiilin işlendiği yerde katkılarının sunulmasını şart koşmamaktadır²⁰. İlaveten ortak hakimiyet²¹ bakımından sergilenen iradenin, fiilin gerçekleşmesine elverişli bir katkıyı içermesi gereklidir²².

Müşterek failliğin sübjektif (manevi) unsurunu oluşturan “birlikte hareket planı”, suç işleme kararının sabit olmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda fiilin icrasına işlevsel katkı yeterli olmayacaktır²³. Birlikte hareket planında suçu birlikte işleme bakımından tek bir fiil kararının bulunması zorunlu olup bu irade ya da istek açık şekilde yahut sonuç doğuracak nitelikte örtülü olarak sergilenebilir. Bu irade fiilin işlenmesinden önce yahut fiil işleme sırasında mevcut olabilir²⁴. Bu kapsamda yan failliği müşterek faillikten ayıran temel husus sübjektif unsurdur²⁵.

Müşterek faillikte fiil, faillerden her birinin ortak eseri olarak isnad edilebilme kapasitesini haiz olmalıdır. Bunun için müşterek faillerin icra edilen fiilden sorumlu tutulabilmeleri noktasında bağlılık kuralına başvurulmasına gerek bulunmamaktadır²⁶. Müşterek faillikte fiilin icra edilmesi ya da neticesiz kalması, birlikte faillerin her birinin elindedir. Her bir fail suçun işlenişinde fiili hakimiyet sahibidir.

¹⁹ HEINRICH, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım II, Ed. ÜNVER, Yener, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 252.

²⁰ HEINRICH, s. 252.

²¹ “Müşterek faillikte ise birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı “fail” konumundadır. Fiil üzerinde ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında, suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulmalıdır. Suç ortaklarının, suçun işlenmesinde yaptıkları katkının, diğerinin fiilini tamamladığı durumlarda da müşterek faillik söz konusu olacaktır.” Yargıtay 6. Ceza Dairesi’nin 30.04.2014 tarih ve 2493-8764 sayılı kararı.

²² HEINRICH, s. 252.

“5237 sayılı TCK 37. maddenin gerekçesi ve öğretilerdeki genel kanaat karşısında müşterek fail olarak değerlendirilebilmesi için iki unsurun birlikte gerçekleştirilmesi gerekmektedir. - Birlikte suç işleme kararı (fikir birliği), - Fiil üzerinde ortak hakimiyet, Yukarıda belirtildiği gibi sanıklar arasında öncesinden maktule yönelik eylem sebebiyle suç işleme konusunda fikir birliği oluştuğunda bir tereddüt yoktur. Araştırılması gereken konu eylemin gerçekleştirilmesi sırasında fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulup kurulmadığıdır. Ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerin her birinin elinde bulunmaktadır.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 12.10.2022 tarihli ve 752-7926 sayılı kararı.

²³ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 514.

²⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2.03.2021 tarihli ve 391-66 sayılı kararı.

²⁵ HEINRICH, s. 254-255.

²⁶ MAHMUTOĞLU / KARADENİZ, s. 898; “Müşterek failler, suç teşkil eden haksızlığı kendi fiilleriyle gerçekleştiren kişilerdir. Bir başka ifadeyle haksızlıkla doğrudan muhatap olmaktadır. Bu kişilerin ceza sorumluluğu için başkalarının fiiline gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle “bağlılık kuralı” müşterek failer bakımından aranmayacaktır.” Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin 13.02.2020 tarihli ve 377-2961 sayılı kararı.

Müşterek faillerin gerçekleştirdiği hareketler bütün olarak tek bir fiil gibi değerlendirilir ve müşterek faillerin cezai sorumlulukları birbirlerinin fiillerinden değil kendi fiillerinden kaynaklanır²⁷.

Kişi iştirak halinde işlediği suçta; neticeli suçlarda kendi fiili ile hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesine katkı sağlayacağını, sırf hareket suçlarında başka bir kişinin hukuka aykırı ve kasten gerçekleştirdiği fiile katıldığını, fiilin suç olduğunu bilmelidir. Ancak bu suçun tüm hatları ile bilinmesini gerektirmeyip ortak olunan suçun genel hatlarıyla bilinmesi yeterli olacaktır²⁸.

Taksirli işlenen suçlarda iştirak mümkün değildir. Bu nedenle taksirli fiillerde müşterek faillik söz konusu olmaz²⁹. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda ağır netice taksirle gerçekleştiğinde her bir fail, ağır neticeye yönelik taksirinin bulunması şartıyla müstakil fail olarak sorumlu olacaklardır.

Müşterek faillik açısından dört temel hususu göz önünde tutmak gerekir. Bunlardan ilkinde göre fiili birlikte gerçekleştirme iradesinin, fiilin gerçekleştirilmesinden önce var olması gerekmez. Ancak fiilin tamamlanmasından sonraki süreçte müşterek faillikten söz edilemez. Tamamlanmış olan bir fiilde isnadiyet de söz konusu olamayacaktır³⁰. İştirak iradesi ancak fiil devam ederken (fiil sona ermeden) ortaya çıkabilir. Somut olayda bu iradenin bulunduğu mutlakaya konulması gerekir. Eğer bu iradenin varlığı ortaya konulamıyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği bu iradenin bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak fiil öncesi ortak hareket planı, fiil anında sonradan değişikliğe uğrayabilir. Bu durumda eski planı ortadan kaldıran yeni bir anlaşma yapılmış olmalıdır³¹. Faillerin cezai sorumluluğunu durumunu bu yeni anlaşmaya göre değerlendirmek gerekir.

İkinci olarak, fiili birlikte gerçekleştirmenin lafzi anlamına sıkı bağlı kalınmamalı, eğer fiilin oluşması bakımından çok önemli ise hazırlık ve destek (katkı) hareketlerinin de müşterek failliğe dâhil edilebileceği unutulmamalıdır. Ancak hazırlık ve destek (katkı) hareketlerinin, fiilin gerçekleştirilmesine katkısının nedensel olmasına da dikkat edilmelidir³². Alman hukukunda kabul edilen sübjektif teoriye göre; fiile katılan kişi; hazırlık hareketi safhasındaki katkısı, fiili kendi fiili gibi gerçekleştirmeyi istemesi ve desteklemesi halinde müşterek fail olarak kabul edilmektedir³³.

Üçüncü husus; faillerden birinin aralarındaki anlaşma dışında bir suç işlemesi halinde diğer failleri bu fiilden sorumlu tutmak mümkün değildir. Diğer faillerin bu anlaşma dışı fiili gerçekleştiren kişinin böyle

²⁷ ZAFER, s. 534.

²⁸ ZAFER, s. 529.

²⁹ Alman doktrininde taksirli müşterek failliğin mümkün olduğuna yönelik görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian: Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, çev. OKTAR, Salih, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 219.

³⁰ HILGENDORF / VALERIUS, s. 219.

³¹ HEINRICH, s. 255.

³²

https://www.justiz.nrw.de/BS/rechtskunde/bereich_schueler/briefe_an_passionara/briefe/Brief_029.pdf

³³ HILGENDORF / VALERIUS, s. 221.

bir davranışını öngörmeleri gerektiği şeklinde bir değerlendirme kast sorumluluğunu taksir sorumluluğuna çevirir ki bu kabul edilemez. Ayrıca failer arasında yeni anlaşma olmadan fiilin işlendiği sırada faillerden birinin irade değişikliğinin diğer faillerin ceza sorumluluğunu doğurması mümkün değildir. İrade değişikliği konusunda diğer faillerin bu irade değişikliği (yeni hareket) hakkında genel (kabaca) bilgilerinin olması ve fiile katlanmaları, iştirak iradesinin varlığı için yeterli değildir. Bu kaba bilgiye veya öngörmeye dayanarak kişilerin müşterek fail olarak değerlendirilebilmesi söz konusu olamaz³⁴. Müşterek faillerden birinin anlaşmanın sınırını aştığı hallerde bunun önceden anlaşılan kısma dâhil olup olmadığının tespiti ciddi zorluk içermektedir. Özellikle ilk derece (olay) mahkemesinin bu konudaki tespitine dikkat etmek gerekir. Çünkü burada maddi olaya ilişkin çok önemli vaka tespiti gerektiren bir durumdan bahsedilmektedir. Başka bir ifadeyle ilk derece mahkemesi olayda bu iradenin ulunup bulunmadığını maddi olay incelemesini bizzat yapması nedeniyle daha sağlıklı ortaya koyacaktır. Dördüncü özellik; müşterek faillik, gerçek faillik olduğundan her bir müşterek fail, diğer failin gerçekleştirmesi gereken fiilleri de karşılamalı veya bunu karşılayacağını (gerçekleştireceğini), iradesi ve fiiliyle ortaya koymalıdır³⁵. Burada anlatılmak istenen şey; her bir fail diğer failin fiiline devam etmemesi halinde kendisinin o fiili gerçekleştireceğini, fiili devam ettireceğini net ortaya koymalıdır. Örneğin; faillerden biri mağduru sopa ile döverken diğeri de elinde sopa ile yanında bekliyor ve mağduru sopa ile döven failin elinden herhangi bir şekilde kurtulması halinde kendisinin fiile devam edeceğini ortaya koymaktadır. Bekleyen failin, sopa ile döven failin fiiline yine sopa ile vurmak şeklinde katkısı zorunlu değildir. Ancak somut olayda bu iradenin net ortaya konulması gerekir.

Müşterek faillik bakımından ortak iradenin bulunması vazgeçilmezdir³⁶. Önce ve sonraki irade (yeni anlaşma) birbiri ile uyumda da müşterek faillikten söz etmek için her zaman karşılıklı bir karar gerekir³⁷. Bu karar kendisinde bulunmayan sanığı müşterek fail olarak sorumlu tutmak, cezaların şahsiliği ilkesinden sapma anlamına gelir. Ceza hukukunun evrensel ilkelerinden birisi cezaların şahsiliği ilkesi olup, anılan ilke Anayasanın 38. maddesinin 7. fıkrasında “*Ceza sorumluluğu şahsidir.*” şeklinde, 5237 sayılı TCK’nın 20. maddesinde ise “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*” biçiminde düzenlenmiştir³⁸.”

³⁴ HEINRICH, s. 255.

³⁵

https://www.justiz.nrw.de/BS/rechtskunde/bereich_schueler/briefe_an_passionara/briefe/Brief_029.pdf

³⁶ MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, II, s.297. SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, C. H. Beck Verlag, München 2006, &25, kn. 94. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455.

³⁷ HEINRICH, s. 255; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 514.

³⁸ “*Maktulün kardeşi S...’ın düğün yerinde oynayan sanık ve arkadaşlarına sataşması ile başlayan ilk kavgada S...’ın arabasına zarar verildiğini öğrenen maktulün mahalle arkadaşlarını toplayarak geldikleri düğün yerinde sanıklara saldırmaları ile başlayan ve sanık Mikail’in maktule bıçakla birden fazla vurmak suretiyle ölümüne neden olması ile sonuçlanan ikinci kavgada sanıklar İ... ve Mehmet’in de tahrik altında maktule sopa ve yumruk vurarak darp ettikleri anlaşılmış ise de aniden gelişen olayda sanıkların fail M...’in eylemine yardım etme iradesi ile hareket ettiklerinin delilleri bulunmadığından otopsi tutanağındaki yaralarla ilgili raporu alınmak suretiyle her birinin kendi bağımsız yaralama eyleminden sorumlu tutulmaları gerektiği gözetilmeden*

Yargı kararları³⁹ ve öğretideki görüşler⁴⁰ dikkate alındığında nihayetinde müşterek faillik temel için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir: 1. Failler arasında birlikte suç işleme iradesi bulunmalıdır. 2. Suçun birlikte işlenmesi ve her bir failin suçun işlenişi üzerinde fiili hâkimiyeti olması gerekir.

A. FAİLLER ARASINDA BİRLİKTE SUÇ İŞLEME İRADESİ

İştirak, kelime anlamı olarak, bir konu üzerinde, bir işin yapılmasında fikir ve irade birliğine varma, anlaşma anlamına gelmektedir. Bu anlama uygun olarak işlenmek üzere suçun bütün şerikler/suçta katılanlar için aynı olması gerekir⁴¹. Bir başka ifadeyle şerikliklerin/suçta katılanların aynı suçu işleme iradesi içerisinde olmaları gerekir. Şeriklerden biri, anlaşılardan başka bir suç işlerse şerikler o suçtan sorumlu olmayacaklardır⁴².

Müşterek failler arasında birlikte suç işleme kararının mevcudiyeti, zorunlu bir şarttır. Suç ortaklarındaki birlikte suç işleme kararına bağlı fiil üzerindeki müşterek hâkimiyet, suçun icrasındaki katkının eş değerde olması sonucunu doğurmaktadır⁴³. Bu karar, belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine müteallik olmalıdır⁴⁴. Öyle ki müşterek failler arasında fiili müştereken işlemekte olduklarına, (müşterek hareket ettiklerine) dair bir bilginin, iradenin hâkim olması gerekir⁴⁵. Karşılıklı ve ortak iradeye dayalı fiilin işbirliği içinde işlenmesi, birlikte suç işleme kararının varlık sebebidir⁴⁶.

yazılı şekilde eylemlerinin adam öldürme suçuna yardım etme olarak kabulü” Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin 3.7.2006 tarihli ve 936-2886 sayılı kararı

³⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14.03.2019 tarihli ve 1146-206; 28.01.2020 tarihli ve 1048-26; 25.06.2020 tarihli ve 52-359 sayılı kararları

⁴⁰ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 673; KOCA / ÜZÜLMEZ, s.454-464; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 330; ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 486 vd.

⁴¹ “Müşterek faillik için bilinçli ve istekli olarak birlikte hareket etme, birlikte planlama ve birlikte gerçekleştirme söz konusu olmalıdır. Evleviyetle kişilerde birlikte gerçekleştirme kastının olması gerekir. Birlikte gerçekleştirme, üstlenilen fiil katkısının fiili hâkimiyeti göstermeye yeterli olması halinde müşterek faillik vardır. Fiile hâkimiyet, kasıtlı olarak fiilin gelişim sürecini elinde bulundurmaya gerektirir. Fiilin planlara uygun gerçekleşmesinin merkezinde yer alan fiile hâkim olmaktadır. Bir başka ifadeyle fiilin başarıya (neticeye) ulaşması için önemli derecede bir katkının sunulmuş olması gerekir. Örneğin, suçun unsurlarından birini gerçekleştirmek, çok önemli denecek (o fiil olmadan neticeye ulaşmanın çok zor olduğu) bir hazırlık hareketini gerçekleştirmek de fiile hâkimiyeti gösterebilir. Burada belirleyici olan şey, fiile sunulan katkının ağırlığı, önem derecesidir.” <https://tudresden.de/gsw/phil/irget/jfstraf4/ressourcen/dateien/dateien/Taeterschaft-und-Teilnahme---Uebersicht.pdf?lang=de;>

https://www.justiz.nrw.de/BS/rechtskunde/bereich_schueler/briefe_an_passionara/briefe/Brief_029.pdf

⁴² MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, II, s.297. SCHÖNKE / SCHRÖDER, &25, kn. 94; ÖZEN, Mustafa: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 20/71, 2007, s. 242.

⁴³ MAHMUTOĞLU/ KARADENİZ, s. 897.

⁴⁴ MAHMUTOĞLU/ KARADENİZ, s. 906.

⁴⁵ ROXIN, Tatterschaft und Taeterschaft, s. 301-302; ÖZGENÇ, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s. 275-276.

⁴⁶ MAHMUTOĞLU / KARADENİZ, s. 906.

Ancak müşterek faillerin fiil öncesi veya anında birbirlerini tanıyor olmaları gerekmemektedir⁴⁷. Suç işleme iradesi, failler arası akrabalık ya da tanıdık ilişkisinin varlığını zorunlu kılmaz. Suça katılan kişide suça katılma iradesinin mevcudiyeti yeterli olup suçuna katılan failin ve diğer ortakların katılma hakkında bilgi sahibi olması da şart değildir⁴⁸.

TCK m. 37 gerekçesine göre de failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığı zorunludur. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı⁴⁹, kast kapsamında düşünülmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur⁵⁰. Müştereken işlenmesi konusunda karar birliğine vardıkları suçun unsurları arasında kastın haricinde maksat gibi bir manevi unsura yer verilmişse bütün müşterek faillerin bu maksatla hareket etmesi gerekir⁵¹. Aksi takdirde manevi unsur olarak kastın haricinde maksadın araştırıldığı suça müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir. Örneğin bir kasten öldürme suçunda öldürmenin basit şekli açısından iki suç ortağı A ve B, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilirler. Ancak bu öldürme fiilinin belirli maksatla işlenmesine ilişkin (kastan öldürme suçunun nitelikli şekli açısından), sadece bu maksatla hareket eden suç ortağını fail olarak sorumlu tutmak mümkün olabilir. Bu maksadı taşımayan diğer suç ortağını öldürmenin nitelikli halinden sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu maksatla hareket etmeyen suç ortağı, diğerinin bu maksatla hareket ettiğini bilmesi halinde dahi, kasten öldürme suçunun bu mevsuf şekli açısından ancak yardım eden olarak sorumlu tutulabilir⁵². Örneğin; suç ortaklarından biri kan gütme saikiyle öldürme fiilini gerçekleştiriyorsa diğer ortakta kan gütme saiki bulunmuyorsa bu suç ortağını kan gütme saikiyle öldürmeden müşterek fail olarak sorumlu tutmak mümkün değildir. Ancak kasten öldürmenin temel şeklini müşterek faili veya kan gütme saikiyle öldürmenin yardım edeni olarak sorumlu tutmak mümkündür.

Fiili işlemek noktasında faillerin ortak bir karara dayanmaları gerekmektedir. İradelerin birbirine uyması şarttır. Ancak bu uyuşmanın açık bir şekilde gerçekleşmesi mutlak değildir. Karşılıklı göz göze gelme

⁴⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 515.

⁴⁸ ZAFER, s. 530.

⁴⁹ Şeriklerden biri, iştirak iradesinin dışında kalan bir suçu işlemişse örneğin şeriklerin iradesi öldürmeye yönelik olduğu halde, şeriklerden biri ayrıca ölenin üzerindeki parayı da almış ve hırsızlık suçunu da işlemiş ise hırsızlık suçundan diğer şeriklerin sorumlu tutulması mümkün olmaz. Zira sirayet ve bağlılık kuralı bakımından, işlenen suç bütün şerikler bakımından aynı olmakla birlikte hırsızlık suçu bakımından aynı değildir. Örneğimize dönersek, öldürme suçu bakımından işlenen suç bütün şerikler bakımından aynı olmakla birlikte hırsızlık suçu bakımından aynı şey söylenemez. KAYMAZ, Seydi: "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2012, s.130.

⁵⁰ ZAFER, s. 530.

⁵¹ HILGENDORF / VALERIUS, s. 218.

⁵² ÖZGENÇ, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s. 276.

veya bir el hareketiyle örtülü bir biçimde de iradelerin birbirine örtüştüğü kabul edilebilir⁵³. Hatta fiil anında hiçbir şey yapmayıp diğerinin fiili gerçekleştirememesi ihtimalinde fiili işleyeceği hususunda salt varlığıyla güven veren kişi de müşterek fail olarak değerlendirilebilecektir. Çünkü birlikte suç işleme iradesini ortaya koymaktadır.

İştirak iradesinin olması için bilme unsuru yanında; ayrıca, failin, fiilin gerçekleşmesine bizzat davranışıyla katılmak istemesi de gerekmektedir. İştirak halinde işlenen suçlarda, ortakların aralarında kararlaştırdıkları suçtan farklı bir suç işlemesi veya işlenmesi kararlaştırılan suç yanında, başka bir suçun daha işlenmesi de mümkündür. Ortaklar arasında aynı suçun işlenmesi hususunda bir irade bulunması zorunludur. Çünkü suça katılanların hepsi bakımından ortaklığı mümkün kılan bir anlaşma sağlanmış, suç, katılanlardan her birinin faaliyetinin bir ürünü olarak gerçekleşmiş olmadıkça bir suçu birlikte işleme söz konusu olmaz⁵⁴. Failler arasında gerek kararlaştırılmış olandan daha ağır bir neticenin gerekse kararlaştırılan netice yanında başka bir neticenin daha gerçekleşmesi halinde diğer fail (kararlaştırılan neticenin dışındaki fiili gerçekleştirmeyen) sadece kararlaştırılan fiilden sorumlu olacaktır. Anlaşma dışında kalan netice ile suç ortaklarının hareketleri arasında nedensel bir bağ bulunmalıdır. Açıkçası, ortaklardan birinin anlaşma dışı olarak işlemiş olduğu suç, öteki ortakların hareketlerinin nedensel bir sonucu olmalıdır. Ortada böyle bir nedensel bağ yoksa, anlaşma dışında kalan suçtan sadece o suçu işleyen fail sorumludur⁵⁵. Müşterek faillerden biri kararlaştırılan suçun sınırını bilinçli olarak aşarsa aşılabilir bu kısım açısından sınırı aşan suç ortağı, müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır⁵⁶. Sözelimi kasten yaralama veya yağma suçunu işlemeyi aralarında kararlaştırmış olan müşterek faillerden bir tanesi mağduru kasten öldürürse bu suç ortağı, meydana gelen öldürme neticesinden müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır⁵⁷. Karara katılmayan fail sonucun doğacağını en azından tahmin etmiş, hesaba katmış ve bu sonucun gerçekleşmesine katlanmışsa müşterek failiğin söz konusu olacağı kabul edilmektedir⁵⁸. Ancak suç işleme kararındaki önemsiz sapmalar, korunan hukuki değer üzerinde önemli bir farklılık teşkil etmedikçe müşterek failliğe engel oluşturmayacaktır⁵⁹.

⁵³ HILGENDORF / VALERIUS, s. 219.

⁵⁴ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 336.

⁵⁵ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 343-344.

⁵⁶ *“Failler, oyuncak silah ile banka soymaya karar verdikleri halde içlerinden biri diğerlerinden habersiz olarak gerçek silah kullanırsa bundan sadece gerçek silahı kullanan sorumlu olacaktır.”*
https://www.yumpu.com/de/document/view/21732264/vertiefung-zu-taterschaft-und-dr-jur-peter-rene-gulpen#google_vignette

⁵⁷ JESCHECK, s.614; ROXIN, Taterschaft, s.287; ÖZGENÇ, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s. 279-280.

⁵⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.11.2017 tarihli ve 14-937-484 sayılı kararı, MAHMUTOĞLU / KARADENİZ, s. 907.

⁵⁹ MAHMUTOĞLU / KARADENİZ, s. 907.

B. SUÇUN BİRLİKTE İŞLENMESİ VE HER BİR FAİLİN SUÇUN İŞLENİŞİ ÜZERİNDE FİİLİ HÂKİMİYETİ OLMASI

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulması gerekir. Bu ise faillerin iradelerinin birleşmesini gerektirmektedir.⁶⁰ Bu durumda her bir suç ortağı “fail” konumundadır⁶¹. Fiil üzerinde ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde, suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri rolleri ve katkılarının⁶² taşıdığı önem göz önünde bulundurulmalıdır⁶³. Suça iştirakten söz edilebilmesi için katılanların davranışı “*kanuni tanımda yer alan fiil*” ile nedensel olmalı, yani fiilin gerçekleşmesine katkıda bulunmalıdır. Öyle ki; bu katkı, suç planının başarıya ulaşması açısından önem arz etmektedir ve bu itibarla fiil üzerinde müşterek hâkimiyetin esasını teşkil etmektedir⁶⁴.

Kanun, gerekçesinde “suçun işlenişi üzerinde ortak hâkimiyet” derken, hâkimiyetin bir anlamı da “*etkili olmaktır.*” Bu nedenle suça iştirakte, ortakların davranışlarının cürmî fiil üzerinde nedensel etkisine işaret edilmektedir. Gerçekten, bir şey üzerinde hâkimiyet kurmak, o şeyin olmasına nedensel/fonksiyonel katkıda bulunmaktır. Böyle olunca, suça katılanın davranışının cürmî fiilinin gerçekleşmesine nedensel/fonksiyonel bir katkısının bulunmaması halinde, o kişi suç ortağı olmaz. Örneğin, (A) kapısı açmaya yarayan bir aracı (B)’ye sağlasa, ancak (B), aracı kullanmak ihtiyacı duymadan, soymak istediği eve kapısını kırarak girse ve soysa, (A)’nın davranışının (B)’nin işlediği suçta nedensel bir etkisinin bulunduğu söylenemez. O nedenle, (A), niyeti ne denli kötü olursa olsun, (B)’nin işlemiş olduğu hırsızlık suçuna iştirak etmiş sayılmaz⁶⁵. Bu örnekte (A)’nın fiilini ancak yardım etme olarak nitelendirmek mümkün olabilir⁶⁶.

Fiile katılan bir kişiye fail diyebilmemiz için o kişinin fiilin istenmesi ve gerçekleştirilmesinde merkezi bir rolde olması (*Zentralfigur*) gerekir. Eğer kişi yan bir rol üstlenmişse fiilin merkezinde değilse yardım eden (şerik) durumundadır. Yardım edenin katkısı bu nedenle failin fiili gerçekleştirip gerçekleştirilmesine veya nasıl gerçekleştirdiğine bağlıdır. Yardım edenin (şerik) fiile katılma iradesini ortaya koyarken tüm süreci bir bütün olarak birlikte değerlendirmek gerekir. Katılma iradesi başkasını fiili işlemeye yönlendirme ise azmettirme, failin fiilini destekleyecek katkı sunma şeklinde ise yardım etme vardır. Bunu belirlemek için fiile katılma iradesini ortaya koymaya yönelik hususları, fiili

⁶⁰ TANER, s. 526.

⁶¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 454-455.

⁶² “Objektif olarak fiilin gerçekleşmesine katkı sunup sunmadığı ve katkı sunmuşsa bu katkının çerçevesi ve buna yönelik iradesi; müşterek fail ile yardım eden arasındaki farkı ortaya koyar.” https://www.yumpu.com/de/document/view/21732264/vertiefung-zu-taterschaft-und-dr-jur-peter-rene-gulpen#google_vignette

⁶³ ROXIN, Taterschaft, s.263.

⁶⁴ BAUMANN, Jurgin / WEBER, Ulrich: Strafrecht Allgemeiner Teil, Giese King, 2016, s.361; ÖZGENÇ, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s. 261.

⁶⁵ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 333.

⁶⁶ ALMENDARES / LANDA, s. 13-14.

gerçekleştirmede bir faydası olup olmadığını fiile katılımın kapsamını, fiile hâkimiyet yönünde iradesi olup olmadığını tespit etmek ve bunları birlikte değerlendirmek gerekir. Eğer kişi fiile katkısını failin fiiline ekleyip onun bir parçası haline getirmişse fiile hâkimiyet söz konusu olabilir. Başka bir ifadeyle ortak iradenin ürünü olarak fiilini failin fiilinin bir parçası mı yapmıştır yoksa onun tamamlayıcısı durumunda mıdır? Her somut olayda bunun detaylı bir şekilde irdelenmesi gerekir⁶⁷.

Fiil hâkimiyeti, fiilin işlenmesine ilişkin planın gerçekleştirilmesi üzerindeki fonksiyonundan kaynaklanan müşterek faillik, tipikliğin iş bölümü üzerinden gerçekleştirilmesidir. Nitekim kişinin fiile ilişkin planın gerçekleştirilmesi için önemli olan ve bu katkısı suretiyle bütün olaya hâkimiyet kurmasını mümkün kılan görevi üstlenmiş olmasından bahsedilir⁶⁸. Fiili birlikte işleyen kişilerden her birinin fiile yönelik katkılarıyla olayın bütünü üzerinde hâkimiyet kurmuş olmaları gerekmektedir. Her bir fail diğerinin fiilini garanti etmelidir. Faillerden birinin, diğer failin fiili gerçekleştirilmemesi halinde onun fiilini devam ettireceğine ve tamamlayacağına ilişkin inancı, ortak hakimiyetin varlığını gösterir. Suç ortaklarından herhangi birinin iş bölümü gereği kendine düşen kısmı reddetmesi ve yerine getirmemesi halinde suç planının başarısız olması ihtimali gündeme gelirse fiili hâkimiyet söz konusu olmaz. Diğer bir ifadeyle suç ortağının fiilin işlenişine yönelik katkısının, vazgeçilmez nitelikte bir fonksiyona sahip olması gerekir aksi halde fonksiyonel hâkimiyetten bahsedilemez⁶⁹.

Fiili hakimiyetin kurulmasında faillerin mutlaka yan yana bulunması şart değildir. Olay yerinden uzakta bir yerde de fiili hakimiyet sağlanabilir. Uzaktan olay koordine edilerek de müşterek fail sıfatıyla hareket edilebilir⁷⁰. Örneğin; A ve B'nin birlikte bir işyerinde hırsızlık yapmayı planladığı bir olayda C de bu

⁶⁷ https://www.yumpu.com/de/document/view/21732264/vertiefung-zu-taterschaft-und-dr-jur-peter-rene-gulpen#google_vignette

⁶⁸ Yargıtay bu hususu somutlaştırmak adına şu şekilde yerinde bir değerlendirmede bulunmuştur: *“Müşterek failer suçun işlenişine buldukları iştirak katkıları ile suçun kanuni tarifinde yer alan objektif, maddi unsurların hepsini gerçekleştirmek zorunda olmadığı bilinmektedir. Kimi zaman tüm iştirakçiler - katılımcılar aynı hareketi gerçekleştirebilecekleri gibi (Maktulün üzerine ateş etmeleri) kimi zamanda aralarındaki iş bölümü gereğince bu maddi unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmekle fiil üzerinde hakimiyet kurulabilmektedir. (Bankada soygun yaparken suç ortaklarından biri silahla bankadakileri etkisiz hale getirirken diğerinin kasadaki paraları alması gibi). Bu tür durumlarda suçun icrası açısından birbirlerini tamamlayıcı nitelikte hareketler olup her iki suç ortağı suçun işlenmesi sırasında müşterek hakimiyet kurmaktadır. Faillerden her birinin katkısı eylemin icrası için gerekli olup bunlardan birinin çekilmesi vazgeçmesi halinde suçun inkitaya uğrayacağı açıktır. Kasten öldürme yaralama gibi vücut bütünlüğüne yönelik eylemlerde; - Maktul ya da mağdura birlikte silahla ateş edilebileceği gibi biri bıçakla vururken diğerinin yumrukla vurması, - Birinin yumrukla vururken diğerinin mağdurun kollarını tutması, savunmayı engellemesi, - Birinin hareket halindeki mağdura vururken diğerinin kaçış yollarını tutması ya da ona çelme atması, - Sanığın yanında durmak ve görüntü vermek suretiyle mağduru korkutup direncini kırmak, - Faillerden biri eylemi gerçekleştirirken diğer sanığın olaya müdahale edecek etraftaki kişileri engellemesi, Gibi hareketlerde ortak hakimiyet kurulduğu anlaşılıp kabul edilebilir.”* Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 12.10.2022 tarihli ve 752-7926 sayılı kararı.

⁶⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s.458; DEMİREL, Muhammed: Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 302.

⁷⁰ MAHMUTOĞLU / KARADENİZ, s. 903.

dükkânda paydos saatinde kimsenin kalmadığı anda A ve B'yi arayarak haber vermesi, dükkânın kapısının nasıl açılacağını tarif etmesi ve hangi taraftan dükkâna gireceklerini A ve B'ye bildirmesi durumunda olay yerinde olmayan C de hırsızlık suçunun müşterek failidir.

III. İŞTİRAK İRADESİNİN OLUŞMA ZAMANININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İştirak iradesinin oluşup oluşmadığı değerlendirmesinin ex-ante mi yoksa ex-post mu yapılması gerektiği noktasında sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için örnek üzerinden ilerlemek yardımcı olacaktır. Hırsızlık yapmak için anlaşan faillerden birinin çilingir olarak kapıyı açmayı planlaması ancak kapının halihazırda açık olması ihtimalinde ex-post değerlendirme yapıldığında katkının fonksiyonel olmadığı düşünülebilir. Böylesi yanlış bir yargı neticesinde müşterek failliğin olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir⁷¹. Çilingir marifetiyle kapının açılması, hırsızlık fiilinin icrasının tamamlanabilmesi için etkin, fonksiyonel ve önemli bir katkıdır. Ayrıca ex-post değerlendirmede neticenin gerçekleşmesine yönelik her nedensel katkının fonksiyonel olacağı yönünde yanıltıcı sonuçlara da ulaşılabilecektir⁷². Örneğin eve hırsız olarak birilerinin girmeye çalıştığını gören hizmetlinin kasanın olduğu odanın kapısını açık bırakması halinde ex-post değerlendirme yapılırsa kapı açık bırakılmasaydı hırsızlık gerçekleşmeyecekti gibi hatalı bir sonuca ulaşılabilecektir. Ex-ante değerlendirme yapıldığında katkının fiil öncesi veya fiil anındaki durumuyla fiilin tamamlanması açısından etkin olduğu değerlendirilmesi doğru olacaktır⁷³. Ex-post değerlendirme müşterek failin yardım eden, yardım edenin müşterek fail olarak kabul edilmesi tehlikesini barındırmaktadır ve bu da müşterek faillikte fiili hakimiyet ölçütüyle bağdaşmamaktadır⁷⁴.

KAYNAKLAR

- AKBULUT, Berrin: "Bağlılık Kuralı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, 167-214.
- ALMENDARES, Nicholas/LANDA, Dimitri: "Joint Intention and Accomplice Liability", *SSRN Electronic Journal*, 2017, ss.1-22, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2938719>
- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- BAUMANN, Jurgen / WEBER, Ulrich: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Giese King, 2016.

"Müşterek failin mutlaka suçun kanuni tanımında yer alan fiili bizzat yapması gerekmez. Hatta, suç mahallinde bulunması dahi şart değildir. Ancak, "... Müşterek faillik, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak icrasına ilişkin işbölüm esasına dayalı olarak, ortak katılım sonucunda bunun icrası üzerinde kurulan müşterek hâkimiyeti gerekli kılmaktadır." Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 19.01.2021 tarih ve 3389-84 sayılı kararı.

⁷¹ ÖZTÜRK, Mustafa Kağan: "Türk Ceza Kanunu'nda Bir İştirak Şekli Olarak Faillik (TCK m. 37)", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2023, s. 271.

⁷² MAHMUTOĞLU / KARADENİZ, s. 905.

⁷³ MAHMUTOĞLU / KARADENİZ, s. 906.

⁷⁴ MAHMUTOĞLU / KARADENİZ, s. 906.

- DEMİREL, Muhammed: Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1997.
- EREM, Faruk: “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 1946, 62-107.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.
- HEINRICH, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım II, Ed. ÜNVER, Yener, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian: Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, çev. OKTAR, Salih, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- JESCHECK, Hans Haeinrich / WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Band II, Duncker&Humblot, Berlin 1996.
- KAYMAZ, Seydi: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2012, ss.117 – 168.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / KARADENİZ, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2014.
- ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- ÖZEN, Mustafa: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 20, S. 71, 2007, ss.239-253.
- ÖZGENÇ, İzzet: Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İBB Hukuk Müşavirliği, İstanbul 1996.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10 Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- ÖZTÜRK, Mustafa Kağan: “Türk Ceza Kanunu’nda Bir İştirak Şekli Olarak Faillik (TCK m. 37)”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2023, ss. 255-307.
- ROXIN, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Verlag C. H. Beck, München, 2002.
- ROXIN, Claus: Tatterschaft und Taeterschaft, De Gruyter, München, 2015.
- SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, C. H. Beck Verlag, München 2006.
- TANER, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1949.
- TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

TRÖNDLE, Herbert / FISCHEr, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebensätze (Beckische kurz Kommentar), C. H. BECK, München, 1999.

WHITE, Andrew: "The Scope of Accomplice Liability under 18 U.S.C. 2(b)", *Case Western Reserve Law Review*, C. 31, S. 2, 1981, ss. 386-408.

YÜCE, Turhan Tufan: Ceza Hukuku Dersleri Cilt 1, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1982.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

Çevrimiçi Kaynaklar

Congressional Research Service Report, "Accomplices, Aiding and Abetting, and the Like: An Overview of 18 U.S.C. § 2", s. 1 <https://sgp.fas.org/crs/misc/R43769.pdf>

[https://tudresden.de/gsw/phil/irget/jfstraf4/ressourcen/dateien/dateien/Taeterschaft-und-Teilnahme---Uebersicht.pdf?lang=de;](https://tudresden.de/gsw/phil/irget/jfstraf4/ressourcen/dateien/dateien/Taeterschaft-und-Teilnahme---Uebersicht.pdf?lang=de)

https://www.justiz.nrw.de/BS/rechtskunde/bereich_schueler/briefe_an_passionara/briefe/Brief_02_9.pdf

https://www.justiz.nrw.de/BS/rechtskunde/bereich_schueler/briefe_an_passionara/briefe/Brief_02_9.pdf

https://www.yumpu.com/de/document/view/21732264/vertiefung-zu-taterschaft-und-dr-jur-peter-rene-gulpen#google_vignette

**İDARİ İŞLEMİN GEREKÇELİ OLMASI İLKESİ KAPSAMINDA ACELE KAMULAŞTIRMA USULÜNDE
“ACELELİĞİNE CUMHURBAŞKANINCA KARAR ALINACAK HÂLLER”**

**WITHIN THE SCOPE OF THE PRINCIPLE THAT ADMINISTRATIVE ACT MUST BE JUSTIFIED, "CASES TO
BE DECIDED BY THE PRESIDENT FOR URGENCY OF MATTER" IN THE URGENT EXPROPRIATION
PROCEDURE**

Arş. Gör. Dr. Ceren ŞAKAR*

ÖZET

Acele kamulaştırma, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesinde sayılan hâllerde başvuru alan istisnai bir kamulaştırma usulüdür. Bu usulde idarenin, olağan kamulaştırma usulünde geçerli olan süreçlerin bir kısmı sonradan tamamlanmak üzere taşınmaza el koymasına izin verilmektedir. Kamulaştırma işlemi, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkında müdahale edilmesi anlamına gelmektedir. Acele kamulaştırma usulünde ise olağan kamulaştırma usulünün aksine mülkiyetin idareye geçişi henüz tamamlanmadan idareye taşınmaz üzerinde bazı tasarruflarda bulunma yetkisi sağlamaktadır. Böylesi bir durumda acele kamulaştırma usulüne başvurulabilecek hâllerde ve çalışma konumuzu oluşturması bakımından Cumhurbaşkanının işin aceleliği hakkında alacağı acelelik kararının gerekçeleriyle birlikte ortaya konulması büyük önem arz etmektedir. Hukukumuzda idari işlemlerin gerekçeli olarak yapılmasına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği bünyesinde alınan kararlarda ve idare hukuku anlamında ilişki içerisinde olduğumuz birlik üyesi ülkelerde en azından ilgililerin haklarını olumsuz yönde etkileyen idari işlemler bakımından bir gerekçe yükümlülüğü konusunda ortaklaşma sağlanmış durumdadır. Bu çalışmada acelelik kararının nasıl ve neden gerekçelendirilmesi gerektiği üzerinde durulmakta ve gerekçe acelelik kararının unsurları açısından değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: acelelik kararı, istisnailik, mülkiyet hakkı, idari usul, gerekçe ilkesi, idari işlemin şekil bakımından hukuka aykırılığı.

ABSTRACT

Urgent expropriation is an exceptional expropriation procedure applied in cases listed in Article 27 of the Expropriation Law No. 2942. In this procedure, the administration is allowed to seize the immovable property with some of the processes applicable in the ordinary expropriation procedure to be completed later. Expropriation means interference with the property rights of the owner of the immovable. In the urgent expropriation procedure, unlike the ordinary expropriation procedure, it authorizes the administration to make certain disposals on the immovable before the transfer of ownership to the administration is completed. In such a case, it is of great importance to present the urgency decision of the President of the Republic on the urgency of the work together with its justifications in cases where urgent expropriation procedure may be applied and as it constitutes our subject of study. In our law, there is no general regulation on the justification of administrative acts. However, in the decisions taken within the Council of Europe and the European Union and in the

* Adnan Menderes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, ceren.sakar@adu.edu.tr

member states of the Union with which we have relations in terms of administrative law, there is a consensus on the obligation to provide a justification at least in terms of administrative acts that adversely affect the rights of those concerned. This study focuses on how and why an urgency decision should be justified and evaluates the justification in terms of the elements of the urgency decision.

Keywords:

urgency decision, exceptionality, property right, administrative procedure, principle of justification, illegality of administrative act in terms of form.

GİRİŞ

Bir idari işlem olarak kamulaştırma işlemine dair usul, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanun'un 27. maddesinde ise acele kamulaştırma usulü düzenlenmektedir. Bu hükümde acele kamulaştırma üç hâl ile sınırlanmıştır. Buna göre Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına, aceleliğine Cumhurbaşkanı'nca karar alınacak hâllerde ve özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda acele kamulaştırma usulünün uygulanması mümkündür.

Çalışma konumuzu oluşturan aceleliğine Cumhurbaşkanı'nca karar alınacak hâllerde, Cumhurbaşkanı tarafından kamulaştırmanın acele kamulaştırma usulü ile yapılmasını gerektiren bir acelelik kararı alınması gerekmektedir. Cumhurbaşkanı'nın alacağı bu acelelik kararı bir idari işlem niteliğinde olduğundan¹ gerekçeli bir şekilde tesis edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar ülkemizde idari işlemlerin gerekçeli bir şekilde tesis edilmesine dair genel bir düzenleme olmasa da² uluslararası metinlerde en azından ilgilinin haklarını olumsuz yönde etkileyen işlemler bakımından gerekçe gösterilmesi yönünde bir ortaklaşma mevcuttur. Acele kamulaştırma işlemi de ilgililerin mülkiyet hakkına müdahalede bulunmaktadır³. Bu bakımdan mülkiyet hakkına yönelen bu müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesindeki koşullardan birinin belirgin bir şekilde meydana geldiğinin idare tarafından açıklanması gerekmektedir⁴.

Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesinde acele kamulaştırma usulüne başvurulabileceği öngörülen, işin aceleliğine Cumhurbaşkanı'nca karar alınacak hâller dışında kalan iki hâl çalışmamızın kapsamında dışındadır. Yine aceleliğine Cumhurbaşkanı'nca karar alınacak hâllerde, kamulaştırma prosedürünün aşamaları da çalışmanın sınırlanabilmesi açısından kapsam dışında tutulmaktadır. Cumhurbaşkanı tarafından alınacak acelelik kararının idari işlemin gerekçeli olması ilkesi kapsamında incelendiği bu çalışmanın ilk bölümünde, acele kamulaştırma usulü genel hatlarıyla anlatılarak hangi hâllerde acele kamulaştırma usulüne başvurulabileceğine değinilmektedir. İkinci bölümde, idari işlemin

¹ ÖZTÜRK, Hanife EBRU: "Türk Hukukunda Acele Kamulaştırma Usulü ve Yargısal Denetimi", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 33.

² SEÇKİN, Sinan / ÜSTÜN, Gül: "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 2, 2015, s. 525.

³ ŞAHİN, Cenk: *Acele Kamulaştırma*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s 77.

⁴ AKGÜL, Mehmet Emin: "Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı ile İmtihani-Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, s. 1427-1428.

gerekçeli olması ilkesi, idari işlemin unsurlarıyla ilişkisi bağlamında doktrindeki görüşler ve yargı kararları çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Bu bölümde gerekçe ilkesinin uluslararası metinlerde ve bazı ülke uygulamalarındaki durumu da ele alınmaktadır. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ülkemizde alınan acelelik kararlarındaki gerekçelendirilmenin durumu ve bu konuda Danıştay'ın tutumu değerlendirilmektedir.

I. Acele Kamulaştırma Usulü

Acele kamulaştırma, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun (KK) 27. maddesinde düzenlenen bir usuldür. Bu usule yalnızca Kanun'da sayılan üç durumda başvurulabilmektedir. Buna göre 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacı durumunda, aceleliğine Cumhurbaşkanı'nca karar alınacak hâllerde ve özel kanunlarda öngörülen olağanüstü durumlarda, kamulaştırma usulünde yer alan usul işlemlerini büyük bir kısmı sonradan tamamlanmak üzere taşınmaza el konulabilmektedir. Acele kamulaştırma usulünde, Kanun'a göre ihtiyaç duyulan taşınmazın bedelin kıymet takdiri yapıp tespit edilecek bedel ödendikten sonra taşınmaz el konulmasına imkân tanınmaktadır.

Acele kamulaştırma usulünü düzenleyen KK madde 27'nin gerekçesinde, "*Acele ve istisnai hallerde, Kanunun önceki hükümlerine uyulması çeşitli sakıncalar yaratabileceği gibi kamunun büyük zararlara uğraması da muhtemel olabilir*" denilmektedir⁵. Buradan anlaşıldığı üzere, olağan kamulaştırma usulünden ayrılarak bu usule⁶ başvurulabilmesi için durumun acele ve istisnai bir nitelik arz etmesi gerekmektedir. Bu gerekliliğe Danıştay kararlarında sıklıkla değinilmektedir⁷. Örneğin Danıştay 6. Dairesi'nin bir kararında acele kamulaştırma şu şekilde ifade edilmektedir:

*"Acele kamulaştırma usulü idareye kamulaştırma işlemlerinin neticelenmesini beklemeden kamulaştırılan taşınmaza el koyma imkânı tanıyan olağanüstü bir kamulaştırma usulüdür... Acele kamulaştırma istisnai bir yöntem olduğundan, olağan kamulaştırma gerekçeleri dışında aceleliğin varlığına dair şartlarının ortaya konulması gerekmektedir... Acelelik koşulunun kamu düzenine ilişkin olması gerektiği ve kamu yararının ise, olağan kamulaştırma usulü ile sağlanması amaçlanan kamu yararından farklı olarak, acele kamulaştırma yapılmasını gerektiren, aceleliği zorunlu kılan bir yarar olduğu açıktır."*⁸

Kanun'a göre acele kamulaştırma yapılabilecek hâllerden birini oluşturan işin aceleliği hakkında Cumhurbaşkanı tarafından alınacak karar da acele kamulaştırmaya ilişkin yukarıda sözü edilen yargı

⁵ GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali / ŞAKIR, Burak: Kamulaştırma Kanunu Şerhi Fiili ve Hukuki El Atma Davaları, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 726.

⁶ Acele kamulaştırmanın, kamulaştırmanın bir çeşidi olmadığı hakkında bakınız: KUTLU GÜRSEL, Meltem: Kamulaştırma Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 528: "*'Acele kamulaştırma' kavramı, kamulaştırmanın bir türü olmayıp, KK'da kamulaştırma sürecine ilişkin istisnaen idareye süreç tamamlanmadan kamulaştırılacak (henüz kamulaştırılmamış) özel hukuk kişinin mülkiyetindeki taşınmaza müdahalede bulunma, kullanma, el koyma yetkisini ifade etmektedir.*"

⁷ Danıştay 6.D'nin 29.09.2021 tarih ve E: 2019/21497 K: 2021/10344 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024; Danıştay İDDK'nin 17.03.2022 tarih ve E: 2022/663 K: 2022/685 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024; Danıştay İDDK'nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1088 K: 2023/1403 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024.

⁸ Danıştay, 6. D'nin 05.07. 2023 tarih ve E: 2022/5163, K: 2023/6472 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 30.06.2024.

içtihatlarıyla belirlenen ilkelere tabidir. Cumhurbaşkanı'nın işin aceleliği hakkında alacağı karar bir idari işlemdir ve hukuka uygun olması gerekmektedir⁹. Cumhurbaşkanı bu kararında, işin ivediliğini açık ve net bir şekilde belirlemekle yükümlüdür¹⁰. Bu da Cumhurbaşkanı'nın kararında acelelik hâlini gerekçelendirmesini gerektirmektedir¹¹.

II. İdari İşlemin Gerekçeli Olması İlkesi

Gerekçe kelimesi, gündelik hayatımızda sebep kelimesi ile ilişkili olarak kullanılmaktadır. Nitekim Türk Dil Kurumu'nun (TDK) Güncel Türkçe Sözlüğü'nde, "gerekçe" kelimesi, "*Bir şeyi gerekli duruma getiren, yapılmasına sebep olan şey, gerektirici sebep; mucip sebep, esbabımucibe*" şeklinde tanımlanmaktadır¹². Bu durumda idari işlemin gerekçesi denildiğinde idari işlemin sebep unsuru akıllara gelmektedir. Bununla birlikte idari işlemin gerekçesi ile sebep unsuru birbirinden farklı kavramlardır¹³. İdari işlemin gerekçesi, işlem metninde yer alan bir kısım olup idari işlemin şekil unsuru ile bağlantılıdır¹⁴. Gerekçe göstererek idare, işlemin muhatabını işleme dayanak oluşturan sebepler ile ilgili olarak bilgilendirmektedir¹⁵.

İdari işlemin sebebi, işlemden önce var olan, idareyi o işlemi tesis etmeye yönelten ve objektif hukuk kuralları ile tespit edilmiş bir faktördür¹⁶. Gerekçe ise "*İdari işlemin tamamlanmasından sonra, idare tarafından doğrudan veya ilgilinin istemi üzerine işlemin sebebinin ilgiliye bildirilmesidir.*"¹⁷

İdarenin işlem tesis ederken gerekçe gösterme zorunluluğu mevzuatta düzenlenmişse idare idari işleminin gerekçesini ilgiliye göstermek mecburiyetindedir; ancak gerekçe gösterilmesini zorunlu tutan bir düzenleme yoksa da idare hukuk devleti olmanın bir gereği olarak işlemin gerekçesini ilgililere göstermekle mükelleftir¹⁸.

Türk hukukunda idarenin işlem tesis ederken gerekçe göstermesi yükümlülüğüne ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte özel bazı kanunlarda gerekçelendirmeye ilişkin bazı hükümler mevcuttur¹⁹. Örneğin 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun bunlardan biridir. Kanun'un 7. maddesine göre "*Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması halinde alınan sonuç ayrıca bildirilir.*" Böylelikle idareye başvuru yapılması sonrasında idarenin işlem tesis etme mecburiyeti ve bu işlemin

⁹ KUTLU GÜRSEL: Kamulaştırma, s. 511-512.

¹⁰ KUTLU GÜRSEL: Kamulaştırma, s. 517.

¹¹ KARAMAN, Buket: "Acele Kamulaştırma" Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 146.

¹² TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.07.2024.

¹³ ERKAL, Atilla: "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1, 2019, s. 120.

¹⁴ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 573.

¹⁵ AKYILMAZ, Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 204.

¹⁶ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 152.

¹⁷ ERKAL, s. 122.

¹⁸ ERKAL, s. 125.

¹⁹ SEÇKİN / ÜSTÜN, s. 525.

kendisinde işlemin gerekçesini bildirme zorunluluğu genel bir kanun ile düzenlenmiş bulunmaktadır²⁰. İdari işlemler tesis edilirken uyulması gereken usul kurallarına ilişkin düzenlemeler, mevzuatta çoğunlukla maddi idare hukuku sahasında dağınık bir biçimde yer almaktadır²¹. İdarenin faaliyetlerini yerine getirme usulüne ilişkin farklı kanunlarda birçok düzenleme yer almasının yanı sıra idari yargı kararları ve süregelen idari pratikler de idareye yol göstermektedir²². Genel idari usul kanunu bulunmayan ülkemizde, Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Vergi Usul Kanunu gibi kanunlarda, bu kanunların düzenlendiği özel alanlardaki faaliyetlerin nasıl yerine getirileceğine ilişkin kurallar bulunmaktadır²³.

Danıştay kararlarında, idari işlemin gerekçeli olması ilkesine sıklıkla değinilmektedir. Örneğin Danıştay 6. Dairesi'nin bir kararında gerekçe ilkesiyle ilgili olarak şu ifadeler yer verilmiştir:

“Öte yandan genel olarak idari işlemler kendilerinden önce gelen ve nesnel kurallarla belirlenmiş bir sebebe (idareyi işlem yapmaya iten etken) dayanmak zorunda olup, bu durum idarenin tüm tasarruflarının hukuka uygun bir sebebe dayanması zorunluluğunun bir gereğidir. İdari işlemin gerekçeli olması ilkesi gereği, idare bir işlem yaptığında o işlemin sebebini ortaya koymak, yani işlemi gerekçelendirmek zorundadır.”²⁴

Yine bir başka kararında Danıştay bu kez takdir yetkisine dayanan işlemlerle ilgili olarak; “2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tüm idari işlemlerin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden denetleneceğinin belirtildiği, bu kapsamda takdire dayanan idari işlemlerin gerekçeli olması, gerekçelerin hukuken kabul edilebilir tarzda açık ve net bir şekilde ortaya konulması...”²⁵ gereğine değinmiştir.

Mevzuatta, idari usul kuralları bir yana, idari usul ilkelerinin de hepsini bir araya toplayan bir düzenleme yer almamaktadır²⁶. İdarenin işlem tesis ederken uyması gereken kuralların bir arada yer aldığı tek bir kanun bulunmaması, idare ve idarenin karşısında kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması açısından idarenin kanuniliği ilkesi ve hukuki güvenlik anlamında mühim bir noksanlık teşkil etmektedir²⁷.

İdari usul, bireylere idari işlemlerin ortaya çıkış sürecine katılmasını sağlayarak hukuki bir koruma oluşturur. Bu hukuki koruma, yargısal korumaya tamamlayıcı bir rol üstlenerek, hukuk devletinin iyi bir

²⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar: “İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul: Yoksa Var Mı?”, *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu* (içinde s. 201-232), Danıştay Yayınları No: 91, Ankara 2016, s. 217.

²¹ ÖZKAN, Gürsel: “İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa’da, İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1998, s. 6.

²² KUTLU GÜRSEL, Meltem: “Hukuk Devleti İlkesinden Hukukun Üstünlüğüne Geçiş Sürecinde ‘Yönetimde Demokrasinin Gereklerinden Biri Olarak’ Birey ile İdare Arasındaki İlişkilerinin Düzenlenmesi ve Fransa Örneği”, *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu* (içinde s.167-200), Danıştay Yayınları No: 91, Ankara 2016, s. 170.

²³ EVREN, Çınar Can: “İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 91, 2010, s. 129.

²⁴ Danıştay 6. D’nin 18.02.2021 tarih ve E. 2020/120 K. 2021/2107 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

²⁵ Danıştay 2.D’nin 24.02.2014 tarih ve E.2013/2670 K. 2014/1288 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

²⁶ ZOR, Burç Volkan: “Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 155, 2021, s. 340-341.

²⁷ KUTLU GÜRSEL: Birey ile İdare İlişkileri ve Fransa Örneği, s. 170.

şekilde işlemlerini sağlar²⁸. İdari usul idarenin demokratik bir şekilde işlemlerini ve saydam bir idare perspektifi oluşmasını temin eder²⁹. İdarenin işleminde gerekçe göstermesi, işlemin muhatabı olan bireylerin işlemin yapılmasına temel olan sebeplerle ilgili olarak bilgi edinmesini sağlamaktadır³⁰. Böylelikle işlemin muhatapları, idarenin hukuka uygun hareket edip etmediğini değerlendirme olanağı bulmakta ve gerek duyarsa bu işlem aleyhine hukuki yolları tüketebilmektedir³¹. İdarenin işlemlerinde gerekçe gösterme yükümlülüğü, idari işlemin yapılış sürecinde hukuka uygun hareket etmesini ve idari usul süreci bittikten sonra işlemin yazıya dökülmesi aşamasında idarenin kararını tekrar değerlendirmesi olanağı sağlayarak idare açısından bir kontrol fonksiyonu yerine getirmektedir³². İdareyi hukuka uygun hareket etmeye mecbur bırakan gerekçe ilkesi, bu anlamda kamu yararına hizmet etmektedir³³. İdarenin işlemlerinde gerekçe göstermesi, işlem yapıldıktan sonra işlemle ilgili olarak hem idareye yapılacak başvurularda idarenin denetimini hem de yargı organı tarafından yapılacak denetimi daha etkili bir hale getirmektedir³⁴.

İdari işlem yapılırken, işlemin gerekçesinin yeterince açık bir şekilde belirtilmiş olması gerekmektedir³⁵. Bu bağlamda idari işleme dayanak oluşturan maddi ve hukuki sebepler ve yapılan ön inceleme neticeleri gerekçede açıklanmalıdır³⁶. Danıştay da doçentlik sözlü sınavından başarısız sayılmaya karşı açılmış olan bir davada yaptığı incelemede, *“Eserleri bilimsel açıdan yeterli görülen ilgili hakkında dayanakları gösterilmek suretiyle somut bilimsel kanaat ortaya konulmadan sözlü sınavda başarısız sayılması, idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesiyle de bağdaşmamaktadır”* demek suretiyle idari işlemlerde gerekçenin nasıl gösterileceği ile ilgili görüşünü ortaya koymuştur³⁷. Yine bir başka kararında Danıştay, bu kez bir atama kararına karşı açılan davada, *“bir kadroya atama/görevlendirilme konusunda istekli olan kişiler arasında tercih yapılırken yapılan tercihin nedenlerinin, atanmış kişiler ile atanmayanlar arasında farklı muamele yapılmasının haklı gerekçelerinin nitelik ve ağırlığının hukuken kabul edilebilir bilgi, belge ve verilerle ortaya konulması gerekir”* şeklinde takdir yetkisine dayanan işlemler bakımından idari işlemin gerekçelendirilmesini açıklamıştır³⁸.

²⁸ KIRATLI, Metin: “İsviçre’de İdari Usul Kodifikasyonu”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 6, S. 2, 1973, s. 49.

²⁹ ÇEBİ BUĞDAYCI, Melike Özge: “İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1, 2016, s. 29.

³⁰ AKYILMAZ: İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 204.

³¹ TANRIVERDİ, Ayşe Almila: “İdare Hukukunda Gerekçe İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 3, S. 2, 2023, s. 567.

³² AKYILMAZ: İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 203.

³³ SEÇKİN / ÜSTÜN, s. 527.

³⁴ ZOR, s. 365.

³⁵ EVREN, s. 136.

³⁶ ODYAKMAZ, Zehra: “Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 1997, s. 12.

³⁷ Danıştay 8. D’nin 23.01.2014 tarih ve E: 2010/9731 K: 2014/182 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

³⁸ Danıştay 2. D’nin 24.02.2014 tarih ve E: 2013/6438 K: 2014/1920 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

A. İdari İşlemin Unsurları Açısından Gerekeçe

İdari işlemin gerekçesi, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimi açısından iki unsur ile yakın ilişkilidir. Bunlar sebep ve şekil unsurlarıdır.

1. Sebep Unsuru ve Gerekeçe

Danıştay kararlarında gerekçe ilkesinin sebep unsuru ile yan yana kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) bir kararında sebep unsuru ve gerekçe ilkesi arasındaki bağlantıyı şu şekilde açıklamıştır:

“Öte yandan, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin davalı idarelerin dosyaya sundukları savunmalar ve ara kararı cevaplarının incelenmesi sonucunda, dava konusu düzenlemelerin gerekçesinin somut olarak ortaya konulamadığı; idareleri anılan düzenlemeleri yapmaya iten etkenlerin açıklanamadığının anlaşıldığı,

Oysa ki, idari işlemlerin gerekçeli olması gerektiği ilkesi ile idari işlemin sebep unsurunun yakın ilişki içerisinde olduğu; belli etkenlerin idareyi işlem tesis etmeye ya da o alana ilişkin düzenleme yapmaya sevk ettiği; dolayısıyla idare tarafından tesis edilen her işlemin ya da düzenlemenin belli bir gerekçesi bulunduğu; idari işlemin sebep unsurunu da, idareyi bu tasarrufu yapmaya yani işlemi/düzenlemeyi tesis etmeye sevk eden hukuki veya fiili objektif durumun ya da nedenin oluşturduğu,

Eğer idare, işlemin gerekçesini açıklayamıyor ve salt düzenleme yapma yetkisine dayanarak işlemi tesis etmiş ise, işlemin sebep unsuru açısından hukuka aykırı olacağı”³⁹.

Yukarıda ilgili kısmı alıntılanan kararda, gerekçenin sebep unsuru ile yakın ilişkili olduğu belirtilmekle birlikte; “gerekçenin somut olarak ortaya konulmaması”, “her işlemin bir gerekçesinin olması gibi” gibi ifadeler gerekçe eşittir sebepmiş gibi bir izlenim de yaratmaktadır. Gereksiz idari işlemler ile sıklıkla karşılaşılırsa da sebebi olmaksızın işlem tesis edilmesi mümkün değildir⁴⁰. Gereksiz olarak yazılmak mecburiyetinde olmasa da tüm idari işlemler kesinlikle bir sebebe dayalı olmak durumundadırlar. Diğer taraftan işlemin kendisinde işleme temel alınan sebepler gösterilmek mecburiyeti olmasa da söz konusu işlem yargı önüne taşındığında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 20. maddesi gereğince bu işlemin sebepleri yargı organına açıklanması mecburiyeti söz konusudur⁴¹.

Sebep ve gerekçe birbirinden farklı kavramlardır⁴²; ancak birbiriyle yakından ilişkilidir. Özellikle idari işlemin sebep unsuru yönünden idareye takdir yetkisi tanındığı durumlarda bu ilişki belirginleşir. İdarenin sebep unsuru yönünden takdir yetkisi ile donatıldığı işlemler söz konusu olduğunda takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığının kontrolünde gerekçe önem arz etmektedir⁴³. Bu

³⁹ Danıştay İDDK’nin 08.06.2023 tarih ve E: 2022/3600 K: 2023/1321 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024. Aynı yönde: Danıştay 10. D’nin 17.03.2022 tarih ve E: 2019/8164 K: 2022/1411 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

⁴⁰ AKILLIOĞLU, Tekin: “Yönetmelik İşlemlerinde Gerekeçe İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 15 S. 2, 1982, s. 7.

⁴¹ GÜNDAY, s. 145-146.

⁴² ERKAL, s. 120.

⁴³ AKILLIOĞLU: Gerekeçe İlkesi, s. 8.

noktada Danıştay'ın, idari işlemin kamu düzeni, milli güvenlik ve benzeri belirsiz kavramlar ile gösterildiği durumlarda söz konusu kavramların nesnel bir anlam taşımalarından bahisle işleme temel alınan maddi ve hukuki vakıaların bu kavram kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelediğine dikkat çekilmektedir⁴⁴. Danıştay muğlak kavramlarla ifade edilen sebep unsuru hakkında verdiği bir kararda ise gerekçe ile ilgili şu hususların altını çizmiştir:

“İdari işlemin gerekçeli olması ilkesi gereği, idare bir işlem yaptığında o işlemin sebebini ortaya koymak, yani işlemi gerekçelendirmek zorundadır. Dava konusu işleme dayanak alınan düzenlemelerde işlemin sebebi açıkça ortaya konulabileceği gibi, bir sebep olması gerektiğinin lüzum, ihtiyaç, yeterli vs. gibi muğlak ifadelerle ortaya konulduğu durumlar da mevcuttur. Bu durumda bu kavramların belli ve objektif bir anlamı yoksa idarenin sebep unsuru yönünden takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak, işlemin gerekçesi konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu hallerde dahi işlemin bir gerekçeye dayalı olması ve bu gerekçenin somut olarak ortaya konulması ve işlemi yapmaya yeterli olması gerekmektedir.”⁴⁵

İdari işlemin sebebini mevzuatta belirsiz kavramlarla ifade edilmesi hâlinde, idarenin işleminde gerekçe olarak yalnızca bu belirsiz kavramı gösterip bırakması hiç gerekçe belirtmemesine eş değerdir⁴⁶. İşlemin muhatabının işlemin hukuki sebebinden haberdar olabilmesi için gerekçenin yeterince açık bir biçimde kalem alınması lüzumu bulunmaktadır. İdarenin işleminde gerekçe olarak, “görülen lüzum üzerine” biçimine bir ifade kullanması veya yalnızca mevzuat hükmüne atıfta bulunulması, gerekçe gösterme zorunluluğunu şeklen sağlayacak olup işlemde etkilenen kişinin bilgi sahibi olmasına olanak tanımayacaktır⁴⁷. İdarenin takdir yetkisi ile donatılmış olduğu işlemler bakımından, şablon bir işlem ortaya konulmadığına ve somut olay bakımından etraflıca bir inceleme yapılmasının neticesinde işlem tesis edildiğinin işlemin muhatabı açısından inandırıcı olması için olası alternatiflerin değerlendirildiği gerekçede belirtilmelidir⁴⁸.

2. Şekil Unsuru ve Gerekçe

İdari işlemin gerekçesi, sebep unsuru ile ilişkili olmakla birlikte aslında şekil unsurunun kapsamında bulunmaktadır. Bu sebeple idari işlem tesis edilirken gerekçe gösterilmemesi, işlemi şekil unsuru bakımından hukuka aykırı hâle getirir⁴⁹. İdari işlemde şekil, “*idari işlemin hem hazırlanış usulünü hem de işlemde var olan iradenin dış dünyaya yansımalarını ifade eder*”⁵⁰. Şekil unsuru hem şekli hem de usulü içine almaktadır⁵¹.

⁴⁴ SEÇKİN / ÜSTÜN, s. 529.

⁴⁵ Danıştay 8. D'nin 05.02.2020 tarih ve E: 2016/9775 K: 2020/583 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

⁴⁶ AKYILMAZ: İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 211-212.

⁴⁷ EVREN, s. 136.

⁴⁸ AKYILMAZ: İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 211.

⁴⁹ AKYILMAZ: İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul, s. 217.

⁵⁰ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 426

⁵¹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt I: Genel Esaslar, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 390. Aynı yönde: YILDIRIM, Turan / YAŞIN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 445; Duran, idari işlemin unsurlarından bahsettiği kısımda şekil ve usulü, “şekil ve usul kuralları” şeklinde bir bütün olarak ele almaktadır (DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 408). Özey, biçim ifadesini

İdari işlemde gerekçe gösterilmesi yükümlülüğü kanun ile öngörülmüşse, bu durumda bu koşul bir şekil kuralı hâline geleceğinden, söz konusu işlemde gerekçenin belirtilmesi gerekmektedir. Şayet kanunda böyle yükümlülük öngörülmemiş ise gerekçe bir usul kuralıdır⁵². Bu noktada, tüm idari işlemler bakımından işlem tesis edilirken gerekçe gösterilmesi yükümlülüğünün bir usul kuralı olmasının yanı sıra bir şekil kuralı olabilmesi için gerekçe yükümlülüğünü düzenleyen bir idari usul kanununun gerekliliği vurgulanmaktadır⁵³. Türk hukukunda idari işlem tesis ederken gerekçenin belirtilmesi kural olarak bir şekil koşulu değildir; ancak özel bazı düzenlemelerde idari işlem tesis edilirken gerekçesinin belirtilmesi yükümlülüğü düzenlendiğinden bunlar bakımından işlemin gerekçesiz bir şekilde tesisi, o işlemi şekil bakımından hukuka aykırı getirmektedir⁵⁴.

Danıştay ise şekil unsuru yönünden hukuka aykırılıkları asli ve tali şekil şartı aykırılığı şeklinde sınıflandırmaktadır⁵⁵. Örneğin Danıştay 8. Dairesi bir kararında bu sınıflandırmayı ve hukuki sonuçlarını şu şekilde açıklamıştır:

*“İdare hukukunda; şekil ve usul kurallarına aykırılık, idari işlem ve kararların sakatlığı sonucunu doğurur. Ancak şekil eksikliklerinin hukuki etki ve sonuçları bakımından **birincil (asli) ve ikincil (tali) şekil eksiklikleri** olarak ayrılması gerekmektedir. Birincil şekil eksiklikleri işlem veya kararın sakatlığı sonucunu doğurmakta, uyulmaması halinde işlemin geçerliliğine etki etmekte iken ikincil şekil noksanlıkları ise kararın sonucunu ve dolayısıyla geçerliliğini etkilemeyen şekil eksiklikleridir.”⁵⁶*

Danıştay’ın idari işlemde gerekçe yükümlülüğüyle ilgili olarak verdiği meşhur “sarı basın kartı” kararında idari işlemlerde gerekçe belirtilmemesini neticeye etki etmeyen bir şekil koşulu olarak değerlendirmesini eleştiren Erkal’a göre, idari işlemde gerekçe belirtilmemesi esasa etki etmeyen bir şekil koşulu değil idari işlemin iptalini gerektiren bir nedendir⁵⁷. Danıştay İDDK’nin sarı basın kartı verilmesinin reddi işlemine karşı açılan iptal davasının temyiz incelemesinde⁵⁸ verdiği karar dikkat çekicidir. Dava Danıştay İDDK’nin önüne gelmeden önce 10. Daire’nin incelemesinden geçmiş ve 10. Daire idari işlemin gerekçeli olması hususunda uluslararası metinlere ve Basın Kartı Yönetmeliği

kullanmakta ve bu unsuru şu şekilde izah etmektedir: “*‘biçim’ İdari Yargılama Usulü Kanununda sadece ‘şekil’ olarak anıldığı halde, ‘usul-şekil’ biçiminde ele alınması ve ‘usul’ün ‘şekil’den önceye konulması kanısındayım.*” (ÖZAY, İl Han: Gün Işığında Yönetim, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 491). Günday da şekil unsuruyla ilgili olarak, “*İdari işlem ve kararlarda şekil iki anlama gelmektedir: Bir defa şekil, idari işlemin özünü oluşturan iradenin dış dünyaya yansımalarının maddi biçimi anlamına gelmektedir. Şekil, ikinci olarak idari işlemin yapılmasında izlenen usulü ifade etmektedir.*” demek suretiyle şekil kavramını şekil ve usulü ifade edecek şekilde kullanmaktadır (GÜNDAY, s. 144). Aksi yönde: GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 937: “*Kanımızca ‘şekil’ ve ‘usûl’ birbirinden farklı iki kavramdır ve idarî işlemin bir unsuru olarak ayrı ayrı incelenmeleri gerekir; çünkü bunların hukukî rejimi birbirinden farklıdır.*”

⁵² ERKAL, s. 130.

⁵³ ERKAL, s. 130.

⁵⁴ ERKAL, s. 130.

⁵⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 440.

⁵⁶ Danıştay 8. D’nin, 29.04.2015 tarih ve E: 2014/6446 K: 2015/3634 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 23.07.2024.

⁵⁷ ERKAL, s. 130-132.

⁵⁸ Danıştay İDDK’nin 17.10.1997 tarih ve E: 1995/769 K: 1997/525 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 24.07.2024.

hükümlerine atf yaparak idarenin basın kartı verilmesi talebi hakkındaki gerekçesiz ret kararına dair şöyle isabetli bir değerlendirmede bulunmuştur:

“Bütün bu düzenlemeler de idari işlemin gerekçeli olmasını bir şekil şartı olarak öngörmektedir. Davacının San Basın Kartı talebinin reddine ilişkin dava konusu işlem ‘idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesine aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle. Basın Kartı Yönetmeliğinin 46.maddesi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davacıya Sarı Basın Kartı verilmeme işleminin iptaline”⁵⁹.

Davalı idarenin bu kararı temyiz etmesi üzerine inceleme yapan Danıştay İDDK, basın kartı verilmesi talebinin reddi işlemi gerekçe gösterilmemesini neticeyi etkilemeyen bir şekil sakatlığı olarak değerlendirip 10. Daire’nin yukarıda yer verilen kararını bozmuştur⁶⁰.

Danıştay idari işlemde gerekçe gösterilmesi ile ilgili olarak verdiği başka bazı kararlarda da idari işlem tesis edilirken gerekçe gösterilmemiş olmasını doğrudan iptal sebebi saymamıştır⁶¹. Örneğin Danıştay 6. Dairesi bir kararında, idari işlem tesis edilirken gerekçe gösterilmemiş olsa dahi dava sırasında idarenin gerekçelerini belirtebileceğine şu şekilde değinmiştir:

*“Dairemizin içtihatlarına göre, para cezasına ilişkin belediye encümeni kararında alt sınırın üzerinde para cezası verme **gerekçesi bulunmasa dahi** davalı idarece savunma dilekçesinde veya temyiz dilekçesinde gerekçe gösterilebilir. Belediye encümeni kararında ya da davalı idarenin savunma veya temyiz dilekçelerinde gerekçenin gösterilmemesi durumunda ise, Mahkemece Kanunda yazılı alt sınırın üzerinde para cezası miktarının belirlenmesinin nedenlerinin araştırılması ve alt sınırın üzerinde para cezası miktarının belirlenmesine yönelik olarak idarece gösterilecek gerekçelerin incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekmektedir.”⁶²*

Doktrinde, idari işlemin gerekçeli olması prensibinin Danıştay’ın mevcut tutumu karşısında içtihatlarla geliştirilemeyeceğini ileri süren *Tanrıverdi*, bu durumun gerekçesini şöyle izah etmektedir: *“Kanunların koyduğu zorunluluklar dışında içtihatlarla idari işlemde gerekçe ilkesini getiren bir karara rastlanmamaktadır. Hatta kanunla getirilen düzenlemeyi birey hak ve özgürlükleri ya da hukuki düzenlemeler bakımından ele almamış şekil şartı ile ilişkilendirerek idari işlemin asli unsurlarından değil*

⁵⁹ Danıştay 10. D’nin 10.11.1994 tarih ve E: 1993/1403 K: 1994/5633 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024.

⁶⁰ *“Dosyanın incelenmesinden, işlemin dayanağı olan Basın Kartları Yönetmeliğinin 34, 35 ve 49 uncu maddeleri ile işlem tarihinden sonra yapılan düzenleme ile de olsa 46 ncı maddelerine göre basın kartı komisyonu kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Burada açıklanması gereken ise, kararda gerekçeye yer verilmemiş olmasının kararın şekil şartını oluşturmakta olduğudur. Ancak burada öngörülen şekil kuralı işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir.”* (Danıştay İDDK’nin 17.10.1997 tarih ve E: 1995/769 K: 1997/525 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 24.07.2024.)

⁶¹ Danıştay 6. D’nin 21.01.2009 tarih ve E: 2007/685 K: 2009/560 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 23.07.2024; Danıştay 6. D’nin 16.11.2005 tarih ve E: 2005/1641 K: 2005/5523 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 23.07.2024; Danıştay 6. D’nin 18.02.2005 tarih ve E: 2003/4396 K: 2005/947 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 23.07.2024.

⁶² Danıştay 6. D’nin 21.01.2009 tarih ve E: 2007/685 K: 2009/560 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 23.07.2024.

*tali nitelikte bir şekil şartı olarak saymıştır*⁶³. Yazar da idari işlemler bakımından gerekçe yükümlülüğünün bir usul kanunu ile hüküm altına alınmasını önermektedir⁶⁴.

Genel idari usul kanunun çıkarılması yönündeki önerilere⁶⁵ katılmaktayız. Erkal'ın ifade ettiği gibi idari usul kanununun yürürlüğe konulması ile bir şekil şartı hâline gelecek olan gerekçe yükümlülüğünün⁶⁶ bir iptal sebebi olarak yerleşmesinde, Danıştay'ın bu konudaki mevcut tutumunu değiştirmesiyle de desteklenmesi gerekecektir. İdari usul kanununun yürürlüğe konulmasının Danıştay'ın bu konudaki tutumu üzerinde de olumlu bir etki yapması beklenmektedir.

B. Gerekçe İlkesine İlişkin Uluslararası Düzenlemeler

Ülkemizde özel bazı kanunlarda bazı işlemler bakımından düzenlenmiş olan idari işlemin gerekçeli yapılması yükümlülüğü uluslararası metinlerde de sıklıkla vurgulanmaktadır. Üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyi'nin 1977 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 77(31) sayılı "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar"ın "Gerekçelerin Açıklanması" başlıklı IV numaralı kısmında idari işlemin gerekçeli olması yükümlülüğü ile ilgili olarak şöyle bir düzenleme yapılmıştır: *"İlgili kişi, hak, özgürlük veya menfaatlerini olumsuz etkilemesi muhtemel nitelikteki herhangi bir idari işlem durumunda, bu işlemin dayandığı gerekçelerden haberdar edilir. Bu bildirim, ya gerekçelerin işlem sırasında açıklanması yoluyla ya da talep etmesi halinde, ilgili kişiye makul bir süre içerisinde yazılı olarak bildirilmesi yoluyla yapılır"*⁶⁷. Görüldüğü üzere tüm idari işlemler bakımından değil; ilgilinin haklarını olumsuz etkileme kapasitesi olan işlemler bakımından gerekçe yükümlülüğü düzenlenmektedir.

Avrupa Birliği bünyesinde gerekçe yükümlülüğüne dair bir başka düzenleme 2001 yılında Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen Avrupa İyi Yönetim Yasası'dır. Bu Yasa'nın 18. maddesine göre: *"1. Kurumun, bireylerin hak veya menfaatlerini olumsuz yönde etkileyen kararlarında, karar ile ilgili olaylar ve kararın hukuki dayanakları gösterilerek gerekçelendirilir. 2. Yetkili, kısa veya muğlak temellere dayanan gerekçelere veya bireysel gerekçelendirme içermeyen kararlar almaktan kaçınmalıdır. 3. Benzer kararların çok fazla kişiyi ilgilendirmesi durumunda kararların gerekçelerinin detaylı bir şekilde gerekçelendirilmesi mümkün değilse ve bu sebeple standart cevaplar verilirse, yetkili bireysel bir gerekçelendirme talep eden yurttaş bu gerekçelendirmeyi sağlar"*⁶⁸. Bu yasada da kişilerin hak ve

⁶³ TANRIVERDİ, s. 574.

⁶⁴ TANRIVERDİ, s. 577.

⁶⁵ ERKAL, s. 130; ÇAL, Sedat: "İdari Usul Kanunu (ve Bilgi Edinme Hakkı) Gerekçesini Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2012/2, 2012, s. 162; SARAÇ, Ahmet: "İdari Usul Kanunu İhtiyacı Üzerine Bir Değerlendirme", *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (içinde s. 263-283)*, Danıştay Yayınları No: 91, Ankara 2016, s. 281; AKYILMAZ: İkibinli Yıllarda Türkiye'de İdari Usul, s. 210; ÖZKAN, Gürsel: "İdari Usul, İyi Yönetim Hakkı ve Türk Devlet Geleneğinde Yönetim Anlayışı", *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (içinde s. 233-262)*, Danıştay Yayınları No: 91, Ankara 2016, s. 262.

⁶⁶ ERKAL, s. 130.

⁶⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 77 (31) sayılı İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar, Kaynak: <https://rm.coe.int/idarenin-islemleri-karsisinda-bireyin-korunmasi-hakkinda-77-31-sayili/1680a4397f> Erişim Tarihi: 27.07.2024.

⁶⁸ The European Code of Good Administrative Behaviour, Kaynak: <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/en/3510> Erişim Tarihi: 27.07.2024.

menfaatlerini olumsuz yönde etkileyen işlemler bakımından gerekçelendirilmenin şart olduğu vurgulanmaktadır.

İdari işlemin gerekçeli yapılması konusunda kapsayıcı bir düzenleme Alman İdari Usul Kanunu'nda (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG) yer almaktadır. Kanun'un 39. maddesinin ilk fıkrasında idari işlemlerin tümü açısından gerekçe yükümlülüğü getirilmiştir⁶⁹. Gerekçe gösterilmesi lüzumu olmayan işlemler ise maddenin 2. fıkrasında düzenlenmektedir. Bu düzenleme gerekçeyi kural, gerekçesizliği istisna olarak düzenlemesi bakımından önem arz etmektedir. VwVfG §39 (1)'e göre, *“Yazılı veya elektronik idari işlemler gerekçeli olarak yapılırlar. Gerekçe, idari makama karar almaya yönelen temel olguları ve hukuki nedenleri içermelidir. Takdire bağlı kararlarda gerekçe, makamın takdir yetkisini kullanırken dayandığı hususları belirtmelidir.”* Kanun'un 2. fıkrasında gerekçenin belirtilmesinin zorunlu olmadığı durumlar sayılmıştır. Buna göre; makamın bir başvuruyu uygun bulması veya idari işlemin başka bir kişinin haklarına müdahale etmemesi, idari işlemde etkilenen kişinin ilgili makamın fiili ve hukuki duruma ilişkin görüşünün halihazırda farkında olması veya gerekçenin makam tarafından gösterilmese dahi kolaylıkla fark edilir durumda olması, makamın otomatik cihazlarla çok sayıda benzer işlem yapması ve somut olayın koşullarında gerekçe gösterilmesine lüzum olmaması, gerekçe gösterilmesine lüzum bulunmaması durumunun bir kanun hükmünden kaynaklanması ve genel bir kararın kamuya duyurulması hâllerinde gerekçe gösterilmeyebilir.

Alman idari usul hukukunda gerekçe yükümlülüğünün ihlali, idari işlemin şekil yönünden hukuka aykırılığını doğurması⁷⁰ bakımından dikkat çekicidir. VwVfG'nin 45. maddesinin 1. fıkrasının 2 numaralı bendine göre, VwVfG madde 39'a göre idari işlem için gerekli olan gerekçeye ilişkin hukuka aykırılıkların sonradan telafi edilmesi mümkündür⁷¹. İdari işlem yapılırken gerekçenin belirtilmemiş olmasının yanı sıra gerekçenin VwVfG madde 39/1'e aykırı bir biçimde kaleme alınmış olması da hukuka aykırılık teşkil edecek olup bilahare tamamlanabilir⁷². VwVfG madde 45/2 hükmüne göre, gerekçenin sonradan sunulmasının idari yargıda görülen son davanın sonuçlanmasına kadar devam edebilecektir. Bununla birlikte gerekçenin sonradan gösterilmesi konusunda idarenin o işlem bakımından bağlı yetkili veya takdir yetkisine sahip olması bakımından ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre idarenin bağlı yetkili işlemleri söz konusu olduğunda idari işlemin hukuka uygunluğunun gerekçeye değil objektif hukuka göre yapılması söz konusu olacağından gerekçenin eklenmesi herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir. Ancak idarenin takdir yetkisi ile yapacağı işlemleri söz konusu ise gerekçenin ertelenebilirliği ve bunun sonuçları maddi hukuk tarafından düzenlenmektedir⁷³. İdarenin hiçbir gerekçe göstermeden işlem tesis etmesi de telafisi yapılabilir bir hukuka aykırılık olarak değerlendirilmekte; ancak bu durumda

⁶⁹ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kaynak: https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_39.html Erişim Tarihi: 29.07.2024.

⁷⁰ DETTERBECK, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 18. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2020, s. 190.

⁷¹ DETTERBECK, s. 208.

⁷² ERKAL, Atilla: “İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltmesi ve Almanya Örneği”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2011, s. 198.

⁷³ DETTERBECK, s. 208.

gerekçenin itiraz olanağı olan işlemler bakımından itiraz süresi içerisinde, itiraz olanağı bulunmayan işlemler bakımından dava açma süresi içerisinde belirtilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁴.

Amerikan hukukunda gerekçelendirme, yalnızca ilgililerin yazılı taleplerinin reddi söz konusu olduğunda yapılmak zorundadır; ancak bu zorunluluk ilgililerin haklarına müdahale eden her türlü işlem için geçerli değildir⁷⁵. Amerikan İdari Usul Yasası'nın 555. maddesinin e bendine göre (Administrative Procedure Act-APA § 555e): ilgililerin herhangi bir kuruluşun işlemi ile bağlantılı olarak yaptığı yazılı başvurunun, dilekçenin veya talebin kısmen veya tamamen reddedildiği derhâl bildirilecektir. Daha önceki bir reddin teyit edilmesi veya reddin açıklayıcı olduğu durumlar hariç olmak üzere, bildirim ret gerekçelerinin kısa bir açıklaması eklenecektir⁷⁶. Alman İdari Usul Yasası'nda idari işlemin gerekçelendirmesine ilişkin hüküm kadar kapsayıcı ve detaylı olmamakla birlikte ilgilinin talebinin reddi sonucunu doğuran işlemler bakımından gerekçelendirme yükümlülüğü getirilmiş olması önemlidir.

Fransız hukukunda ise 1979 tarihinde idari işlemlerin gerekçelendirilmesi ile ilgili bir kanun çalışması yapılmıştır. Bu kanun bireysel, olumsuz ve bozucu nitelikteki idari işlemler bakımından gerekçelendirme yükümlülüğünü düzenlemiştir⁷⁷. Ayrıca yurttaşların idare ile ilişkilerini düzenleyen "Code des relations entre le public et l'administration" (CRPA) isimli genel bir idari usul kanunu bulunmaktadır⁷⁸. Bu Kanun, idare ile birey arasındaki ilişkilerde tatbik edilmesi gereken genel usul hükümlerini tek bir kanun çatısında bir araya getirerek bireyler için belirlilik ve ulaşılabilirlik sağlaması yönünden olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir⁷⁹. Sözü edilen Kanun'un L211-2 hükmüne göre, gerçek ve tüzel kişiler kendileri hakkında tesis edilen bireysel olumsuz idari kararların nedenlerine ilişkin olarak bilgilendirilme hakkına sahiptirler. Bu hükümde gerekçelendirilmesi gereken kararlar 8 madde hâlinde sayılmıştır. Buna göre; kamu özgürlüklerinin kullanılmasını kısıtlayan veya genel olarak polis tedbiri oluşturan, bir ceza uygulayan, bir iznin verilmesini kısıtlayıcı koşullara bağlayan veya kısıtlamalar getiren, hak yaratan bir kararı geri çeken veya yürürlükten kaldıran, bir zamanaşımı, haciz veya hak düşürücü süre uygulayan, elde edilmesi için gerekli yasal koşulları sağlayan kişiler için bir hak teşkil eden bir yardımın verilmesini reddeden, bu Kanun'da sayılan istisnalar hariç olmak üzere bir izni reddeden, bir yasa veya yönetmelik hükmü uyarınca herhangi bir çekişmeli itirazdan önce sunulması gereken bir idari itirazı reddeden idari kararlarda gerekçe belirtilmelidir⁸⁰.

⁷⁴ AKYILMAZ: İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 212.

⁷⁵ PÜNDER, Hermann: "German Administrative Procedure in a Comparative Perspective: Observations on the Path to a Transnational ius Commune Proceduralis in Administrative Law", *International Journal of Constitutional Law*, Vol: 11, No: 4, 2013, s. 952.

⁷⁶ APA § 555e: "Prompt notice shall be given of the denial in whole or in part of a written application, petition, or other request of an interested person made in connection with any agency proceeding. Except in affirming a prior denial or when the denial is self-explanatory, the notice shall be accompanied by a brief statement of the grounds for denial." (Administrative Procedure Act, Kaynak: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/555.html> Erişim Tarihi: 02.08.2024).

⁷⁷ ÖZKAN: Fransa'da İdari Usul, s. 5.

⁷⁸ İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi Fransız İdari Yargı Sisteminde Reformlar ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Avrupa Konseyi, 2020, Kaynak: <https://rm.coe.int/adr-report/1680a55c3b> Erişim Tarihi: 02.08.2024.

⁷⁹ KUTLU GÜRSEL: Birey ile İdare İlişkileri ve Fransa Örneği, s. 190.

⁸⁰ Code des relations entre le public et l'administration Article L211-2, Kaynak: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000031367505 Erişim Tarihi: 02.08.2024.

Uluslararası metinlerde ve ülke uygulamalarında özellikle bireylerin haklarını olumsuz yönde etkileyen idari işlemler bakımından gerekçe yükümlülüğü getirilmesi konusunda ortak bir tutum gözlenmektedir. Alman İdari Usul Kanunu, bu anlamda daha da ileri giderek, tüm idari işlemleri gerekçeli olma yükümlülüğüne tabi kılarak, gerekçe gösterilmesi zorunlu olmayan işlemleri özel olarak sıralamaktadır.

III. Cumhurbaşkanı'nca İşin Aceleliğine Karar Alınacak Hâller ve Gerekçe İlkesi

Acele kamulaştırma, *“olağan kamulaştırma yapılması ve kamulaştırma işleminin tamamlanmasının beklenilmesi durumunda kamu düzeninin bozulması ve geniş anlamda kamu zararının ortaya çıkacağı durumlarda başvurulmuş idarenin taşınmaza daha erken el koyma ve nihayetinde mal edinme yöntemidir”*⁸¹ şeklinde tanımlanmaktadır. KK madde 27 hükmüne göre acele kamulaştırma yapılabilecek hâllerden ikincisini oluşturan aceleliğine Cumhurbaşkanı'nca karar alınacak hâller, gerekçe ilkesi açısından değerlendirmemizin konusunu oluşturmaktadır.

Cumhurbaşkanı'nın alacağı “acelelik kararı” olarak adlandırılan bu karar, kamulaştırma kararından bağımsız bir karardır⁸². Şöyle ki acelelik kararı, kamulaştırma kararının tatbik edilmesine ilişkin prosedürün, olağan usullerin haricinde meydana gelmesini sağlamaktadır⁸³. Cumhurbaşkanı tarafından alınacak birel⁸⁴ ve icrai işlem niteliğinde olan acelelik kararı⁸⁵, bir idari işlem olması sebebiyle idari işlemin gerekçeli olması ilkesinin de muhatabıdır. Acelelik kararının gerekçeli olması zorunluluğu, dört sebebe bağlanabilir. Bunlardan ilki hukuk devleti ilkesidir⁸⁶. İdare mevzuatta açık bir şekilde gerekçe gösterme yükümlülüğü ilkesi yükümlülüğüne tabi tutulmasa da hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idari işlemin gerekçelerini işlemde etkilenen kişilere göstermek zorundadır⁸⁷. Bir hukuk devletinde idari işlemlerin kanunlara uygun olması gerekmektedir ve bu uygunluğun ölçülebilirliğini tesis eden kanunilik ilkesi, idarenin işlemlerinin gerekçeli olmasını ve bunun yazılı bir biçimde saptanması mecburiyetini doğurmaktadır⁸⁸.

Acelelik kararının gerekçelendirilmesi zorunluluğunu doğuran bir diğer sebep, bu kararın idarenin takdir yetkisini içeren bir idari işlem olmasıdır. Acelelik kavramı, Kanun'da açıklanmamış olduğundan aceleliğe karar verecek olan Cumhurbaşkanı'na takdir yetkisi tanımlanmaktadır⁸⁹. Cumhurbaşkanı'nca alınacak acelelik kararında “acelelik” ifadesi, idari işlemin sebep unsuru yönünden sebebi belirsiz kavramlarla gösterilen sebebi işaret etmektedir ve Cumhurbaşkanı alacağı kararda bu acelelik

⁸¹ KARAARSLAN, Mehmet: Acele Kamulaştırma Usulü, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 67.

⁸² ŞAHİN, s. 66 (Eser, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinden önce kaleme alınmış olduğundan acelelik kararı, Bakanlar Kurulu'nun alacağı acelelik kararı şeklinde yer almaktadır.); ŞENGÖZ, Dilara: “Acele Kamulaştırma”, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2019, s. 32-33.

⁸³ ŞAHİN, s. 66.

⁸⁴ ŞENGÖZ, s. 37.

⁸⁵ KARAARSLAN, s. 69.

⁸⁶ Gerekçe yükümlülüğünün dayanağını hukuk devletinin oluşturduğu konusunda bakınız: AKYILMAZ: İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 202.

⁸⁷ ERKAL, s. 125.

⁸⁸ AKYILMAZ: İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 202.

⁸⁹ KARAARSLAN, s. 114; KARAMAN, s. 59 (Eser Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinden önce kaleme alınmış olduğundan, alınacak kararın Bakanlar Kurulu'nun yetkisinde olduğu ifade edilmektedir).

durumunu somut bir nedene bağlamalı ve bu nedeni açıklamalıdır⁹⁰. İdari işlemini sebebinin belirsiz kavramlarla gösterildiği durumlarda, idarenin bu sebebin tayini hususunda belirli ölçüde takdir yetkisi söz konusudur. Şöyle ki idare belirsiz kavram ile gösterilen bu sebebin hangi somut durumda meydana geldiğini açıklamakla yükümlüdür⁹¹. İdarenin takdir yetkisiyle yaptığı işlemler de hukuka uygunluk denetimine tabidir ve bu denetim belli kriterlere dayanmaktadır⁹². Öncelikle idare takdir yetkisini kullanırken, anayasal ve yasal prensip ve normlara ve hukukun genel ilkelerine uygun hareket etmelidir⁹³. Takdir yetkisinin hukuka uygunluğunun denetiminde, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun yönde kullanılması bir diğer kriterdir⁹⁴. Takdir yetkisine dayanan işlemler söz konusu olduğunda idari işlem mutlaka gerekçeli olarak tesis edilmelidir. Öyle ki takdir yetkisine dayanan işlemlerde gerekçe zorunluluğu getirilmediği hâllerde dahi idarenin mutlaka bir gerekçe belirtmesi gerekmektedir⁹⁵. İdarenin takdir yetkisini barındıran acelelik kararının hukuka uygunluk denetiminin doğru bir biçimde yapılabilmesi için idarenin acele kamulaştırma usulünün kullanılmasının ve henüz mülkiyet hakkı geçmeden taşınmaza müdahalede bulunulmasının dayanağını oluşturan maddi olay ve nedenlerin belirgin bir şekilde açıklanması gerekmektedir⁹⁶.

Uluslararası düzenlemelerde ve ülke uygulamalarında, en azından olumsuz işlemler yönünden gerekçe yükümlülüğü getirilmiş olduğu gözlenmektedir. Tam da bu noktada acelelik kararının gerekçelendirilmesi lüzumunu yaratan bir diğer husus, bu işlemin, ilgililerin hak ve menfaatlerini olumsuz yönde etkileyen bir işlem olmasıdır. Zira kamulaştırma işlemi, idarenin mülkiyet hakkına kamu yararı saikiyle müdahalede bulunması sonucunu doğurmaktadır⁹⁷. Nitekim Anayasa'nın 46. maddesinde kamulaştırmaya kamu yararı şartıyla müsaade edilmektedir. İdareye, mülkiyetin geçişi henüz sağlanmadan taşınmaza el koyma ve tasarruf etme hakkı tanıyan acele kamulaştırma usulü ise olağan kamulaştırmaya göre mülkiyet hakkına daha sert bir müdahalede bulunmaktadır⁹⁸. Doktrinde

⁹⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 449.

⁹¹ GÜNDAY, s. 155.

⁹² KAYA, Cemil: İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 129.

⁹³ KALABALIK, Halil: "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 1997, s. 172.

⁹⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 153.

⁹⁵ KARATEPE, Şükrü: "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, Yıl: 63, S. 392, 1991, s. 103.

⁹⁶ ŞAHİN, s. 133

⁹⁷ KAPLAN, Onur: "Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda 'Aceleliliğine Karar Verilen Haller' Bakımından Bir Değerlendirme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24 S. 1, 2018, s. 185.

⁹⁸ ŞAHİN, s. 77. Şahin, acele kamulaştırma usulünün idareye taşınmaz üzerinde tanıdığı yetkilerle ilgili olarak şöyle bir belirlemede bulunmuştur: "Acele kamulaştırma sürecinde İdare'nin taşınmaza 'el koyma'sı, çıplak mülkiyet malikte kalmak kaydı ile, İdare'ye, taşınmazı, oldukça geniş bir kapsamda, 'kullanma', ondan 'yararlanma' ve birtakım (örneğin kiracı ve diğer kullanım hakkı sahiplerini tahliye, yıkım, inşaat vb.) 'tasarruflarda bulunma' yetkisi veren, kamu hukuku statüsüne dayalı bir işlemdir" (ŞAHİN, s. 9). Anayasa Mahkemesi de bir kararında acele kamulaştırma ve mülkiyet hakkı ilişkisini şu şekilde değerlendirmiştir: "Acele kamulaştırmada, mülkiyet hakkı hukuken ortadan kaldırılmamakla birlikte el koymayla malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileri kısıtlanmış olduğundan bu durumun mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlama niteliği taşıdığına kuşku bulunmamaktadır." AYM'nin 08.11.2023 tarih ve E: 2023/97 K: 2023/192 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024. Aynı yönde: AYM'nin 26.07.2017 tarih ve E: 2017/110 K: 2017/133 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024.

mülkiyet hakkına bu kadar sert bir müdahale olanağı sunan acele kamulaştırma usulünün tüm detaylarıyla kanun ile düzenlenmesi zorunluluğu ifade edilmektedir⁹⁹.

İdarenin mülkiyet hakkına olağan kamulaştırmadan böylesine değişik bir biçimde müdahale imkânını veren acele kamulaştırmanın yapılabilmesi için buna mecbur eden olağan dışı ve istisnai neden ve hâllerin ve bu müdahaleyi haklı kılan normalin dışında ayrı ve baskın bir kamu yararının bulunması gerekmektedir¹⁰⁰. Acele kamulaştırma, olağanüstü bir kamulaştırma usulüdür ve bu bakımdan istisnai hâllerle sınırlı olarak başvurulabilecek bir usulü ifade etmektedir¹⁰¹. İstisnai ve olağanın dışında bir hâl veya gereksinim mevcut olmamasına rağmen acele kamulaştırma yoluna gidilerek, mülkiyet hakkına yönelik teminat sağlayan olağan süreçlere uyulmaksızın taşınmaza yapılacak müdahalenin, Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesine ilişkin getirdiği kriterlere aykırı olacağı ifade edilmektedir¹⁰². Danıştay kararlarında, acelelik kararına ilişkin olarak acelelik durumunun somut bir şekilde gösterilmesi, acelelik durumunu oluşturan hâllerin, olağan kamulaştırma gerekçelerinin haricinde acelelik durumunun mevcudiyetini gösteren koşulların açık bir biçimde belirtilmesine vurgu yapıldığı ifade edilmektedir¹⁰³. Hakikaten Danıştay bir kararında acele kamulaştırma kararının gerekçelendirilmesi ile ilgili olarak şu hususların altını çizmiştir:

“Kamulaştırma işlemlerinde acelelik halinin uygulanabilmesi için Bakanlar Kurulu Kararında, acelelik hali ve bu hali gerekli kılan durumlar ile gerek acele kamulaştırmanın konusu, gerekse acele kamulaştırılacak taşınmazlar açıklıkla gösterilmek suretiyle acele kamulaştırmanın kapsamı ve çerçevesinin belirlenmesi, acelelik halinin dışındaki durumlar için Bakanlar Kurulu Kararının uygulanmasını sağlayacak ayrıntıya kararda yer verilmesi, yasa koyucu tarafından acelelik halini belirleme konusunda Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin başka bir makam ya da mercii tarafından kullanılması sonucunu doğuracak, yetki devrini içerecek unsurlar taşımaması gerekmektedir.”¹⁰⁴

⁹⁹ KARAARSLAN, s. 80.

¹⁰⁰ ŞAHİN, s. 78.

¹⁰¹ KARAARSLAN, s. 68; İLGEZDİ, Ali Rıza/SÖNMEZ, Eren/GÜÇLÜ, Cem: Adım Adım Acele Kamulaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 23; YALÇIN, Nursevim/ANAYURT, Elifnur Vasfiye: “Kentsel Dönüşüm Amacıyla Yapılan Acele Kamulaştırmaların Yargısal Denetimi”, *Danıştay Dergisi*, S. 155, 2013, s. 274.

¹⁰² ŞAHİN, s. 80. *Anayasa Mahkemesi* bir kararında ölçülülük ilkesini şu şekilde açıklamıştır: “Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca bu sınırlamaların ölçülü olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.” AYM'nin 14.03.2024 tarih ve E: 2023/160 K: 2024/77 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024. Yine bir başka kararında *Anayasa Mahkemesi* ölçülülük ilkesi ve mülkiyet hakkı ilişkisinde şu hususlara değinmiştir: “Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.” AYM'nin 22.04.2015 tarih ve E: 2014/171 K: 2015/41 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024.

¹⁰³ ŞAHİN, s. 117.

¹⁰⁴ Danıştay 6.D'nin 11.02.2016 tarih ve E: 2015/5344 K: 2016/569 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024.

Yine bir başka kararında Danıştay acelelik hâlinin gerekçelendirilmesine ilişkin şu belirlemelerde bulunmuştur:

“Kanun'un 27. maddesinde, acele kamulaştırma işleminin dayandırılacağı üç sebep unsurundan, ‘aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar verilen haller’ bakımından, Kanun'da açık bir acelelik haline yer verilmediğinden, maddede öngörülen diğer iki koşuldaki bağımsız şekilde, işlem tesisine dayanak olan acelelik halinin ve olağan kamulaştırma usulünden ayrılmasını gerektiren nedenlerin, kamu yararı ile özel mülkiyet hakkı arasındaki denge gözetilerek gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut olayda, projenin ve hizmetin niteliği, mahalli veya ulusal ihtiyacın ivedilikle karşılanması gerekliliği gibi hususlar da göz önünde bulundurularak yargı yerince değerlendirilmesi gerekmektedir.

Acele kamulaştırma istisnai bir yöntem olduğundan, olağan kamulaştırma gerekçeleri dışında aceleliğin varlığına dair şartlarının ortaya konulması gerekmektedir.

Acelelik koşulunun kamu düzenine ilişkin olması gerektiği ve kamu yararının ise, olağan kamulaştırma usulü ile sağlanması amaçlanan kamu yararından farklı olarak, acele kamulaştırma yapılmasını gerektiren, aceleliği zorunlu kılan bir yarar olduğu açıktır.”¹⁰⁵

Acele kamulaştırma kararının hukuka uygun olabilmesi için acelelik hâlini mecbur kılan durumların ve neden bu usule gereksinim duyulduğunun açık bir şekilde izah edilmesi gerekmektedir¹⁰⁶.

A. Acelelik Kararlarındaki Gerekçelendirme ve Danıştay’ın Bu Konudaki Tutumu

Cumhurbaşkanı’nca alınan acelelik kararlarına bakıldığında, gerekçeye yer verildiği; ancak söz konusu gerekçelerin acele kamulaştırma usulüne başvurulması açısından yukarıda alıntılanan Danıştay kararlarında vurgulanan acelelik hâlini açıklayıcı nitelikte olmadığı gözlenmektedir. Kararlarda yer alan gerekçeler, acelelik hâlinin ziyade kamulaştırma işleminin gerekçesini oluşturabilecek nitelik arz etmektedir. Doktrinde Öztürk, Resmî Gazete’de yayınlanan acele kamulaştırma kararlarında, kararda gösterilen taşınmazların acele bir biçimde ilgili idareye geçmesine ilişkin işlemin gerekçesinin bulunmadığını ifade etmektedir¹⁰⁷. Öztürk ayrıca, idare tarafından bazı projeler bakımından projenin kendisinden bahsedilmeden, projenin kamu hizmeti niteliği bakımından acelelik gerekçesi olarak kabul edildiğine dikkat çekmektedir. Yazara göre yalnızca projenin uygulanması bir acelelik gerekçesi teşkil etmeyecektir. Acelelik gerekçesi, söz konusu projenin acil bir şekilde uygulanmaması hâlinde kamunun uğrayacağı zarardır¹⁰⁸.

Danıştay kararlarında, acelelik kararının hukuka uygunluğu incelenirken birtakım kriterlere başvurulmaktadır¹⁰⁹. Acelelik kararında “olağan kamulaştırma gerekçeleri dışında aceleliğin varlığına

¹⁰⁵ Danıştay İDDK’nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1483 K: 2023/1415 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024. Aynı yönde: Danıştay 6. D’nin 23.02.2022 tarih ve E: 2021/1022 K: 2022/2142 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024.

¹⁰⁶ KAPLAN, s. 192.

¹⁰⁷ ÖZTÜRK, s. 43.

¹⁰⁸ ÖZTÜRK, s. 44; Benzer yönde ŞENGÖZ, s. 32.

¹⁰⁹ ŞAHİN, s. 110 v.d.; KARAARSLAN, s. 83-87.

*dair şartlarının ortaya konulması*¹¹⁰ zorunluluğu Danıştay'ın acele kamulaştırma ile ilgili aşağı yukarı her kararında vurgu yaptığı bir koşuldur. Acelelik kararlarında acele kamulaştırma yoluna başvurmaya haklı gösteren gerekçelerin "somut ve tatmin edici" bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir¹¹¹. Bunun dışında kamulaştırma usulüne başvurulurken, olağan kamulaştırma yönteminden ayrılarak, acele kamulaştırma usulünün tercih edilmesine sebep olan olağanüstü bir durumun varlığı aranan şartlardan bir diğeridir¹¹². Danıştay'ın acele kamulaştırmaya ilişkin kararlarının çoğunda bu usuldeki kamu yararı ile ilgili olarak, "Acelelik koşulunun kamu düzenine ilişkin olması gerektiği ve kamu yararının ise, olağan kamulaştırma usulü ile sağlanması amaçlanan kamu yararından farklı olarak, acele kamulaştırma yapılmasını gerektiren, aceleliği zorunlu kılan bir yarar"¹¹³ olması gerekliliğinin altı çizilmektedir. Bunun dışında "kamunun uğraması muhtemel zararların tespiti ölçütü de"¹¹⁴ Danıştay'ın acelelik kararlarının hukuka uygunluk incelemesinde değerlendirilmektedir¹¹⁵. Yüksek mahkemenin acelelik kararlarına ilişkin değerlendirmelerinde değindiği bir diğer husus acelelik kararlarının "genel ve ucu açık" bir biçimde verilemeyeceğidir¹¹⁶. Dolayısıyla, acelelik kararlarında acele kamulaştırma usulü ile kamulaştırılmak istenen her bir taşınmazın detaylı olarak belirtilmesi gerekmektedir¹¹⁷. Danıştay'ın

¹¹⁰ Danıştay İDDK'nin, 17.05.2023 tarih ve E: 2023/734 K: 2023/1006 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024; Danıştay İDDK'nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1087 K: 2023/1402 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024; Danıştay 6.D'nin 18.03.2021 tarih ve E: 2020/5352 K: 2021/4149 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024; Danıştay 6.D'nin 15.02.2023 tarih ve E: 2022/1208 K: 2023/1562 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

¹¹¹ ŞAHİN, s. 117.

¹¹² ŞAHİN, s. 113.

¹¹³ Danıştay İDDK'nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1483 K: 2023/1415 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024; Danıştay İDDK'nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1505 K: 2023/1425 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024; Danıştay İDDK'nin 10.11.2022 tarih ve E: 2022/2910 K: 2022/3216 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024; Danıştay 6.D'nin 16.06.2022 tarih ve E: 2021/9709 K: 2022/7091 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024; Danıştay 6. D'nin 27.04.2023 tarih ve E: 2021/10157 K: 2023/4187 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

¹¹⁴ ARSLANOĞLU, Mehmet: "Acele Kamulaştırma" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19 S. 3, 2013, s. 216.

¹¹⁵ Danıştay 6. Daire bir kararında bu ölçüte ilişkin şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: "İstisnai bir yöntem olan, acele kamulaştırmada, kamu düzenine ilişkin olan acelelik koşulunun bulunup bulunmadığının tespitinin ise, ancak, acele kamulaştırma yoluna gidilmediği takdirde kamunun uğraması muhtemel zararlarının neler olduğunun ortaya konulmasına bağlıdır." Danıştay 6. D'nin 15.02.2023 tarih ve E: 2022/1190 K: 2023/1546 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024. Aynı yönde: Danıştay 6.D, 15.02.2023 E: 2022/1189 K: 2023/1545 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024; Danıştay İDDK'nin 06.06.2022 tarih ve E: 2022/1463 K: 2022/2039 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

¹¹⁶ ŞAHİN, s. 110; ŞENGÖZ, s. 43. Danıştay 6. Dairesi bir kararında acelelik kararı alınırken ilgili idareye genel bir yetki verilemeyeceğini şu şekilde izah etmiştir: "acele kamulaştırılacak taşınmazların Bakanlar Kurulu kararında belirtilmesi gerekirken, dava konusu Bakanlar Kurulu kararıyla, uyuşmazlık konusu bölgeye ilişkin genel bir acele kamulaştırma yetkisi verilmiş olması ve böylece acele kamulaştırılacak taşınmazların tespitinin tamamen Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne bırakılmış olması nedeniyle de dava konusu Bakanlar Kurulu kararında hukuka uyarlık görülmemiştir." Danıştay 6. D'nin 04.06.2015 tarih ve E: 2013/3793 K: 2015/3781 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024. Aynı yönde: Danıştay İDDK'nin 21.03.2016 tarih ve E: 2016/1103 K: 2016/961 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

¹¹⁷ KARAARSLAN, s. 85. Danıştay 6. Dairesi'nin bu yönde bir kararı için bakınız: "Ayrıca, acele kamulaştırılması zorunlu bulunan taşınmazlara yönelik olarak, Yasa hükümlerinde aranan şartların bulunup bulunmadığı yönünden gerekli tespitler yapıp , her bir taşınmaz için ayrı ayrı sebepleri de belirtilmek suretiyle başvuruda bulunulması gerekmekte iken, davalı Belediye sınırları içerisinde kalan oldukça geniş bir bölge için, ortak ve genel

bazı kararlarında, acelelik kararlarında mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki bulunması gereken denge vurgulanmakta ve bu kararların ölçülülük ilkesine aykırı olmaması aranmaktadır¹¹⁸.

Danıştay'ın, belirlemiş olduğu ölçütler çerçevesinde acelelik kararının hukuka uygunluk denetiminde aldığı kararlara bakıldığında, kararlar arasında net bir uyum gözlenmemektedir. Doktrinde de bu hususa dikkat çekilmiş ve Danıştay'ın her ne kadar acelelik kararının hukuka uygunluk incelemesinde belli başlı ilkeleri esas alsada bazı kararlarında bu ilkelerin uygulanmasında belirlediği kriterlerin tutarlı olmadığını, acelelik kararında mevcut olan takdir yetkisinin denetimini net ve belli bir tipe uyduramadığı, acelelik kararlarında belli ve fonksiyonel bir "acelelik testi" yapmadığı ifade edilmektedir¹¹⁹. Hakikaten Danıştay'ın söz konusu ölçütlere değinerek, acelelik kararına ilişkin hukuka aykırılık tespiti yaptığı kararlarının yanında aynı ölçütlerin varlığına ilişkin yeterince somut olmayan değerlendirmeleri neticesinde acelelik kararını hukuka uygun bulduğu kararlara rastlanmaktadır. Örneğin Danıştay bir kararında madenlerin işletilmesi konusunda alınan bir acelelik kararı hakkında şunları ifade ederek bu kararın hukuka aykırılığına hükmetmiştir:

"dava konusu taşınmazların bulunduğu alanda madencilik faaliyeti yürütülmesinde, tarımsal faaliyetlere kıyasla üstün kamu yararı olduğu düşüncesiyle kamu yararı kararının alındığı ve dava konusu acele kamulaştırmaya karar verildiği anlaşılmaktadır.

Anılan projenin ülke ekonomisine katkısının tarımsal faaliyetlere oranla daha fazla olduğu şüphe götürmemekle birlikte, dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararında, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen acele kamulaştırma prosedürünün uygulanması için gerekli olan acelelik halinin somut olarak ortaya konulmadığı sonucuna varıldığından, dava

gereçeklerle acele kamulaştırma kararı alınmıştır." Danıştay 6. D'nin 14.06.2017 tarih ve E: 2016/11472, K: 2017/4814 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024. Aynı yönde: Danıştay 6.D'nin 30.06.2020 tarih ve E: 2018/3856 K: 2020/6377 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

¹¹⁸ ŞAHİN, s. 118. Danıştay 6. Dairesi vermiş olduğu bir kararda, kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki dengenin önemini şu şekilde vurgulamıştır: *"Olağan kamulaştırma işlemi, Anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkının istisnası iken; olağan kamulaştırma işleminin istisnası olarak Kamulaştırma Kanun'unun 27'nci maddesinde düzenlenen ve uygulanması sıkı şartlara bağlanan acele kamulaştırma yönteminin hukuki güvenlik ilkesini ve mülkiyet hakkını zedeleyecek ölçüde geniş yorumlanamayacağı açıktır. Taşınmaza el konulmasında amaçlanan kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasındaki dengenin korunması ve bu kapsamda acelelik halinin değerlendirilmesi olduğundan "aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak haller" kapsamında istisnai bir yöntem olarak tesis edilen dava konusu acele kamulaştırma işleminde aceleliğin varlığına dair koşulların değerlendirilmesi zorunludur."* Danıştay 6. D'nin 15.02.2023 tarih ve E: 2022/1190 K: 2023/1546 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024. Danıştay'ın benzer yönde bir başka karar için bakınız: *"Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde mülkiyet hakkını korumaya yönelik düzenlemelere yer verildiği, bu düzenlemelerde mülkiyet hakkına müdahalelerin olabileceğinin öngörüldüğü, ancak bu müdahalelerde kamu yararı gerekçesi, kanuni düzenleme gereği ve ölçülülük yada orantılılık gibi uluslararası hukukun genel ilkelerinin varlığının dikkate alınması gerektiği, aksi durumda müdahalenin mülkiyet hakkı ihlaline neden olacağı kabul edilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla da bu hususların açık bir şekilde ortaya konulduğu görülmektedir. Bu açıdan, kamu gücü kullanılarak özel mülkiyetteki taşınmazların kamu eline geçirilmesini ifade etmesi anlamında kamulaştırmanın yargısal incelemesinde, mülkiyet hakkına söz konusu müdahalede yukarıda yer alan hükümler çerçevesinde kamu yararının varlığının, kanuni düzenleme gereğinin ve orantılılık noktasında adil dengenin sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir."* Danıştay 6. D'nin 03.02.2022 tarih ve E: 2020/5644 K: 2022/1059 1546 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

¹¹⁹ ŞAHİN, s. 132.

konusu Cumhurbaşkanlığı Kararının dava konusu parsel ile ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.”¹²⁰

Danıştay’ın enerji projeleri söz konusu olduğunda ise farklı yönde bir değerlendirmeye gittiği görülmektedir. Örneğin Danıştay 6. Dairesi’nin bir kararında enerji projesi hakkında alınan acelelik kararı hakkında şu değerlendirmelerde bulunulmuştur:

“Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğüne ait ‘380 kV Akkuyu NGS-Ermenek HES Enerji İletim Hattı Projesi’ kapsamında ekli haritada gösterilen güzergaha isabet eden taşınmazlarda direk yerlerinin mülkiyet şeklinde, iletken salınım gabarisinin ise irtifak hakkı kurulmak suretiyle Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27. maddesi uyarınca acele kamulaştırılmasına ilişkin davaya konu kararın alındığı, söz konusu iletim hatlarının, üretim lisansı bulunan Akkuyu Nükleer Güç Santralının enterkonnekte sisteme bağlantısını sağlayacak hatlar olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda; ülkemizin başta elektrik enerjisi olmak üzere, enerji arzına olan ihtiyaç durumu ve davaya konu iletim hattının Akkuyu Nükleer Güç Santralının enterkonnekte sisteme bağlantısını sağlayacak hatlardan olması dikkate alındığında, enerji ihtiyacının acil nitelikte olduğu sabit olmakla birlikte, kamu yararının varlığı da açık olduğundan, davaya konu projenin bir an önce tamamlanmasında acelelik halinin bulunduğu sonucuna varıldığından, davaya konu taşınmaza el konulmasına imkan veren dava konusu Bakanlar Kurulu Kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”¹²¹

Yine bir başka enerji projesi ile ilgili kararında Danıştay acelelik kararını şunlara değinerek hukuka uygun bulmuştur:

“Ülkemizin enerji açığı değerlendirildiğinde, dava konusu olayda olduğu gibi Devlet adına lisans verilmek suretiyle yapılan enerji yatırımlarında kamulaştırma ile ilgili diğer hususların yerine getirilmiş olması koşuluyla acelelik halinin bulunduğu da tartışmasızdır.

¹²⁰ Danıştay 6.D’nin 15.02.2023 tarih ve E: 2022/1189 K: 2023/1545 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024. Yine madenlerin işletilmesine ilişkin alınan acelelik kararı ile ilgili olarak verilen bir kararında Danıştay şu belirlemelerde bulunmuştur: *“Bu durumda, ülkenin doğal kaynaklarından olan madenlerin işletilmesinde ve bu amaçla gerekli taşınmazların kamulaştırılmasında kamu yararı bulunduğu açıktır. Dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararının ‘Acelelik Hali’ ölçütü yönünden incelenmesinden; Uyuşmazlıkta kamu yararı bulunduğuna karar verilerek acelelik kararı alınmış ise de, alanın plansız olduğu, deplase çalışması için gereken etüd ve proje çalışmalarının acele kamulaştırma kararı alındığı sırada henüz tamamlanmamış olduğu ve projenin yargılama sürürken onaylandığı, ayrıca kömür madenine ilişkin ruhsat ve işletme izninin 24/01/2013 tarihinde 10 yıl süre ile verildiği, taşınmaz malikleri isteksiz olduğundan ruhsat süresi de gözönünde bulundurularak işlemin tesis edildiği, işletmenin faaliyetinin devamlılığının öncelikle ekonomik yarar yönünden irdelendiği, ancak acele kamulaştırma yoluna gidilmezse kamunun uğraması muhtemel zararlarının neler olduğunun açıkça ortaya konmadığı, başka bir anlatımla dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararında, acele kamulaştırma yapılmasını gerektiren nedenlerin ve ‘acelelik hali’nin somut olarak ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır.”* Danıştay İDDK’nin 06.06.2022 tarih ve E: 2022/1463 K: 2022/2039 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024. Benzer yönde: Danıştay İDDK’nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1483 K: 2023/1415 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024; Danıştay İDDK’nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1505 K: 2023/1425 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

¹²¹ Danıştay 6.D’nin 05.07.2023 tarih ve E: 2022/5163 K: 2023/6472 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Bu durumda; davaya konu regülatör ve hidroelektrik santralinin kurulması ve bu suretle en kısa sürede elektrik üretiminin sağlanması amacıyla yapılacak kamulaştırmada acelelik halinin bulunduğu sonucuna varıldığından, enerji yatırımının bir an önce yapılabilmesi maksadıyla taşınmaza el konulmasına imkan veren dava konusu Cumhurbaşkanı kararının 116 ada, 17 parsel sayılı taşınmaza ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.”¹²²

Bu kararlardan Danıştay’ın, enerji projeleri söz konusu olduğunda, acelelik kararında acelelik hâlinin varlığı yönünde görüş beyan ettiği gözlenmektedir. Doktrinde de Danıştay’ın ülkenin enerji açığını acele kamulaştırma yapılmasına imkân tanıyan bir gerekçe olarak kabul ettiğinin altı çizilmiştir¹²³. Yine bazı büyük kapsamlı projeler söz konusu olduğunda Danıştay’ın acelelik koşulunun bulunduğu dair bir kanı geliştirmiş olduğuna dikkat çekilerek eleştirilmekte ve Anayasa’nın 46. maddesi ve KK’nin 3. maddesinde büyük projeler ile ilgili olarak yer alan düzenlemelerden kamulaştırmanın mutlak surette acele kamulaştırma usulü ile yapılması gibi bir hükme varılamayacağı belirtilmektedir¹²⁴. Büyük kapsamlı projeler bakımından sıklıkla acele kamulaştırma usulüne başvurulmasının, istisnai olan yöntemin kurala, olağan kamulaştırma yönteminin ise istisnaya dönüşmesi yönünde bir duruma yol açtığı ifade edilmektedir¹²⁵. Acele kamulaştırma kararlarında, acelelik hususu belirlenirken bu konudaki kamu yararı ve kamu düzenine ilişkin olma ve acelelik lüzumu oluşturan somut şartların ortaya konulması gibi kriterlerin bir bütün hâlinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹²⁶. Bu gerekliliğe uyulmaması durumunda istisnai bir yetki doğuran acele kamulaştırmanın genel bir biçimde tatbik edilmesi gündeme gelir ki bu durum idari işlemi sebep ve konu öğeleri yönünden sakatlamaktadır¹²⁷. İstisnai hâller ve olağanüstü koşulların mevcudiyeti belirgin bir şekilde açıklanmadan acele kamulaştırma usulünün tercih edilmesi, kamu yararının yok edilip Anayasa’da teminat altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmesine yol açacağı gibi aynı zamanda istisnanın genel kural durumuna dönüşmesine neden teşkil edecektir¹²⁸. Bu bakımdan istisnai bir usul olan acele kamulaştırmada¹²⁹, acelelik kararını Danıştay kararlarında değinildiği üzere acelelik hâlini oluşturan unsurların ortaya konularak gerekçelendirilmesi ve yargı organının da önüne gelen uyumsuzlukta acelelik kararlarının somut olayın koşulları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesi bu usulün istisnailiğinin teminatı olacaktır. Dolayısıyla işin aceleliğine Cumhurbaşkanı tarafından karar alınacak hâller bakımından Cumhurbaşkanı tarafından işin acilliği somut bir şekilde ortaya konulmalıdır¹³⁰.

¹²² Danıştay 6.D’nin 16.06.2022 tarih ve E: 2021/10760 K: 2022/7093 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

¹²³ ŞAHİN, s. 125.

¹²⁴ ŞAHİN, s. 129-130. ÖZTÜRK ise bu konuda şu hususa değinmektedir: “Gelişmekte olan ülkelerde artan enerji ihtiyacı, özel ve istisnai koşulları sağlamaktadır.” (ÖZTÜRK, s. 53).

¹²⁵ KARAARSLAN, s. 71.

¹²⁶ KAPLAN, s. 191.

¹²⁷ KAPLAN, s. 191.

¹²⁸ AKGÜL, s. 1440.

¹²⁹ KAPLAN, s. 192.

¹³⁰ KUTLU GÜRSEL: Kamulaştırma, s. 517.

B. Acelelik Kararlarındaki Gerekçeleştirme ve Şekil/Usul Sakatlığı Sorunu

Acele kamulaştırma hususunda, olağan kamulaştırmadaki gibi ayrıntılı şekil ve usul kuralları bulunmamaktadır¹³¹. Özellikle mülkiyet hakkına çok sert bir müdahalede bulunması hasebiyle acele kamulaştırma usulüne ilişkin kanunen ayrıntılı olarak düzenleme yapılması gereği görülmektedir¹³². Bu görüşe katılmakta ve gerekçe ilkesi özelinde, acele kamulaştırma usulünde acelelik hâlinin gerekçelendirilmesi hususunun Danıştay'ın geliştirdiği kıstaslar dikkate alınarak ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulması gerektiğini düşünmekteyiz. Hem acelelik hâlinin gerekçelendirilmesine ilişkin kıstaslar hem de bu kıstasları içeren gerekçeye kararın kendisinde yer verilmesi zorunluluğu düzenlenmelidir.

Şekil ve usul kuralı olan gerekçe yükümlülüğünün tüm idari işlemler bakımından bir şekil kuralı hâline gelebilmesi için genel bir idari usul kanunu ile düzenlenmesi önerilmektedir¹³³. Bu görüşe katılmaktayız. Diğer taraftan acele kamulaştırma usulünde acelelik kararının gerekçelendirilmesi hususunda kanunda yapılacak düzenleme, genel idari usul kanunundaki düzenlemeye göre özel bir idari usul kuralı olacaktır. Özel idari usul kuralları olduğunda idari işlemler bu özel kanunlardaki usul kurallarına uygun olarak tesis edilecek olup, genel idari usul kuralları, özel kanununda o konuda bir kural bulunmaması hâlinde tamamlayıcı hüküm niteliğinde olacaklardır¹³⁴.

Kanun ile acelelik kararının gerekçelendirilmesine ilişkin düzenleme sonrasında, acelelik kararlarının şekil bakımından değerlendirilmesinde elbette Danıştay'ın tutumu da önemli olacaktır. Danıştay'ın bir kararında, Danıştay savcısının idari işlemin gerekçesiz olarak tesis edilmesi dolayısıyla iptalinin gerektiği yönünde görüş belirtmiş olması dikkat çekicidir. Bu kararda Danıştay savcısı idari işlemin gerekçeli olması hususundaki görüşünü şöyle izah etmiştir:

“Ancak idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi; işlemi tesis eden idarenin yönetsel işlemin dayandığı maddi ve hukuksal nedenleri açıklamasına, ilgili Yasanın doğru uygulanıp uygulanmadığını ortaya koymaya ve işlemin hukuki denetimine ilişkin olup, idari işlemin gerekçesi de hukuka uygun olup olmadığının tespiti yönünden değerlendirmeye imkan verecek şekilde yargı yetkisi içindedir. Bir idari işlemde, sebep unsurunun gösterilmesi işlemin şekil şartını oluşturmakta, özellikle ilgililer yönünden elde edilmiş bir hakkın geri alınması durumunda, idarenin gerekçe yükümlülüğü bulunmaktadır.

.... Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararı ile ihale komisyonu kararı onaylanmadığı ve ihale iptal edildiği halde dosyadaki mevcut belge ve bilgilerden taşınmazın satışına ilişkin 30/06/2015 tarihli ve ... sayılı ihale komisyonu kararının onaylanmaması suretiyle ihalenin iptalini gerektirecek hukuken haklı ve geçerli bir sebebin davalı idarece ortaya konulmadığı görülmüştür.

¹³¹ KARAARSLAN, s. 155.

¹³² KARARASLAN, s. 80-81. Benzer yönde SAĞLAM, Gülden: “Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkı Açısından Acele Kamulaştırma”, Yüksek Lisans Tezi, On Dokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 125: “Bu nedenle mülkiyet hakkına ciddi ve haksız şekilde müdahaleye neden olan acele kamulaştırmanın tek düzenlemesi olan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 27nci maddesinin özellikle Bakanlar Kurulu tarafından verilecek olan acele kamulaştırma kararları açısından objektif esaslar ve uygulanabilecek şekil şartlarını içerecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.”

¹³³ ERKAL, s. 130.

¹³⁴ AKYILMAZ: İkininli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul, s. 210.

*Bu nedenle, ... ili, ... ilçesi, ... Mahallesi, ... ada, ... ve ... nolu parsellerdeki toplam 40.961,95 m² yüzölçümlü taşınmazların satışını teminen gerçekleştirilen ihalenin iptaline ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 04/12/2017 tarih ve ... sayılı kararının hukuka aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmüştür.*¹³⁵

Acele kamulaştırma usulünde acelelik kararının nasıl gerekçelendirileceğinin kanun ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesini müteakip söz konusu gerekçe acelelik kararının kanuni şekil şartı hâline geleceğinden, Danıştay'ın da bu hususu acelelik kararları bakımından yapacağı denetimde değerlendireceği düşünülmektedir.

SONUÇ

Acele kamulaştırma usulü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesinde sayılan hâllerde başvurulabilen istisnai bir usuldür¹³⁶. Kanun'da acele kamulaştırma usulüne başvurulabilmesi maddede sayılan hâller ile sınırlandırılmaktadır. Bu çalışma kapsamında da bu hâllerden biri olan işin aceleliğine Cumhurbaşkanı'nca karar alınacak hâllerde acelelik kararının gerekçeliliği hususu değerlendirilmektedir.

Ülkemizde idari işlemlerin gerekçeli olmasına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır¹³⁷. Diğer taraftan idari işlemin gerekçeli olması en başta hukuk devletinin bir gereğidir¹³⁸. Keza acele kamulaştırma usulü, mülkiyet hakkına müdahale ettiğinden¹³⁹ acelelik kararının gerekçelendirilmesi önem arz etmektedir¹⁴⁰. Zira uluslararası düzenlemelerde ve idare hukuku açısından ilişki içerisinde olduğumuz ülke uygulamalarında da ilgililerin hak veya menfaatlerini olumsuz biçimde etkileyen işlemler bakımından gerekçe yükümlülüğü ortak bir tutum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Resmî Gazete'de yayınlanan acelelik kararlarına bakıldığında, kamulaştırma işleminin yapılmasını gerektiren iş ve projelerden bahsedilmekte olduğu; ancak bunun acelelik hâlini açıklayıcı nitelikte olmadığı görülmektedir. Danıştay, Cumhurbaşkanı'nın alacağı acelelik kararlarının hukuka uygunluğunun denetiminde birtakım kriterler geliştirmiştir. Özetle acelelik kararlarında, olağan kamulaştırma gerekçelerinin dışında acelelik hâlinin mevcudiyetine dair şartların ortaya konulması, Danıştay'ın acele kamulaştırmaya ilişkin kararlarında devamlı surette vurgulanmaktadır¹⁴¹. Bu bağlamda Danıştay'ın geliştirdiği kıstaslar dikkate alınarak, kanun ile acelelik kararının gerekçelendirilmesine ilişkin usulün ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi, acelelik kararlarının tesis edilmesi açısından yol gösterici ve kolaylaştırıcı olacaktır. Nitekim doktrinde mülkiyet hakkına yönelik müdahale dolayısıyla acele kamulaştırma usulünün kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi önerilmektedir¹⁴². Acelelik kararının gerekçelendirilmesine ilişkin usulün kanun ile tüm detaylarıyla düzenlenmesi hâlinde kanunen uyulması

¹³⁵ Danıştay 13.D'nin 28.05.2019 tarih ve E: 2018/995 K: 2019/1876 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024.

¹³⁶ KAPLAN, s. 192.

¹³⁷ SEÇKİN/ÜSTÜN, s. 525.

¹³⁸ AKYILMAZ: İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 202

¹³⁹ ŞAHİN, s. 77.

¹⁴⁰ AKGÜL, s. 1427-1428.

¹⁴¹ Bakınız 110 numaralı dipnottaki Danıştay kararları.

¹⁴² KARAARSLAN, s. 80-81. Benzer yönde SAĞLAM, s. 125.

zorunlu bir şekil şartı durumuna geçecek olan gerekçe yükümlülüğünün, Danıştay'ın acelelik kararları bakımından yapacağı yargısal denetimde de etkili olması beklenmektedir.

KAYNAKÇA

- AKGÜL, Mehmet Emin: “Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı ile İmtihani-Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, s. 1391-1446.
- AKILLIOĞLU, Tekin: “Yönetmeliklerde Gerekçe İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 15 S. 2, 1982, s. 7-19.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: “İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul: Yoksa Var Mı?”, *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (içinde s. 201-232)*, Danıştay Yayınları No: 91, Ankara 2016.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- ARSLANOĞLU, Mehmet: “Acele Kamulaştırma” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19 S. 3, 2013, s. 203-224.
- ÇAL, Sedat: “İdari Usul Kanunu (ve Bilgi Edinme Hakkı) Gereksinimi Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2012/2, 2012, s. 149-168.
- ÇEBİ BUĞDAYCI, Melike Özge: “İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1, 2016, s. 25-46.
- DETERBECK, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 18. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2020.
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- ERKAL, Atilla: “İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2011, s. 183-208.
- ERKAL, Atilla: “Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1, 2019, s. 119-150.
- EVREN, Çınar Can: “İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 91, 2010, s. 110-145.
- GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali/ŞAKIR, Burak: Kamulaştırma Kanunu Şerhi Fiili ve Hukuki El Atma Davaları, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt I: Genel Esaslar, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- İLGEZDİ, Ali Rıza/SÖNMEZ, Eren/GÜÇLÜ, Cem: Adım Adım Acele Kamulaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- KALABALIK, Halil: “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 1997, s. 172-211.

- KAPLAN, Onur: “Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda ‘Aceleliliğine Karar Verilen Haller’ Bakımından Bir Değerlendirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24 S. 1, 2018, s. 176-196.
- KARAARSLAN, Mehmet: Acele Kamulaştırma Usulü, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- KARAMAN, Buket: “Acele Kamulaştırma” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.
- KARATEPE, Şükrü: “İdarenin Takdir Yetkisi”, *Türk İdare Dergisi*, Yıl: 63, S. 392, 1991, s. 63-119.
- KAYA, Cemil: İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- KIRATLI, Metin: “İsviçre’de İdari Usul Kodifikasyonu”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 6, S. 2, 1973, s. 47-60.
- KUTLU GÜRSEL, Meltem: “Hukuk Devleti İlkesinden Hukukun Üstünlüğüne Geçiş Sürecinde ‘Yönetimde Demokrasinin Gereklerinden Biri Olarak’ Birey ile İdare Arasındaki İlişkilerinin Düzenlenmesi ve Fransa Örneği”, *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (içinde s.167-200)*, Danıştay Yayınları No: 91, Ankara 2016.
- KUTLU GÜRSEL, Meltem: Kamulaştırma Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 1997, s. 1-21.
- ÖZAY, İl Han: Gün Işığında Yönetim, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- ÖZKAN, Gürsel: “İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa’da, İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1998, s. 1-8.
- ÖZKAN, Gürsel: “İdari Usul, İyi Yönetim Hakkı ve Türk Devlet Geleneğinde Yönetim Anlayışı”, *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (içinde s. 233-262)*, Danıştay Yayınları No: 91, Ankara 2016.
- ÖZTÜRK, Hanife EBRU: “Türk Hukukunda Acele Kamulaştırma Usulü ve Yargısal Denetimi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- PÜNDER, Hermann: “German Administrative Procedure in a Comperative Perspective: Observations on the Path to a Transnational ius Commune Proceduralis in Administrative Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol: 11, No: 4, 2013, s. 940-961.
- SAĞLAM, Gülden: “Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkı Açısından Acele Kamulaştırma”, Yüksek Lisans Tezi, On Dokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- SARAÇ, Ahmet: “İdari Usul Kanunu İhtiyacı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (içinde s. 263-283)*, Danıştay Yayınları No: 91, Ankara 2016.
- SEÇKİN, Sinan / ÜSTÜN, Gül: “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 2, 2015, 509-533.
- ŞAHİN, Cenk: Acele Kamulaştırma, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- ŞENGÖZ, Dilara: “Acele Kamulaştırma”, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2019.
- TANRIVERDİ, Ayşe Almıla: “İdare Hukukunda Gerekçe İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 3, S. 2, 2023, s. 551-580.
- YALÇIN, Nursevim/ANAYURT, Elifnur Vasfiye: “Kentsel Dönüşüm Amacıyla Yapılan Acele Kamulaştırmaların Yargısal Denetimi”, *Danıştay Dergisi*, S. 155, 2013, s. 245-290.

YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

ZOR, Burç Volkan: “Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 155, 2021, s. 331-377.

Yararlanılan Yargı Kararları

AYM’nin 22.04.2015 tarih ve E: 2014/171 K: 2015/41 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024.

AYM’nin 08.11.2023 tarih ve E: 2023/97 K: 2023/192 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024.

AYM’nin 14.03.2024 tarih ve E: 2023/160 K: 2024/77 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024.

Danıştay 10. D’nin 10.11.1994 tarih ve E: 1993/1403 K: 1994/5633 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024.

Danıştay İİDK’nin 17.10.1997 tarih ve E: 1995/769 K: 1997/525 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 24.07.2024.

Danıştay 6. D’nin 18.02.2005 tarih ve E: 2003/4396 K: 2005/947 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 23.07.2024.

Danıştay 6. D’nin 16.11.2005 tarih ve E: 2005/1641 K: 2005/5523 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 23.07.2024.

Danıştay 6. D’nin 21.01.2009 tarih ve E: 2007/685 K: 2009/560 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 23.07.2024.

Danıştay 2.D’nin 24.02.2014 tarih ve E:2013/2670 K: 2014/1288 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

Danıştay 2. D’nin 24.02.2014 tarih ve E: 2013/6438 K: 2014/1920 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

Danıştay 8. D’nin, 29.04.2015 tarih ve E: 2014/6446 K: 2015/3634 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 23.07.2024.

Danıştay 6. D’nin 04.06.2015 tarih ve E: 2013/3793 K: 2015/3781 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay 6.D’nin 11.02.2016 tarih ve E: 2015/5344 K: 2016/569 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024.

Danıştay İDDK’nin 21.03.2016 tarih ve E: 2016/1103 K: 2016/961 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay 6. D’nin 14.06.2017 tarih ve E: 2016/11472, K: 2017/4814 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

AYM’nin 26.07.2017 tarih ve E: 2017/110 K: 2017/133 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024.

Danıştay 13.D’nin 28.05.2019 tarih ve E: 2018/995 K: 2019/1876 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024.

Danıştay 8. D'nin 05.02.2020 tarih ve E: 2016/9775 K: 2020/583 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

Danıştay 6.D'nin 30.06.2020 tarih ve E: 2018/3856 K: 2020/6377 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay 6. D'nin 18.02.2021 tarih ve E. 2020/120 K. 2021/2107 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

Danıştay 6.D'nin 18.03.2021 tarih ve E: 2020/5352 K: 2021/4149 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay 6.D'nin 29.09.2021 tarih ve E: 2019/21497 K: 2021/10344 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024.

Danıştay 6. D'nin 03.02.2022 tarih ve E: 2020/5644 K: 2022/1059 1546 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay 6. D'nin 23.02.2022 tarih ve E: 2021/1022 K: 2022/2142 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024.

Danıştay İDDK'nin 17.03.2022 tarih ve E: 2022/663 K: 2022/685 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024.

Danıştay 10. D'nin 17.03.2022 tarih ve E: 2019/8164 K: 2022/1411 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

Danıştay İDDK'nin 06.06.2022 tarih ve E: 2022/1463 K: 2022/2039 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay 6.D'nin 16.06.2022 tarih ve E: 2021/10760 K: 2022/7093 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay 6.D'nin 15.02.2023 tarih ve E: 2022/1208 K: 2023/1562 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay 6. D'nin 15.02.2023 tarih ve E: 2022/1190 K: 2023/1546 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay 6.D, 15.02.2023 E: 2022/1189 K: 2023/1545 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay İDDK'nin, 17.05.2023 tarih ve E: 2023/734 K: 2023/1006 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay İDDK'nin 08.06.2023 tarih ve E: 2022/3600 K: 2023/1321 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

Danıştay İDDK'nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1088 K: 2023/1403 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.08.2024.

Danıştay İDDK'nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1483 K: 2023/1415 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.08.2024.

Danıştay İDDK'nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1087 K: 2023/1402 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay İDDK'nin 15.06.2023 tarih ve E: 2023/1505 K: 2023/1425 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.08.2024.

Danıştay, 6. D'nin 05.07. 2023 tarih ve E: 2022/5163, K: 2023/6472 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 30.06.2024.

Danıştay 8. D'nin 23.01.20214 tarih ve E: 2010/9731 K: 2014/182 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2024.

İnternet Kaynakları:

Administrative Procudure Act, Kaynak: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/555.html> Erişim Tarihi: 02.08.2024.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 77 (31) sayılı İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar, Kaynak: <https://rm.coe.int/idarenin-islemleri-karsisinda-bireyin-korunmasi-hakkinda-77-31-sayili/1680a4397f> Erişim Tarihi: 27.07.2024.

Code des relations entre le public et l'administration Article L211-2, Kaynak: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000031367505 Erişim Tarihi: 02.08.2024.

İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi Fransız İdari Yargı Sisteminde Reformlar ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Avrupa Konseyi, 2020, Kaynak: <https://rm.coe.int/adr-report/1680a55c3b> Erişim Tarihi: 02.08.2024.

TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02.07.2024.

The European Code of Good Administrative Behaviour, Kaynak: <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/en/3510> Erişim Tarihi: 27.07.2024.

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kaynak: https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_39.html Erişim Tarihi: 29.07.2024.

KORUMA ALTINA ALINAN HAYVANLARIN VERDİĞİ ZARARLARDAN İDARENİN FEDAKARLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ KAPSAMINDAKİ SORUMLULUĞUNUN DANIŞTAY 10. DAİRESİNİN E. 2015/3965, K. 2020/4680 10.11.2020 TARİHLİ KARARI KAPSAMINDA İNCELENMESİ

EXAMINATION OF THE ADMINISTRATION'S LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY PROTECTED ANIMALS WITHIN THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF EQUALISATION OF SACRIFICE: A STUDY BASED ON DECISION OF THE 10TH CHAMBER OF THE COUNCIL OF STATE M. 2015/3965, D. 2020/4680 DATED 10.11.2020

Av. Pınar KARADUMAN*

ÖZET

İdarenin mali sorumluluğu kaynağını Anayasa'dan alan bir sorumluluktur. İdarenin sorumluluğu kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kusur sorumluluğu idarenin sorumluluğunun asli ve doğrudan sebebinin oluşturmaktadır. Asli nitelikte olması sebebiyle mevcut zararın sebebinin idarenin kusuruna dayandığı tespit edildiği takdirde kusursuz sorumluluğa yönelik araştırma yapılmayacaktır. Kusursuz sorumluluk türleri ise kusur sorumluluğuna göre ikincil nitelikte olan özel ve olağan dışı zararların devlet tarafından tazmin edilmesi esasına dayanan bir sorumluluk çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır. İdarenin kusursuz sorumluluğu, idarenin hukuka uygun davranışı neticesinde doğan zararın tazminini belirli ilkeler çerçevesinde şekillendiren ve içtihadî nitelik gösteren bir sorumluluktur. İdarenin hukukî sorumluluğu kişilere şefkat duygusuyla yaklaşarak belirli bir miktar para ödenmesini amaçlayan bir prensip olmaması sebebiyle, idarenin herhangi bir kusurunun mevcut olmadığı durumlarda zarar, ancak kusursuz sorumluluk ilkelerine uygun düştüğü takdirde tazmin edilebilecektir. Toplum içerisinde yaşayan her bir birey toplum halinde yaşamının bir gereği olarak kamu külfetlerine katlanmak zorundadır. Fakat bazı kişilerin kamu külfetlerine diğerlerinden daha fazla katlanması gerekebilmektedir. Kamu yararından herkes faydalanırken külfetlerinin sınırlı bir kesim üzerinde bırakılması en temel ilkelerden biri olan eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Fedakarlığın denkleştirilmesi bir diğer adıyla kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kusursuz sorumluluk ilkelerinden biri olarak idarenin işlem ve eylemlerinden doğan külfetlerin belli kişi ya da kişilerin üstünde kalması halinde zararın kusuru olmasa dahi idarece tazminini öngörmektedir. İdarece bu zararın karşılanabilmesi için zararın kişinin katlanmasının beklenemeyeceği kadar özel ve anormal olması gerekmektedir. Diğer kusursuz sorumluluk ilkelerinden farklı olarak fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında tazmin edilmesi gereken zararın arzi nitelikte olmaması gerekmektedir. 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 4. maddesine göre yaban hayvanı türleri içinde yer alan ve Bakanlıkça belirlenen av hayvanlarından, korunması gerekenlerin Merkez Av Komisyonunca, av hayvanlarının dışında kalan yaban hayvanları ile diğer türler gerektiğinde ilgili kuruluşların görüşleri alınarak Bakanlıkça koruma altına alınmaktadır. Bakanlıkça koruma altına alınan yaban hayvanları avlanamamaktadır. Danıştay 10. Dairesinin E. 2015/3965, K. 2020/4680 10.11.2020 Tarihli Kararında koruma altında olan boz ayının vermiş olduğu zararın fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında idarece tazmin edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. İlgili zararın arzi ve öngörülemeyen nitelikte olmasından ötürü zararın fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Fedakarlığın denkleştirilmesi kapsamında idarece tazmin edilmesi gereken zararın, idarenin yürütmüş olduğu hizmetin doğal sonucu olması gerekmektedir. Bu çalışmanın amacı idarenin kusursuz sorumluluk ilkelerinden fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi bağlamında idarenin sorumluluğunun sınırlarını çizerek koruma altına alınan yaban hayvanlarının vermiş olduğu zararlardan dolayı idarenin sorumluluğunun bu ilke kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılmasıdır.

* Avukat, Samsun Barosu, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, av.pinarkaraduman@gmail.com, ORCID ID : 0009-0009-8976-4464

Anahtar Kelimeler : İdarenin Mali Sorumluluğu, Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Kara Avcılığı Kanunu.

ABSTRACT

Administrative compensatory liability is a liability that derives from the Constitution. The administration's liability is divided into two categories: fault liability and faultless liability. Fault liability constitutes the primary and direct cause of the administration's liability. Due to its primary nature, if it is determined that the cause of the existing damage is based on the fault of the administration, no investigation will be carried out for faultless liability. On the other hand, faultless liability is a type of liability that is secondary to fault liability and is based on the principle of compensating special and extraordinary damages by the state. The faultless liability of the administration is a jurisprudential liability that governs the compensation of damages arising as a result of the administration's lawful behavior within certain principles. Since the legal liability of the administration does not aim to pay a certain amount of money by approaching people with a sense of compassion, in cases where there is no fault of the administration, the damage can only be compensated if it complies with the principles of faultless liability. Every individual living in society has to bear public burdens as a requirement of living in society. However, some individuals may have to bear public burdens more than others. While everyone benefits from public benefits, leaving the burdens on a limited group of people is contrary to the principle of equality, which is one of the most fundamental principles. The principle of equalisation of sacrifice, also known as the principle of equality in the face of public burdens, as one of the principles of faultless liability, stipulates that if the burdens arising from the acts and actions of the administration remain on a certain person or persons, the administration shall compensate for the damage even if it is not at fault. In order for the administration to compensate for this damage, the damage must be so special and abnormal that the person cannot be expected to bear it. Unlike other principles of faultless liability, the damage to be compensated under the principle of equalisation of sacrifice should not be incidental. According to Article 4 of the Land Hunting Law No. 4915, among the game animals included in the wild animal species and determined by the Ministry, those that need to be protected are taken under protection by the Central Hunting Commission, and wild animals and other species other than game animals are taken under protection by the Ministry by taking the opinions of the relevant institutions when necessary. Wild animals under the protection of the Ministry cannot be hunted. In Decision of the 10th Chamber of the Council of State M. 2015/3965, D. 2020/4680 dated 10.11.2020, it was ruled that the damage caused by the protected brown bear should be compensated by the administration within the scope of the principle of equalisation of sacrifice. Since the relevant damage is incidental and unpredictable, it does not seem possible to evaluate the damage within the scope of the principle of equalisation of sacrifice. The damage to be compensated by the administration within the scope of the principle of equalisation of sacrifice must be the natural result of the service provided by the administration. The purpose of this study is to delineate the limits of the administration's liability in the context of the principle of equalisation of sacrifice, one of the principles of faultless liability of the administration, and to discuss whether the administration's liability for damages caused by wild animals under protection can be evaluated within the scope of this principle.

Keywords : Administrative Compensatory Liability, The Principle of Equalisation of Sacrifice, The Principle of Equality in The Face of Public Burdens, Faultless Liability , Land Hunting Law

GİRİŞ

İdarenin mali sorumluluğu kaynağını Anayasa'dan alan bir sorumluluktur. Anayasa'nın 125. maddesinin yedinci bir başka deyişle son fıkrasında "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı

ödemekle yükümlüdür.” hükmü bulunmaktadır. Sorumluluk sözlük anlamıyla verilen zarardan mesul olma durumudur. İdarenin mali sorumluluğu, kusur ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki temel başlık altında incelenmektedir. Kusur sorumluluğu idarenin asli sorumluluk şeklidir. İdarenin sorumluluğunda öncelikle hizmet kusuruna yönelik inceleme yapılacaktır. İdarenin bir kusuru mevcut ise kusursuz sorumluluk incelemesi yapılmayacaktır. İdarenin ifası ile yükümlü olduğu kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenleniş veya yapısında, personelinde veya işleyişinde gereken talimatın verilmesinde, hizmete adanan araçların elverişli olmamasında, gerekli tedbirlerin alınmaması ya da geç veya vakitsiz hareket etmesinde meydana gelen aksaklık, eksiklik veya sakatlığa hizmet kusuru denmektedir¹. Kişilerin uğradıkları zararların her koşulda idarenin kusuruna dayanması mümkün olmamaktadır. Böyle durumlarda idarenin sorumluluğu ancak idarenin kusursuz sorumluluğu ile söz konusu olmaktadır. İdarenin kamu yararını tesis etme amacı ile yürütmekte olduğu hizmetler sebebiyle zarara uğrayan kişilerin zararının giderilmesinin gerekliliğinin birbiriyle dengelenmesi idarenin sorumluluğunun temel çıkış noktasını oluşturmaktadır. İdarenin her türlü davranışından meydana gelen zararı tazmin etmesi beklenemeyecektir. İdarenin kusurunun olmadığı hallerde ancak içtihadi bir şekilde belirlenen ilkeler doğrultusunda, durum ilkelerin koşullarına uyduğu takdirde tazmini mümkün olmaktadır. Kusursuz sorumluluk genellikle risk ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında incelenmektedir. İdarenin sorumluluğu kişilere şefkat duygusuyla yaklaşılarak belirli bir miktar para ödenmesini amaçlayan bir prensip olmaması sebebiyle ilkelerin şartları idarenin kusursuz sorumluluğu açısından önem taşımaktadır.

I. FEDAKARLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ

Kusursuz sorumluluğun idare hukukuna girişi ancak 19. yüzyılda olmuştur². Sanayi Devrimi ile birlikte idarenin sorumluluğunda kusurun gerekliliğinden şüphe edilmeye başlanmış ve objektif sorumluluk esas alınmaya başlanmıştır³. İdare hukukundaki sorumluluk kendine özgü yapısı itibarıyla özel hukuktaki sorumluluk şartlarından farklılık arz etmektedir⁴. İdarenin kusurlu veya kusursuz eylem ve işlemleri neticesinde zarar meydana gelebilmektedir. İdarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zarardan sorumlu olması hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur⁵. İdarenin mali sorumluluğu büyük ölçüde içtihatlarla şekillenen bir sorumluluk olmakla birlikte idarenin cezalandırılmasını değil zararın tazmin edilmesini amaçlamaktadır⁶.

Zarar her zaman idarenin kusuruyla meydana gelmemektedir. İdarenin kusurunun olmadığı bazı durumlarda da idare zararı tazminden sorumludur. İdarenin kusura dayalı olmayan sorumluluğuna “*idarenin kusursuz sorumluluğu*” adı verilmektedir. İdare kusursuz sorumluluğunda sosyal sigortacı görevi üstlenmektedir⁷.

¹ SARICA, Ragıp: “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 15, S. 4, 1949, s.858.

² BAYER, Çağrı: “Danıştay Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 1, S. 1, 2018, s. 44.

³ ULUSAN, İlhan: “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, C. 43, 2011, s. 108.

⁴ ŞAŞMAZ, Aysema Pelin: “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış”, *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 2, S. 2, 2016, s. 233.

⁵ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 447.

⁶ EROĞLU DURKAL, Müzeyyen: “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 1, 2019, s. 160.

⁷ ATAY, Ender Ethem: *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 379.

İdarenin kusursuz sorumluluğu, idarenin kusur sorumluluğuna göre ikincil nitelik taşımaktadır. Somut olay içerisinde idarenin hem kusur hem de kusursuz sorumluluğuna dayanılması mümkün değildir⁸. Mahkeme incelediği olayda önce kusur değerlendirmesi yapmalı, idareye atfı kabil bir kusur bulunmadığı takdirde kusursuz sorumluluk incelemesine geçmelidir⁹. Bu kural “kusurlu sorumluluk, kusursuz sorumluluktan önce gelir.” şeklinde özetlenmektedir¹⁰.

Kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasında Danıştay’ın bazı kararlarında tazminat miktarına yönelik bir fark olabileceği hususuna dikkat çekilmesi gerekmektedir. Danıştay’ın bu tutumunun idareyi kusurundan ötürü cezalandırma amacı taşıyabileceği göz önüne alındığında, yargı mercilerince idarenin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı açısından tartışmalıdır¹¹.

İdarenin kusursuz sorumluluğu, risk ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi olmak üzere iki temel ilke kapsamında incelenmektedir. İdarenin tüm eylem ve işlemlerinden doğan zararlar tazmin edilmemekte, idarenin kusurunun bulunmadığı durumlarda meydana gelen zarar ancak kusursuz sorumluluk ilkelerine uygun düştüğü takdirde tazmin edilmektedir.

Kişilerin toplum halinde ve bir devlet himayesinde yaşamasının bir sonucu olarak bazı külfetlere katlanmaları gerekmektedir. Fakat bazı kişilerin kamu külfetlerine diğerlerinden daha fazla katlanması gerekebilmektedir. Kamu yararından herkes faydalanırken külfetlerinin sınırlı bir kesim üzerinde bırakılması en temel ilkelerden biri olan eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Fedakarlığın denkleştirilmesi bir diğer adıyla kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kusursuz sorumluluk ilkelerinden biri olarak idarenin işlem ve eylemlerinden doğan külfetlerin belli kişi ya da kişilerin üstünde kalması halinde zararın kusuru olmasa dahi idarece tazminini öngörmektedir. Bu husus Mecelle’de de “*Mazarrat menfaat mukabelesindedir.*” şeklinde düzenlenmiştir¹². Yani bir durumun menfaatini gören kimsenin, onun külfetine, o menfaat nedeniyle uğranılan zarara da katlanması gerekmektedir. Fakat bazı durumlarda bazı kişilerin diğer kişilere nazaran daha fazla katlanması gerekebilmektedir. Bu durum eşitlik ilkesine apaçık aykırılık oluşturacaktır. Bu ilke kapsamında Danıştay tarafından verilen kararlarda “*fedakârlığın denkleştirilmesi*” ya da “*kamu külfetleri karşısında eşitlik*” kavramları yerine hak, adalet ve nesafet kavramları da kullanılabilir¹³.

Mevcut olayda önce kusur değerlendirmesiyle birlikte kusurlu sorumluluk incelemesi yapılacak idareye atfedilebilecek bir kusur bulunmadığı takdirde risk ilkeleri çerçevesinde zarar tazmin edilemiyorsa ancak o zaman fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine başvurulacaktır. Bu yönüyle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi tamamlayıcı nitelik göstermektedir¹⁴.

Bu ilkeye dayalı sorumluluk kamu düzenine ilişkindir. Kamu düzenine ilişkin olmasından anlaşılması gereken yargılamanın her anında ileri sürülebilecek olması ve ileri sürülmemiş dahi olsa mahkeme tarafından re’sen dikkate alınmasının gerekmesidir¹⁵.

⁸ ODYAKMAZ, Zehra / KAYMAK, Ümit: İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 133.

⁹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdari Yargılama Hukuku, s.486.

¹⁰ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt 2, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 1263.

¹¹ YAYLA, Ahmet: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.86

¹² NOHUTÇU, Ahmet: İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2020, s.516.

¹³ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.643.

¹⁴ GÖZLER, s.1263.

¹⁵ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.644.

A. Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesine Dayanılarak İdarenin Sorumlu Tutulmasının Şartları

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından ötürü herhangi bir şekilde yazılı düzenlemeye yer alsın ya da almasın hukukun temel bir ilkesi olan eşitlik ilkesi gereği idareye sorumluluk yüklemektedir¹⁶. Kusursuz sorumluluk hallerinde idarenin sorumluluğu ancak kusursuz sorumluluk ilkelerinin şartları ile uyuştuğu takdirde söz konusu olmaktadır. Bu yüzden kusursuz sorumluluk ilkeleri açısından sorumluluk şartları idarenin sorumlu olup olmadığının tespitinde oldukça önemlidir.

a. Hukuka Uygun Bir Şekilde Tahsis Edilmiş İdari İşlem ve İdari Eylem

İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için öncelikle idarenin bir davranışının veya idareyle ilgili bir durumun olması gerekmektedir¹⁷. İdarenin davranışından anlaşılması gereken idari işlem ve eylemlerdir. İdari işlem, idarenin kamu gücüne dayanarak, idare etme işleviyle ilgili yaptığı ve çeşitli hak veya yükümlülük meydana getiren tek taraflı idare açıklamasıdır¹⁸. İdarenin hukuk aleminde bir değişiklik meydana getirmemesi, kendisine yapılan istemi açıkça ya da zımnen reddetmesi sonucunu meydana getiren işlemler de “olumsuz idari işlemler” dir¹⁹.

İdari eylem ise içeriğinde idari işlem barındırmayan idare tarafından meydana getirilen değişiklik ya da etkinlik anlamına gelmektedir²⁰. İlgili hareketin idarenin sorumluluğu sonucunu doğurabilmesi için olması gereken idareye isnat edilebilmesidir²¹. İdari işlemin tesis edilmesi sorumluluğa yol açabileceği gibi idarenin eylemsizliği yani hiçbir eylemde bulunmaması da sorumluluğa yol açabilecektir.

İdarenin işlem veya eyleminin kusursuz sorumluluğa yol açabilmesi ve idareye tazmin yükümlülüğü getirilebilmesi için işlem veya eylemin hukuka uygun olması gerekmektedir. İdari işlem veya eylemin hukuka uygun olma koşulu idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için olmazsa olmaz koşullardan biridir.

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk, özel hukuktaki kusursuz sorumluluk hallerinden daha geniş bir uygulama alanı buluyor olsa da idare hukukunda da asıl olan kusur sorumluluğudur. Bu açıdan mahkemeler önüne gelen olayda önce kusur sorumluluğunun olup olmadığına bakacaklar, bir kusur söz konusu değilse kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanma koşullarını araştıracaklardır²². Bir başka deyişle kusursuz sorumluluk, mahiyeti itibarıyla ikincil nitelik göstermektedir ve idarenin tek bir olay neticesinde hem kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğu söz konusu olmamaktadır²³.

Dolayısıyla idarenin işlem veya eyleminin hukuka aykırı olduğu takdirde idarenin kusuru söz konusu olacağı için kusursuz sorumluluk incelemesi yapılmayacaktır.

¹⁶ BUDAK, Canan: “Modern Bir Hukuk Devletin Gereği Olarak İdarenin Sorumluluğu”, *Antalya Bilim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2, 2022, s. 145.

¹⁷ AVCI, Adem: “Terörizm Açısından Devletin Sorumluluğu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 3-4, 2010, s.75.

¹⁸ ERKUT, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Tezi, İstanbul 1989, s.10.

¹⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 3-4, s.19.

²⁰ TETİK, Ahmet Talha: Türk Hukukunda Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi, Adalet Yayınevi, 2020, s.22.

²¹ YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI, Serkan: Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt 2, Astana Yayınları, 2019, s.309.

²² AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.486.

²³ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.627.

b. Zarar

Tazminat sorumluluğunun temelinde zarar bulunmaktadır. İdarenin kusurlu ve/veya hukuka aykırı bir işlem veya eyleminde dahi zarar meydana gelmemişse idarenin mali sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında meydana gelen zararın idarenin sorumluluğuna sebep olabilmesi için bazı özelliklere sahip olması gerekmektedir.

İlk olarak idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için zararın meşru olması gerekmektedir. Meşru menfaatleri ihlal edilmemiş kişilerin idarenin mali sorumluluğuna gitmeleri imkân dahilinde değildir²⁴. Zararın meşruluğundan anlaşılması gereken zarar görenin meşru olmayan ve hukuka aykırı bir zeminde hareket ediyor olmaması, kendisinin hukuken korunan bir menfaatine yönelik bir zararın gerçekleşmesinin gerekmesidir. Yol çalışması sırasında dinamit patlatılması sebebiyle kopan kaya parçalarının tarım yapılan alanlara ve ürünlere zarar vermesi durumunda idare ekilen ürünler, yasaklı ürün olmadığı sürece sorumludur²⁵.

Zarar gerçekleşmiş ve kesin olmalıdır. İdarenin sorumluluğunun söz edilebilmesi için halihazırda gerçekleşmiş ve kesin bir zararın mevcudiyeti gereklidir²⁶. Henüz doğmamış veya doğması ihtimal dahilinde olan zararlarda idarenin sorumluluğu söz konusu değildir²⁷. Fakat henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte gerçekleşeceği kesin olan zararların tazmini de idarenin sorumluluğundadır. Zarar tehlikesi ise idarenin tazmin sorumluluğuna sebep olmamaktadır²⁸.

Zarar parayla ölçülebilir olmalıdır. İdarenin sorumluluğunun temelinde idarenin zararı nakden tazmin etmesi olduğu ve idarenin aynen tazmini mümkün olmadığı için zararın da parayla ölçülebiliyor olması gerekmektedir. Aksinin kabulü mahkemenin idareye emir vermesi anlamına gelebileceğinden mümkün değildir²⁹.

İdarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında zararın, idarenin kusur sorumluluğundan farklı olarak özel ve anormal olması gerekmektedir. Zararın özel ve anormal başka bir deyişle olağanüstü nitelikte olması sadece idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında aranan özelliklerdir. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinde aranan zararın özel olması, ilkenin temelinde yatan “eşitlik ilkesi” kapsamında aranan bir özelliktir. Zararın özel olması zararın bireyselleştirilebilmesi ile alakalı bir husustur. İdari faaliyetin sonucunda kamunun geneli fayda sağlayacağı için yine genelin zarara katlanmasında dengelenmesi gereken bir durum söz konusu olmayacaktır³⁰.

Zararın anormal ya da başka bir ifadeyle olağanüstü olması ise zararın ağırlığıyla ilgili bir husustur. Toplum içerisinde yaşayan bireylerin, toplumda yaşamanın gerektirdiği hafif külfetlere katlanması beklenmektedir³¹. İdareye tazmin yükümlülüğü veren zarar ancak olağan düzende kişilerin katlanmasının beklenemeyeceği ölçüde bir zarardır.

²⁴ SARSIKOĞLU, Şenel: “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s.2419.

²⁵ ATAY, s.350.

²⁶ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.662.

²⁷ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2013, s.384

²⁸ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.662.

²⁹ GÖZLER, s.1264.

³⁰ TETİK, s.31.

³¹ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.643.

Bu kriterlerle hedeflenen bireyin, toplumdaki herkesin fayda sağlayacağı bir davranış neticesinde uğradığı zararın tüm topluma pay edilmesidir³². Toplum içerisinde yaşanması sebebiyle gerçekleşen özel ve anormal zararların idare tarafından karşılanıyor olmasının toplumsal denge yönünden olumlu etkileri olduğu açıktır³³.

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesini diğer kusursuz sorumluluk ilkelerinden ayıran ve çalışmanın odak noktasını oluşturan diğer özelliği ise sorumluluğa yol açan olayın “kaza” niteliğinde olmaması³⁴ bir diğer deyişle arızı nitelikte olmamasıdır. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında meydana gelen zarar, idarenin davranışını gerçekleştirmeden önce de meydana geleceği öngörülen zararlardır. Kusursuz sorumluluk ilkelerinden risk ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi arasındaki farkı da zararın arızı nitelikte olmaması özelliği oluşturmaktadır. Risk ilkesi kazalara da uygulanabilmektedir³⁵.

Danıştay’ın birçok kararında fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi de şu şekliyle tanımlanmaktadır: “Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ya da diğer adıyla “fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkesi, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece tazminini öngörmektedir. Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle arızı nitelikte olmayan, önceden öngörülebilir zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağan dışı nitelik arz etmektedir.”³⁶

Danıştay’ın kararlarında da görüldüğü üzere, zararın bir kazadan kaynaklanmaması, idarenin meydana getirdiği hizmetin doğal bir sonucu olması kusursuz sorumluluk ilkeleri içerisinde fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesinin koşulunu oluşturmaktadır. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinde meydana gelen zarar, hizmetin doğal sonucudur³⁷.

c. İlliyet Bağı

Sorumluluğun bir diğer şartı ise illiyet bağıdır. Anayasa’nın idarenin sorumluluğunu düzenleyen 125. maddesinde de “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” demek suretiyle tazmin edilmesi gereken zararın kaynağının idarenin eylem ve işlemi olması gerektiği belirtilmiştir. İdarenin meydana gelmiş olan zarardan ötürü sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, zararın nedenini idarenin idari faaliyeti teşkil etmelidir³⁸. Zarar ile

³² KORKMAZ, Kadir: “Ayım Kararları Işığında Askeri Hizmetin Yürütülmesi Esnasında Askeri Personelin Karşılaştığı Bireysel Zararlardan İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Esasları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s.377.

³³ ŞAHİN, Ali Hamza: “Danıştay Kararlarında Okullarda Meydana Gelen Zararlar Nedeniyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğunda Genişleme”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 19, 2020, s.56.

³⁴ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.495.

³⁵ GÖZLER, s.1263.

³⁶ Danıştay 10. HD’nin 27.9.2022 tarih ve E:2019/9438 K:2022/4135 sayılı kararı. Danıştay 10. HD’nin 25.4.2022 tarih ve E:2021/6900 K:2022/2323 sayılı kararı. Danıştay 10. HD’nin 21.1.2016 tarih ve E:2015/959 K:2016/354 sayılı kararı. Danıştay 10. HD’nin 17.5.2021 tarih ve E:2018/3785 K:2021/2277 sayılı kararı. (Erişim:29.7.2024)

³⁷ GÜNDÜZ, F. Ebru: “Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi”, *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2015, s.123.

³⁸ KAPLAN, Gürsel: “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, S. 19, Kitap 1, 2004, s. 187.

davranış arasındaki bağa illiyet bağı denmektedir. İdarenin sorumlu olabilmesi için idarenin davranışı ile meydana gelen zararda neden ve sonuç ilişkisi olmalıdır.

Zarar idarenin davranışının sonucu değil de olayın akışında beklenmedik bir sonuç olduğunda ise illiyet bağından söz edilemeyecektir³⁹. Zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağının bulunmuyor olması, zararın sebebinin idarenin davranışının olmadığını göstermektedir⁴⁰. Hukukumuzda kabul edilen illiyet bağı teorisi uygun illiyet bağı teorisidir⁴¹. Bu teoriye göre, zararın doğumunda katkıda bulunan tüm olaylar değil, genel hayat tecrübelerinde, zararın meydana gelmesi için elverişli olan en uygun sebep zararın doğrudan sebebi olmaktadır⁴². Zarar ile idarenin davranışı arasında bulunması gereken ilişkinin doğrudan değil de dolaylı olması halinde illiyet bağının varlığından söz edilemeyecektir⁴³.

İdarenin davranışı ile zarar arasında illiyet bağının mevcut olup olmaması durumu çoğu zaman teknik açıdan bir bilgi ve uzmanlık ile saptanabilmektedir, böyle durumlarda bilirkişi marifetiyle illiyet bağının olup olmadığı tespit edilecektir⁴⁴. Türk idare hukukunda, illiyet bağının ispat yükü idareye ait değil, zarar gören davacılara ait bir yüküdür⁴⁵

Vurgulanması gereken bir diğer husus ise tüm kusursuz sorumluluk hallerinde illiyet bağının aranmadığıdır. Sosyal risk ilkesinde illiyet bağının varlığı aranmamaktadır⁴⁶. Sosyal risk ilkesinde illiyet bağının aranmamasının nedeni, idarenin önlemekten sorumlu olduğu halde önlemeyi başaramadığı zararları sosyal hukuk devleti olmasına uygun olarak tazmin etmesinin gerekmesindedir⁴⁷.

B. İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler

Meydana gelen zarar ile idarenin davranışı arasındaki illiyet bağının etkilenmesi durumunda idarenin sorumlu olduğu ileri sürülemeyecektir. İlliyet bağı kesen sebepler olarak da adlandırılan bu sebepler beklenmeyen hal, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur. Bu haller genel olarak illiyet bağı kesen sebepler olarak adlandırılıyor olsalar da bu gibi hallerin varlığı halinde illiyet bağı aslında hiç kurulamamaktadır⁴⁸.

Mücbir sebep idarenin iradesi ve kontrolü dışında gerçekleşen, öngörülemez ve/veya önlenemez nitelikteki hallerdir⁴⁹. Mücbir sebebe çok benzeyen “beklenmeyen hal” ise mücbir sebepteki gibi öngörülemez ve önlenemez niteliktedir⁵⁰. Bu iki durumun farkı mücbir sebebin

³⁹ GÜNDAY, s.384.

⁴⁰ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.509.

⁴¹ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.666; TETİK, s.46.

⁴² KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri C. II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.365-366.

⁴³ EVREN, Çınar Can: “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 264.

⁴⁴ GÜNDAY, s.385.

⁴⁵ BAYER, s.41.

⁴⁶ AKÇA, Kürşat: “Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 4, 2016, s.999.

⁴⁷ ATAY, s.355.

⁴⁸ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.509.

⁴⁹ YILDIRIM, Turan: “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 2, 2019, s. 1522.

⁵⁰ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.675.

“dışsallık”, beklenmeyen halin ise “içsellik” özelliğinde bulunmaktadır⁵¹. Şöyle ki mücbir sebep idarenin iradesi ve etkinlikleri dışında gerçekleşirken beklenmeyen hal idarenin iradesi ve etkinliklerinde gerçekleşmektedir. Bu farktan ötürü mücbir sebep idarenin sorumluluğunu kaldırırken, idarenin faaliyetinin içerisinde gerçekleşen beklenmeyen hal, idarenin sorumluluğunu etkilememektedir⁵². Danıştay mücbir sebep kavramını incelerken mücbir sebebin varlığı tespit etmekle kararı sonlandırmamakta illiyet bağının kesilip kesilmediğini özellikle incelemektedir⁵³. Beklenmeyen halde kusursuz sorumluluğun devam etmesinin sebebi, beklenmeyen halin yalnızca idareye atfı kabil kusurun varlığını etkiliyor olmasıdır⁵⁴.

Ortaya çıkan zararın, zarar görenin davranışı sebebiyle gerçekleşmesi halinde de idarenin sorumluluğu değişmektedir⁵⁵. Zarar görenin davranışı, mücbir sebep halindeki gibi idarenin sorumluluğunu tamamen kaldıracak gibi söz konusu davranış sadece zararına artmasına sebep olmuş ise sorumluluğu kısmen kaldıracaktır⁵⁶. Zarar görenin tutumu ve davranışı, idarenin zarar ile arasındaki illiyet bağını kesen bir mahiyette ise idarenin sorumluluğu söz konusu değildir⁵⁷. Zarar görenin davranışının sadece zararın sebebi şeklinde meydana gelmesi gerekmemektedir. Zarar görenin hukuk dışı bir konumda bulunuyor veya riski üstleniyor olması durumlarında da idarenin sorumluluğundan söz edilemeyecektir⁵⁸.

İdareyle bağlantısı olmayan üçüncü bir kişinin de zararın doğmasında ya da artmasında etkisi bulunabilmektedir. İdarenin sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nitelikte etkisi olan üçüncü kişi ile idare arasında hukuki bağ veya bir ilişki söz konusu olmamalıdır, üçüncü kişi ile idare arasında hukuki bir ilişkinin mevcut olduğu hallerde idarenin sorumluluğu devam edecektir⁵⁹. Zarar tamamen idare ile hukuki bir bağı olmayan üçüncü bir kişinin etkisi ile meydana gelmesi halinde idarenin sorumluluğundan söz edilemeyecek fakat üçüncü kişinin zararın asıl kaynağı olmadığı, sadece zararın artmasında ya da oluşmasında yan rol oynadığı durumlarda idare zarardaki payı oranında sorumlu olacaktır⁶⁰. Bu sorumluluğun dağılımı idarenin kusur ve kusursuz sorumluluk hallerinde farklıdır. İdarenin kusur sorumluluğunda idare kusuru oranında sorumlu tutulurken, kusursuz sorumluluk hallerinde idarenin üçüncü kişiye rücu imkânı ortaya çıkmaktadır⁶¹.

C. Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Uygulandığı Haller

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi çeşitli alanlarda uygulanmaktadır. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi büyük ölçüde⁶² idarenin bayındırlık hizmetleri kapsamında bireylerin uğradığı zararlar sebebiyle uygulama alanı bulmaktadır.

⁵¹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.514.

⁵² KALABALIK, s.369.

⁵³ YILDIRIM, s.1523.

⁵⁴ GÖZLER, s.1357.

⁵⁵ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, 677.

⁵⁶ ATAY, s.358.

⁵⁷ YILDIRIM / ÇINARLI, s.314.

⁵⁸ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.677

⁵⁹ YILDIRIM / ÇINARLI, s.318.

⁶⁰ NOHUTÇU, s.518.

⁶¹ USLU, Serkan: İdarenin Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Birisi Olarak Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Hukuki Niteliği, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, Yüksek Lisans Tezi, s.71.

⁶² AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.496.

Bayındırlık faaliyetlerinin mevcut olmaması, bozuk olması ve/veya bakımsızlığı nedeniyle meydana gelen zararlar idareye fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında tazmin yükümlülüğü getiren zararlar değildir⁶³. Bayındırlık hizmetlerinin mevcut olmaması veya hizmetin eksik, bozuk veya bakımsız olması gibi haller nedeniyle meydana gelen zararlarda idarenin kusuru mevcut olduğu için ve kusursuz sorumluluk hallerinin ikincil sorumluluk çeşidi olmaları sebebiyle fedakarlığın denkleştirilmesi ve hatta kusursuz sorumluluğa ilişkin bir inceleme yapılamayacaktır. Bu gibi hallerde idarenin kusur sorumluluğu mevcuttur.

İlke kapsamında bayındırlık faaliyetlerinden ötürü idareye tazmin yükümlülüğü getiren zararlar bir aksaklığın olmadığı, hizmetin olması gerektiği şekilde ilerlediği hallerde ortaya çıkan zararlardır. Yani zararın meydana gelmesinde kazai bir nitelik bulunmamaktadır.

Bayındırlık faaliyetleri kapsamında oluşan zararlar, iş yoğunluğunda düşüş, gelir kaybı veya ürünlerin değerinin düşmesi gibi “ticari zararlar”, gürültü, toz kişilerin ürünlerinden faydalanmasının önüne geçen “kullanım engelleri”, yakıt veya zaman kaybına neden olan “mesafe uzaması” gibi şekillerde görülebilmektedir⁶⁴.

Bazen de bireyler hukuka uygun idari işlemlerden dolayı zarar görmektedir ve bu zararların da idare tarafından kusursuz sorumluluk ilkeleri kapsamında tazmin edilmesi gerekebilmektedir⁶⁵. Bu ilkenin en bariz uygulandığı hallerden biri kamulaştırma. Kamulaştırma, idarenin kamu yararını gözeterek, karşılığını peşin ödemek suretiyle kişinin mülkiyetindeki taşınmazın tamamı veya bir bölümüne el atması işlemidir. Kamu yararı için yapılmış bulunan kamulaştırma sebebiyle kişinin katlanmak zorunda kaldığı külfet taşınmazın bedelinin kişiye ödenmesi suretiyle dengelenmektedir⁶⁶. Aynı şekilde idare, hukuka aykırı olduğu kanaatiyle bir işlemi hukuka uygun bir şekilde geri alabilmektedir. İşlemin geri alınıyor olması da kişiler üzerinde özel ve olağanüstü nitelikte zararlara sebep olabilmektedir. Bu zararların giderilmesi açısından ise iki açıdan idarenin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Birincisi idare hukuka uygun bir şekilde yerine getirmiş olduğu geri alma işleminden ötürü fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi bakımından kusursuz sorumlu olarak değerlendirilebilecekken, ikinci açıdan ise idare başta tesis etmiş olduğu hukuka aykırı işleminden ötürü kusurlu olduğundan, zararı kusur sorumluluğu kapsamında tazmin etmelidir⁶⁷.

Bazen de zararın kaynağı kanunun kendisi olmaktadır. Farklı bir deyişle zarar kanun hükmünün somut olay vasıtasıyla uygulamaya geçirilmesi sebebiyle meydana gelmektedir. Böyle durumlarda meydana gelen zararın karşılanması konusunda bazen kanun zararın karşılanıp karşılanmayacağını ya da karşılanacaksa ne şekilde karşılanacağını kendisi söylemektedir⁶⁸. Toplumun çıkarları için yasama organı tarafından çıkarılmış olan yasaların bazı kişilerin menfaatlerini olumsuz yönde etkilemesinden ötürü idare zararı fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında giderecektir⁶⁹. Burada belirtilmesi gereken husus buradaki zarar kanunun kendisinden kaynaklanmakta, idare tarafından kanunun eksik veya hatalı uygulanmasından kaynaklanmamaktadır.

⁶³ AYANOĞLU, Taner: Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1994, Yüksek Lisans Tezi, s.56.

⁶⁴ USLU, s.79.

⁶⁵ GÖZLER, s.1275.

⁶⁶ GÜNDAY, s.383.

⁶⁷ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.650.

⁶⁸ GÖZLER, s.1280-1281.

⁶⁹ USLU, s.98.

II. DANIŞTAY 10. DAİRESİ'NİN E. 2015/3965, K. 2020/4680 10.11.2020 TARİHLİ KARARI⁷⁰

İnceleyeceğimiz karar Danıştay 10. Dairesi 10.11.2020 tarih ve E.2015/3965, K.2020/4680 karar tarihli kararında idarenin fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında sorumlu olduğuna hükmetmiş olması sebebiyle çalışmanın temel konusunu oluşturmaktadır. Dava konusu olay 31.08.2011 tarihinde Erzurum ili İspir ilçesinde meydana gelmiştir. Davacılar, murislerinin boz ayının saldırısı sebebiyle ölmesinden ötürü idarenin “hizmet kusuru” bulunduğu iddiası ile maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesi bir diğer deyişle tazminat talebiyle idare mahkemesinde söz konusu davayı açmışlardır.

İdare hukukunda “taleple bağıllık ilkesi”, bir başka deyişle “talep edilenden fazlasına hükmedilememesi” (ultra petita) ilkesi geçerlidir⁷¹. Bu ilke mevzuatta düzenlenmemekle birlikte idari yargı mercilerince kabul edilmektedir⁷². İlgili davada her ne kadar davacılar “hizmet kusuru” sebebiyle idarenin sorumlu olacağını ileri sürerek dava açmışlarsa da kusursuz sorumluluğun kamu düzeninden olması ve yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilmesi ve hatta mahkeme tarafından da re’sen dikkate alınabilmesi sebebiyle⁷³ taleple bağıllık ilkesinin bir istisnasını teşkil edeceğinden davacılar ileri sürmeseler dahi mahkemenin kusursuz sorumluluk incelemesi yapması mümkündür.

4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu’nun 4. maddesine göre yaban hayvanı türleri içinde yer alan ve Bakanlıkça belirlenen av hayvanlarından, korunması gerekenlerin Merkez Av komisyonunca, av hayvanlarının dışında kalan yaban hayvanları ile diğer türler gerektiğinde ilgili kuruluşların görüşleri alınarak Bakanlıkça koruma altına alınmaktadır. Bakanlıkça koruma altına alınan yaban hayvanları avlanamamaktadır. Doğal çevrenin insanlar açısından bir “kaynak” olması ve kaynakların sınırlı olması, hayvanların da çıkarlarına olumsuz etki eden avcılık faaliyetleri sebebiyle çevrede telafisi oldukça güç olan zararların meydana gelmesinin önlenmesi amacıyla idarenin bu şekilde düzenlemeler yapması gerekmektedir⁷⁴. Gerek kanun hükmü gerek hayvanların neslinin korunmasında ve çevrenin telafisi çok zor ve hatta imkânsız olan zararlara uğramasının önlenmesi maksadında mevcut olan “kamu yararı” düşüncesinden ötürü 18.06.2011 tarih ve 27968 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 2011-2012 Av Dönemi Merkez Av Komisyonu Kararının⁷⁵ “Çevre ve Orman Bakanlığınca Koruma Altına Alınan Yaban Hayvanları” başlıklı 1 numaralı ek listesinde boz ayı koruma altına alınarak avlanma yasağı kapsamına alınmıştır.

İlk derece mahkemesi boz ayının vermiş olduğu zararlar alakalı idarenin sorumluluğuna ilişkin değerlendirme yaparken idarenin kusur sorumluluğunun, doğrudan ve asli sorumluluk şekli olması sebebiyle, olması gerektiği gibi önce kusur değerlendirmesi yapmış ve doğada yaşamakta olan her bir hayvanın gerçekleştirdiği ya da gerçekleştirilmesi ihtimal dahilinde bulunan zararlı fiillerinden ötürü, doğada yaşayan tüm ve özellikle yaban hayvanlarının tek tek kontrolünün idare tarafından yapılmasının mümkün olmaması sebebiyle idarenin herhangi bir hizmet kusurunun bulunmadığına ve mevcut zarar kapsamında idarenin sorumlu olabilmesi için herhangi bir kusursuz sorumluluk şartının da gerçekleşmediğine karar vermiştir.

Davacılar tarafından temyiz edilmesi ile olay incelenmek üzere Danıştay’a gelmiştir. Danıştay olay bağlamında bir kusur değerlendirmesi yapmamış olmakla birlikte bu aşamayı geçerek kusursuz sorumluluk açısından “*İdare, yaban hayvanlarını koruma görevi kapsamında boz ayıları mutlak koruma altına almıştır. Yaban hayatının ve yaban hayvanlarının korunması noktasında alınan bu kararın kamu menfaatinin korunması amacına yönelik olduğu açıktır. Kamunun genel menfaatinin korunmasına*

⁷⁰ Danıştay 10. HD’nin 10.11.2020 tarih ve E:2015/3965 K:2020/4680 sayılı kararı.

⁷¹ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.744.

⁷² CEYLAN, Mahmut: İdari Yargıya Hâkim Olan İlkeler, On İki Levha Yayıncılık, Aralık 2017, s.171.

⁷³ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.628.

⁷⁴ KAPLAN, Onur: İdare Hukuku Perspektifinden Avcılık Faaliyetleri ile Av ve Yaban Hayatı Yönetimi, On İki Levha Yayıncılık, Aralık 2023, s.173-174.

⁷⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/06/20110618-13.htm>

yönelik bu karardan doğan külfetin tek kişi üzerinde bırakılmaması, bu kişinin özel zararının kusursuz sorumluluk (fedakarlığın denkleştirilmesi) ilkesi uyarınca topluma pay edilmesi gerekmektedir.” diyerek idarenin sorumlu olduğunu belirtmiş ve idare mahkemesinin kararında hukuki isabet bulunmadığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Danıştay bu kararında, idarenin mali sorumluluğunun ve özellikle fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamındaki sorumluluğun şartlarını da belirtmiştir. Danıştay’ın kararın kendisinde de belirttiği ve çalışmanın ilk kısmında da ayrıntılı ele aldığımız üzere *“Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ya da diğer adıyla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece, tazminini öngörmektedir. Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle arızı nitelikte olmayan, önceden öngörülebilir zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağan dışı nitelik arz etmektedir.”* demektedir.

Kararda da özellikle belirtildiği gibi fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında tazmin edilmesi gereken zararın, idarenin diğer sorumluluk şekillerinden farklı olarak, özel, olağanüstü ve kazalardan kaynaklanmayan bir nitelik göstermesi gerekmektedir. Fakat Danıştay, ilkeyi olaya tatbik ederken sadece zararın özel olduğunun üstünde durmuş, zararın olağanüstülüğüne ve kazalardan kaynaklanmamasına yönelik bir inceleme yapmamıştır. Davacıların murisinin ölmesi şeklinde meydana gelen olayda zararın olağanüstü bir zarar olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Ve fakat zararın kazalardan kaynaklanmadığını, arızı nitelik göstermediğini söylemek ilgili olay bakımından mümkün görülememektedir.

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında meydana gelen zarar, idarenin davranışını gerçekleştirmeden önce de meydana geleceği öngörülen zararlardır. Zararın bir kazadan kaynaklanmaması yani idarenin meydana getirdiği hizmetin doğal bir sonucu olması kusursuz sorumluluk ilkeleri içerisinde fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesinin koşulunu oluşturmaktadır. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinde meydana gelen zarar, hizmetin doğal sonucudur⁷⁶. İnceleme konusu olayda zararın arızı nitelik göstermediğini ve dolayısıyla zararın fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında tazmin edilmesinin gerektiğini kabul ettiğimiz takdirde idare tarafından bazı hayvanların avlanma yasağı kapsamına alınması halinde biri ya da birilerinin yaşam hakkının ihlal edileceği sonucunun kesin olduğunun kabulü de gerekir ki böyle bir durumun söz konusu olması mümkün değildir. Boz ayının saldırı sonucu birinin yaşam hakkının ihlal edildiği olayda zarar, arızı niteliktedir.

Danıştay’ın ilgili kararında da aynen belirttiği gibi idarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip değildir. Olayda meydana gelen zarar, idarenin fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında sorumluluğu olması için aranan koşullara tam anlamıyla uygun düşmemesine rağmen idarenin sorumluluğuna hükmedilmesinde kanaatimce hukuki isabet bulunmamaktadır.

SONUÇ

Danıştay 10. Dairesi 10.11.2020 tarih ve E.2015/3965, K.2020/4680 karar tarihli kararında da belirtmiş üzere idarenin hukuki sorumluluğu kişilere lütuf ve atıfet duyguları ile belli bir miktarda paranın ödenmesini gerektiren bir prensip değildir ve idari yargının bu amaç doğrultusunda görevi idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle idarenin sorumluluğunun sınırlarını içtihatlar

⁷⁶ GÜNDÜZ, s.123.

vasıtası ile saptamaktır. Tüm bu çalışma kapsamında özelliklerinden bahsettiğimiz fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi nimetinden tüm toplumun faydalandığı idarenin eylem ve işlemleri sebebiyle meydana gelen külfetlerin belli kişi veya kişilerin üzerinde kalması halinde, kişilerin katlanmak zorunda kaldığı zararın kusuru olmasa bile idare tarafından tazmin edilmesini sağlamaktır. İdarenin kusursuz sorumluluğundan söz edilebilmesi için kusur sorumluluğundan farklı olarak zararın özel ve olağanüstü olması aranmaktadır. Zararın özel olması, tüm toplum tarafından katlanılan bir zarar söz konusu olduğu takdirde bireyler arası eşitliği bozacak nitelikte bir külfete katlanmanın söz konusu olmaması sebebiyle aranmakta olan bir şartken, zararın olağanüstü olmasının gerekmesi ise basit nitelikte olan zararlara toplum halinde yaşamının bir gereği olarak bireylerin katlanmasının beklenmesidir. İnceleme konusu karar da özellikle belirtildiği gibi fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında tazmin edilmesi gereken zararda aranan bir diğer özellik ise, zararın idarenin risk sorumluluğundan da farklı olarak, kazalardan kaynaklanmayan, başka bir söylemle arızı nitelikte olmayan bir nitelik göstermesidir. Yani işlem veya eylem sonucu meydana gelen zarar idarenin işlem ve eyleminin doğal sonucudur. Bu çalışma kapsamında dikkat çekilmek istenen husus da tamamen ilke kapsamında tazmin edilmesi gereken zararın kazalardan kaynaklanmamasının gerektiğinin vurgulanmasıdır. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında meydana gelen zarar, idarenin davranışını gerçekleştirmeden önce de meydana geleceği bilinen zararlardır. Zararın bir kazadan kaynaklanmaması yani idarenin meydana getirdiği hizmetin doğal bir sonucu olması kusursuz sorumluluk ilkeleri içerisinde fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesinin koşulunu oluşturmaktadır. İnceleme konusu olayda zararın arızı nitelik göstermediğini ve dolayısıyla zararın fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında tazmin edilmesinin gerektiğini kabul ettiğimiz takdirde idare tarafından bazı hayvanların avlanma yasağı kapsamına alınması halinde biri ya da birilerinin yaşam hakkının ihlal edileceği sonucunun kesin olduğunun kabulü de gerekir ki böyle bir durumun söz konusu olması mümkün değildir. Olayda meydana gelen zarar, idarenin fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında sorumluluğu olduğunun kabulü için aranan koşullara tam anlamıyla uygun düşmemesine rağmen idarenin sorumluluğuna hükmedilmesinde kanaatimce hukuki isabet bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

AKÇA, Kürşat: “Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 4, 2016, s.987-1020.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

ATAY, Ender Ethem: *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

AVCI, Adem: “Terörizm Açısından Devletin Sorumluluğu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 3-4, 2010, s.69-88.

AYANOĞLU, Taner: *Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1994, Yüksek Lisans Tezi.

BAYER, Çağrı: “Danıştay Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 1, S. 1, 2018, s.35-80.

BUDAK, Canan: “Modern Bir Hukuk Devletinin Gereği Olarak İdarenin Sorumluluğu”, *Antalya Bilim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2, 2022, s.136-150.

CEYLAN, Mahmut: *İdari Yargıya Hâkim Olan İlkeler*, On İki Levha Yayıncılık, Aralık 2017.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 3-4, s.17-33.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

ERKUT, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Tezi, İstanbul 1989.

EROĞLU DURKAL, Müzeyyen: “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 1, 2019, s.159-189.

EVREN, Çınar Can: “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 263-297.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt 2, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2013.

GÜNDÜZ, F. Ebru: “Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi”, *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2015, s.109-137.

KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri C. II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

KAPLAN, Gürsel: “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, S. 19, Kitap 1, 2004, s.173-199.

KAPLAN, Onur: İdare Hukuku Perspektifinden Avcılık Faaliyetleri ile Av ve Yaban Hayatı Yönetimi, On İki Levha Yayıncılık, Aralık 2023.

KORKMAZ, Kadir: “Ayım Kararları Işığında Askeri Hizmetin Yürütülmesi Esnasında Askeri Personelin Karşılaştığı Bireysel Zararlardan İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Esasları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s.369-388.

NOHUTÇU, Ahmet: İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2020.

ODYAKMAZ, Zehra / KAYMAK, Ümit: İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

SARICA, Ragıp: “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 15, S. 4, 1949, s.858-895.

SARSIKOĞLU, Şenel: “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s.2389-2422.

ŞAHİN, Ali Hamza: “Danıştay Kararlarında Okullarda Meydana Gelen Zararlar Nedeniyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğunda Genişleme”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 19, 2020, s. 47-77.

ŞAŞMAZ, Aysema Pelin: “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış”, *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 2, S. 2, 2016, s.211-235.

TETİK, Ahmet Talha: Türk Hukukunda Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi, Adalet Yayınevi, 2020.

ULUSAN, İlhan: “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, C. 43, 2011, s.101-130.

USLU, Serkan: İdarenin Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Birisi Olarak Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Hukuki Niteliği, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, Yüksek Lisans Tezi.

YAYLA, Ahmet: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI, Serkan: Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt 2, Astana Yayınları, 2019.



YILDIRIM, Turan: “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 2, 2019, s. 1520-1538.

Danıştay 10. HD'nin 27.9.2022 tarih ve E:2019/9438 K:2022/4135 sayılı kararı.

Danıştay 10. HD'nin 25.4.2022 tarih ve E:2021/6900 K:2022/2323 sayılı kararı.

Danıştay 10. HD'nin 21.1.2016 tarih ve E:2015/959 K:2016/354 sayılı kararı.

Danıştay 10. HD'nin 17.5.2021 tarih ve E:2018/3785 K:2021/2277 sayılı kararı.

Danıştay 10. HD'nin 10.11.2020 tarih ve E:2015/3965 K:2020/4680 sayılı kararı.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/06/20110618-13.htm>

**7499 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİYLE BİRLİKTE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI
BAKIMINDAN “REFORMATIO IN PEIUS” KURALININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

**(EVALUATION OF THE 'REFORMATIO IN PEIUS' PRINCIPLE IN THE CONTEXT OF DELAYING THE
PRONOUNCEMENT OF JUDGMENT IN LIGHT OF THE AMENDMENT INTRODUCED BY LAW NO. 7499)**

Dr. Öğr. Üyesi, Selahattin Samet BİLGE*

ÖZET

“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması”, 5271 sayılı CMK m. 231’de hükme bağlanmıştır. Kuruma bağlanan netice, şartlarının varlığı halinde hükmün sanık hakkında bir sonuç doğurmamasıdır. Ortada mevcut bir hüküm söz konusudur ancak bu hükmün açıklanması daha sonraki bir zamana ötelenmektedir ve kanunda gösterilen şartlar oluştuğunda açıklanması ötelenen bu hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilir. 7499 sayılı kanun değişikliğiyle birlikte bu kararlara karşı artık “itiraz kanun yoluna” değil “istinaf kanun yoluna” başvurulabileceği düzenlenmiştir. Önceki düzenleme dikkate alındığında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun son tarihli kararlarından biri de incelendiğinde “Reformatio in Peius” kuralının bu kurum bakımından uygulama alanının olmadığını Yargıtay’ın ortaya koyduğu görülmektedir. Yargıtay’a göre kanun koyucu bilinçli bir şekilde, anılan kuralı/ilkeyi bu kanun yolu bakımından özel olarak düzenleme altına almamıştır. Buna ek olarak, bu ilkenin istisnai nitelikte olduğu ve kıyasen uygulanamayacağı düşüncesindedir. Bunların yanında, Yargıtay’ın, yargılama sonunda sanık hakkında bu kararın verilmesi halinde dahi bu kararın CMK m. 223’de gösterilen hüküm çeşitlerinden biri olmadığından dolayı; bu nedenlerle ilkenin bu kurum bakımından uygulanamayacağı düşüncesinde olduğu görülmektedir. Bilindiği gibi, anılan bu bazı noktalar, doktrinde de tartışmalıdır. Bu çalışmada bu hususlar incelenecektir. Örneğin, “kıyas yasağının”, maddi ceza hukuku normları bakımından değeri ile ceza muhakemesi normları bakımından değeri birbirinden farklıdır. 7499 sayılı kanun değişikliğiyle, öngörülen kanun yolu değiştirilmiş olsa bile bu kurum bakımından anılan ilke/kural yapılan bu değişikliklerle de ayrıca hükme bağlanmamıştır. Bu bir eksiklik de değildir çünkü bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulduğunda, CMK m. 283’de hükme bağlanan kural, hiç kuşkusuz şartlarını taşıyorsa hakkında istinaf kanun yoluna başvuru bu kararlar bakımından da uygulama alanı bulabilecektir. Bu açıklamalar ışığında, anılan kanun değişikliğiyle birlikte bu kararlara karşı öngörülen kanun yolu değiştirilmiş olsa bile, CMK’nın ayrı hükümlerinde yer alan “Reformatio in Peius” kuralı düzenlemeleri karşısında bu kurum hakkında bu kuralın uygulanamayacağı düşüncesine katılmak zor görünmektedir. Gerçekten de 7499 sayılı kanunla getirilen değişiklikler hiç gerçekleşmemiş, yapılmamış olsaydı bile, CMK’da yukarıda bahsedilen şekillerde yer alan “Reformatio in Peius” kuralının kanun yolunda, kıyasen, bu kurum bakımından da uygulanması önünde bir engel olduğunu düşünmek mümkün görünmemektedir. Nitekim CMK m. 283’ün varlığı karşısında, anılan kanun değişikliğiyle de birlikte “Reformatio in Peius” kuralının bu kararlar bakımından uygulanabilmesi önünde bir tereddüt olmadığını da söyleyebilmek mümkündür.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ssametbilge@gmail.com,
[ORCID: 0000-0002-1396-7689](https://orcid.org/0000-0002-1396-7689)

Anahtar Kelimeler : Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Reformatio in Peius, Hüküm, 7499 sayılı Kanun Değişikliği

ABSTRACT

Delaying the pronouncement of the judgment is regulated in the article 231 of the Turkish Criminal Procedural Code. Accordingly, delaying the pronouncement of the judgment means that the judgment rendered shall not bear any legal consequences for the accused. It could be said that there is still a judgment rendered about the accused, but the pronouncement of this judgment is postponed to a later time. With the amendment of Law No. 7499, it is stipulated that an appeal can be filed against decisions relating to delaying the pronouncement of the judgment. Considering the previous regulation stipulating a legal remedy of opposition against the decisions to delay the pronouncement of the judgment, it is seen that the General Criminal Assembly of the Court of Cassation establishes a precedent that the principle of "Reformatio in Peius" cannot be applied. According to the Court, the legislator made a conscious choice in the legal remedy of opposition and did not include a special regulation in this legal remedy that was included in the legal remedy of appeal. The Court considers that "Reformatio in Peius" is an exceptional principle and cannot be applied in terms of the legal remedy of opposition. Finally, it is set forth that delaying of the pronouncement of the judgment is no type of judgment shown in the article 223. As it is known, these issues explained, and the subject expressed in the title in general are controversial in the doctrine as well. Another reason put forward is the idea that the "Reformatio in Peius" principle, which is included as a special regulation in the legal remedy of appeal, is not included in the law as a special regulation in terms of delaying the pronouncement of the judgment. It does not seem possible to agree with this opinion because there does not appear to be an obstacle to the implementation of this principle by analogy so that it is difficult to mention about a prohibition on analogy in this regard. The value of the prohibition of analogy in terms of material penalty norms and its value in terms of procedural norms are different. With the amendment, it is ruled that the legal remedy against decisions of delaying the pronouncement of the judgment is no longer opposition, but appeal. A special regulation regarding the principle of "Reformatio in Peius" has not been introduced with this law. This is not a deficiency because with the new regulation, when legal remedy of delaying the pronouncement of the judgment is taken, the rule stipulated in the article 283 in terms of appeal, will undoubtedly find its implementation area in terms of the decision to delaying the pronouncement of the judgment against which an appeal has been filed. Even if the changes introduced by the Law numbered 7499 had never been occurred or made, it does not seem possible to consider that there would be an obstacle to the implementation of this principle regarding the decisions of delaying the pronouncement of the judgment by analogy.

Keywords : Delaying the Pronouncement of the Judgment, Reformatio in Peius, Judgment, Amendment of Law No. 7499

I. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER, KANUNUN GEÇİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER VE BU KARARLARA KARŞI KANUN YOLU DENETİMİNİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ELE ALINMASI

“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması”¹, doktrinde çok sıklıkla işlenen² ve çokça tartışılan konuların başında gelmektedir. Bu çalışmada, HAGB kurumunun sorunlu düzenlemelerine bağlı olarak ortaya çıkan problemlerden sadece birisi olan “Reformatio in Peius” (aleyhe değiştirme yasağı) ile ilişkisi incelenmektedir.

HAGB, ceza mevzuatının mülga düzenlemeleri bağlamında “erteleme” kurumunun esasının değiştirilerek düzenlendiği bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.³ Kurum, kendine özgü görünümü iddiasıyla “...kurum, Türk hukukuna getirilmektedir...” denilerek ve “... Türk ceza

¹ Çalışmanın devamında “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kurumunu kısaca ifade etmek için “HAGB” ifadesi kullanılmıştır.

² ŞEN, Ersan / MAVİŞ, Mert: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014; YABANOĞLU, Mustafa: Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara 2023; YALÇIN, Can: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021; YILDIRIM, Akif: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018; CANPOLAT, Can: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesine İlişkin Bir İnceleme”, *Sakarya Hukuk Dergisi* Y. 2023 S. 2, s. 1271 – 1295.; TULAY, M. Emre: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *AHBVÜHFD* Y. 2021 C. 25 S. 4, s. 477 – 525; AKYILDIZ, Anıl: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Y. 2020 C. 17 S. 3, s. 65 - 88; ERDEM, Bedirhan: “Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Geliştirdiği Yorum Ölçütleri”, *CHD* Y. 2019 C. 14 S. 39, s. 217 – 256; ÖNTAN, Yaprak: “Kovuşturma Evresinde Uzlaşmanın Sonucu Olarak Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmesinin Yerindeliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Y. 2018 C. 9 S. 1, s. 61 – 76.; GÜNGÖR, Devrim / TOROSLU, Haluk: “Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerinde Kısa Bir Değerlendirme”, *AÜHFD* Y. 2016 C. 65 S. 4, s. 1967 – 1980.; GÜNGÖR, Devrim – OKUYUCU ERGÜN, Güneş: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, *AÜHFD* Y. 2016 C. 65 S. 4, s. 1951 – 1965.; SARIGÜL, Tanju: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu”, *TBB Dergisi* Y. 2016 S. 125, s. 59 – 84.; SARIGÜL, Tanju: “Türk ve Alman Hukuku’nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, *TBB Dergisi* Y. 2015 S. 118, s. 125 – 162. ŞAHİN, Cumhur: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *MÜHFD Hukuk Araştırmaları Dergisi* Y. 2013 C. 19 S. 2, s. 282 – 293.; ÖZBEK, Veli Özer – MERAKLI, Serkan: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim”, *MÜHFD Hukuk Araştırmaları Dergisi* Y. 2013 C. 19 S. 2, s. 221 – 236.; YILDIRIM, Akif: “Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* Haziran 2018 Y. 6 S. 11, s. 435 – 480.; TANER, Fahri Gökçen: “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, *ABD* Y. 2011 S. 4, s. 285 – 298.

³ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2022, s. 480 vd.

uygulamasında yeni bir döneme girildiği...” öne sürülerek⁴ 2006 yılında 5560 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte CMK m. 231’de hükme bağlanmıştır.

Erteleme ve amacı ertelemeye benzeyen kurumlar birbirinden farklıdır.⁵ ⁶ Kanun koyucu erteleme ve erteleme benzeri temel üzerine inşa edilen kurumları tek bir yerde değil, mevzuatın dağınık yerlerinde hükme bağlamayı tercih etmiştir. Gerekçede bu tercihin nedenine rastlanılamamaktadır.

Bilindiği üzere, Kanun koyucunun CMK m. 231’de kullanmış olduğu “... geri bırakılması” ifadesi eleştirilmektedir, zira hükmün açıklanması bakımından ortada “geri” bırakılan bir hüküm değil, ileride şartları olursa açıklanabilecek bir hüküm vardır. Bu nedenle kurumun “hükmün açıklanmasının ileri bırakılması/ertelenmesi” şeklinde düşünülmesi, bizce de doğru olmalıdır.

HAGB ile amaçlanan, ilk kez suç işlemiş kişilerin cezaevi ortamından uzak tutularak belirli bir süre denetim altında kalması⁷, bu süreden sonra, hakkında kurulmuş ancak “açıklanmayan hükmün” hiç sonuç doğurmamasıdır. Kanun, bunu teorik olarak temellendirmekte başarılı olamamıştır. Hükmün çokça ve sıkça geçirdiği değişiklikler, kurumun yargı pratiğindeki farklı uygulamaları ve Anayasa Mahkemesi’nin ardışık iptal kararları da bu düşüncemizi destekler niteliktedir.

HAGB bakımından söz konusu olan “hüküm”, öne sürülenin aksine, “var olmayan bir hüküm” değildir. Mahkeme, sanık hakkında bir “hüküm” kurmakta fakat bu hükmü sonuç doğurmaması adına açıklamamaktadır, kanunun sözel yorumundan çıkarılan sonuç budur. Mahkemece verilen HAGB kararının, şartları oluşmadıkça, henüz sonuç doğurması imkânı yoktur.⁸ Bu, hukuki işlem teorisi bakımından da eleştirilere açıktır, ancak pozitif düzenleme “... Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, müsadereye ilişkin hükümler hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.” (CMK m. 231/5) şeklindedir. Buradan çıkarılacak sonuç ortada bir “hükmün olmadığı” değil, mahkemenin sanık hakkında kurduğu hükmünü “henüz açıklanmadığı”dır.

⁴ Gerekçede şu ifadelere yer verilmiştir: “... işte çağdaş ceza hukukunda vatandaşlık hakkını kazanmış olan bu kurum, Türk hukukuna getirilmektedir. Böylece Türk ceza uygulamasında yeni bir döneme girildiğini söylemek olanağı vardır...” (tbmm.gov.tr/yasama/kanun-teklifleri)

⁵ EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku (C. I, Genel Hükümler), AÜHF Yayınları, Ankara 1949, s. 194 vd.; DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım C. III), İÜHF Yayınları, İstanbul 1976, s. 11 vd.

⁶ Örnek vermek gerekirse: “taahhüt altında hükmün ertelenmesi” ve “kontrollü serbestlik” ya da “adli tevbih” vb. hepsi birbirinden farklı nitelikleri olan kurumlardır (DÖNMEZER / ERMAN, s. 11). Adli tevbih, mülga kanundan farklı olarak hukukumuzda yer almamaktadır. Gerekçesine rastlanılmamıştır.

⁷ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 480.

⁸ “... Dolayısıyla kişi hakkında verilen HAGB kararı, ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırakmaktan ibarettir ...” (AYM, E.2022/120, K.2023/107, T. 01/06/2023, § 53)

Hüküm ve hüküm çeşitlerinin ne olduğu bilinmektedir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması ve buna bağlı olarak ortaya çıkan sorunları Yargıtay çözmeyi denemiştir. Meseleyi “teknik anlamda hüküm vardır” diyerek ele almış ve buna “ön hüküm” adı vermiştir. HAGB’yi ise ön hükümün üzerine inşa edilen ve bu “önceki hükümün varlık kazanmasını engelleyen” bir karar olarak ele almıştır.⁹ Ceza muhakemesi hukukunda, bilindiği kadarıyla, “ön hüküm” diye bir hüküm çeşidi yoktur. Hüküm, tektir. Ancak kanunun bu düzenlemesi karşısında, görebildiğimiz kadarıyla, Yargıtay başkaca bir çözüm bulamamıştır. Olması gereken; kanunda, erteleme ve buna benzer olarak düşünülen tüm kurumların yeniden bir arada ele alınarak tek bir yerde ve hukuk tekniğine uygun bir şekilde Anayasa Mahkemesi kararları ışığında yeniden düzenlenmesidir.

Hüküm ve hükme karşı başvurulabilecek kanun yolları denetimi bakımından yeni problemler ortaya çıkaran bu kurum konusunda ortaya çıkan meseleleri çözmeye çalışmak hiç de kolay olmamıştır. Kanun koyucu, 5560 sayılı Kanunla değişik CMK m. 231 düzenlemesinde, HAGB kararlarına karşı itiraz kanun yolunu öngörmüş¹⁰, 7499 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte ise HAGB kararına karşı “istinaf” (CMK m. 231/12), hakkında HAGB kararı verilmiş kimsenin “denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması hâlinde” ise mahkeme tarafından “hükümün açıklanması” sonucuna karşı “itiraz” kanun yoluna gidilebileceğini (CMK m. 231/11) hükme bağlamıştır.¹¹ Düzenleme, mevcut haliyle çelişkilidir. Nitekim daha öncesinde, AYM de bu kararlara karşı öngörülen kanun yolunun belirli ve etkili bir

⁹ YCGK T. 4/5/2023 E. 2021/162 K. 2023/255 (CANPOLAT, Can: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesine İlişkin Bir İnceleme”, *Sakarya Üniversitesi Fakültesi Hukuk Dergisi* Y. 2023 S. 2, s. 1271 – 1295.)

¹⁰ Kanun Koyucu, Anayasa Mahkemesinin 20/7/2022 tarihli iptal kararı üzerine 7445 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte 12. Fıkrayı “*Hükümün açıklanmasının geri bırakılması 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.*” biçiminde yeniden düzenlemiştir. Daha sonra, Anayasa Mahkemesi’nin 1/6/2023 tarihli iptal kararı üzerine 7499 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte ilgili konu hakkında CMK m. 231/12 hükmü “... *hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir.*” biçiminde değiştirilmiş ve ayrıca mahkemenin hükmü hangi şartlarda açıklayacağına dair CMK m. 231/11 düzenlemesine bir son cümle olarak “*Açıklanan veya yeni kurulan hükme itiraz edilebilir. İtiraz mercii ancak bu fıkradaki koşullarla sınırlı olarak bir değerlendirme yapabilir.*” hükmü eklenmiştir.

¹¹ HAGB kararlarına karşı sadece itiraz kanun yolunun öngörüldüğü fakat itiraz incelemesinin esasına ilişkin düzenlemenin münhasıran CMK m. 231’de yer verilmediği normun uygulanmasında Yargıtay’ın itiraz mercii için esasına da girip girmeyeceği konusundaki farklı içtihatları söz konusu olduğundan; Anayasa Mahkemesi etkili inceleme yapılmadığı gerekçesiyle bu kanun yolunun öngörüldüğü hükmü iptal etmiştir. Kanun koyucu bu sefer itiraz kanun yolunda itirazın esasının da inceleyeceğini hükme bağlamıştır. Daha sonra ise 1/6/2023 tarihinde AYM, “*5271 sayılı Kanun’un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan anılan maddenin (5) numaralı fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri ile (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) numaralı fıkralarının 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptalleri gerekir.*” şeklinde karar vermiştir.

denetim yolu öngörmediğini belirterek iptal etmiştir.¹² Kanun koyucunun daha sonraki düzenlemelerinde ise Anayasa m. 153'ün varlığına rağmen AYM'nin bu kararlarını kısmen yok sayma yolunu tercih ettiği görülmektedir. Kanun koyucunun en son düzenlemesinin, istinaf kanun yoluna yer verilmesinin sağlanması dışında, Anayasa Mahkemesi kararlarında gösterilen hukuka aykırılıkları giderir tarafı yoktur, olmadığı gibi yeni bir "ikilik" problemi doğurmuştur.

Böyle olunca, Kanun'da, tek bir hüküm ve sonucun bağlandığı bir kuruma CMK m. 231/11'de "... açıklanan veya yeni kurulan hükme itiraz edilebilir ..." ve CMK m. 231/12'de "... hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir." denilerek birden farklı hüküm ve sonuç bağlandığı neticesi ortaya çıkmaktadır. Hukukun genel teorisinde ve hukuki işlem teorisinde aynı kurala farklı sonuçların bağlanması imkânı yoktur; salt pozitif düzenlemenin varlığı, anılan düzenlemelerin hukuk ve mantık kurallarına aykırı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Bu, açıklanması zor bir çelişkidir.

Bu nedenle bu çelişkinin, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçeleri gerçek anlamda dikkate alınarak yapılacak bir kanun değişikliğiyle giderilmesi gerekir.

II. "REFORMATIO IN PEIUS" YASAĞININ KANUNDAKİ YERİ VE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI İLE İLİŞKİSİ

"Reformatio in Peius" (aleyhe değiştirme yasağı)¹³, mahkemenin sanık hakkında kurduğu hükmü, sanığın endişe etmeden¹⁴, cezanın ağırlaşaacağı korkusu taşımadan, kanun yolu denetimine

¹² GÖZLER, Kemal: "Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine: Anayasa Mahkemesinin 20 Temmuz 2022 Tarih ve E.2021/121, K.2022/88 Sayılı Kararı Hakkında Bir Eleştiri", (www.anayasa.gen.tr/hagb.htm) (Yayın Tarihi: 24 Eylül 2022).

¹³ ERSOY, Uğur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio in Peius Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 188 vd.; SOYER GÜLEÇ, Sesim: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağı, DEÜHFD Y. 2019 C. 21 S. 2, s. 701 – 750.; ÖZBEK, Veli Özer / TEPE, İlker: "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin -Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla- Genel Bir Değerlendirme", DEÜHFD Y. 2014 C. 16, s. 3759 – 3797.; KAYMAZ, Seydi: "Ceza Muhakemesinde Aleyhe Değiştirme Yasağı", MÜHFD Hukuk Araştırmaları Dergisi Y. 2013 C. 19 S. 2, s. 1397 – 1451. ÇINAR, Ali Rıza: "Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı", MÜHFD Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19 S. 2 Y. 2013, s. 603 – 666.

¹⁴ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 733.

götürebilmesini sağlayan bir ilkedir.¹⁵ İlkenin mahiyeti hakkındaki tartışmalar halen devam etmektedir, sonlanmış değildir.¹⁶

İlkenin uygulanabilmesi için sadece sanık lehine olacak şekilde bir başvuru gereklidir, sanık aleyhine ya da hem sanık lehine hem de sanık aleyhine olarak ortada bir başvuru varsa, bu ilke uygulama alanı bulmaz.¹⁷

“Reformatio in Peius” kuralı sadece cezaya ilişkin değildir, “mahkûmun bütünü ile durumuna” ilişkindir ve suçlu lehine kazanılmış hak¹⁸ teşkil eder.¹⁹

Sanık, kanun yoluna başvurduğu zaman kararın kendisi için düzeltilmesi amacıyla hareket ettiğinden, bu amacın sağlanamamış olması “adaletin esaslarına” aykırı olur.²⁰ Ayrıca, aleyhe bozma yasağının kabul edilmediği bir sistemde, ceza muhakemesinin amacı gerçekleşemez.²¹

¹⁵ ERSOY, s. 188 vd.; ŞAHİN, Cumhuriyet / GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 616.; DÜLGER, Murat Volkan / TAŞKIN, Şaban Cankat: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 783.

¹⁶ PELLECCCHIA, Federica: Il Divieto di Reformatio in Peius - Analisi Critica di Un Istituto Controverso, Università degli Studi di Bologna, Bologna 2020, s. 6 vd. (brocardi.it)

¹⁷ KUNTER: Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İÜHF Yayınları, İstanbul 1978, s. 739 vd.; YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 933.; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 811.; KARAKEHYA, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 811.

¹⁸ DÖNMEZER / ERMAN, s. 49.

¹⁹ “... Sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının suça sürüklenen çocuk müdafii tarafından yapılan itiraz üzerine aleyhe sonuç doğuracak şekilde kabulünde aleyhe bozma veya aleyhe hüküm verme yasağının ihlal edilip edilmediği ve itiraz mercii yetkisini aşmış olmadığı hususunda; Ceza mahkemeleri tarafından verilen “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” ilişkin kararın, 5271 sayılı CMK’nın 223/1. maddesinde öngörülen davayı esaslan sonlandırıcı, hüküm niteliğinde olmadığı ve bu suretle temyizinin mümkün bulunmadığı, ancak itiraz yolunun açık bulunduğu, 1412 sayılı CMUK’un 326/son, 5271 sayılı CMK’nın 283 ve 307/4. maddelerinde düzenlenen aleyhe bozma veya aleyhe değiştirme yasağının sadece davanın esasını çözümlen hükümlerle sınırlı olarak istinaf veya temyiz yasa yolunda kabul edilmesi nedeniyle aleyhe bozma yasağının ve ceza bakımından kazanılmış hak ilkesinden itiraz mercii tarafından verilen kararlar açısından söz edilemeyeceği anlaşılmakla ve CGK’nın 15.01.2013 tarih 2012/10-534 Esas, 2013/15 Karar sayılı kararı gereği tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir. Yerinde görülmeyen diğer temyiz sebeplerinin reddine, ancak; Suça sürüklenen çocuğun mağdur ...’ı işlev yitirilmesi meydana gelecek şekilde yaralaması nedeniyle 30.06.2015 tarihli ilk kararda 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, hükmün suça sürüklenen çocuk müdafiiince temyiz edildiği ve aleyhe temyiz bulunmadığı da gözetilmeden inceleme konusu 17.09.2020 tarihli hükümdede 3 yıl 9 ay hapis cezasına hükmolunarak kazanılmış hak ihlaline neden olunması, Bozmayı gerektirmiş ... ” Y1CD 1. T. 6/9/2021 E. 2021/5595 K. 2021/11719 (karararama.yargitay.gov.tr)

²⁰ KUNTER, Nurullah: “Aleyhte Düzeltme Yasağı”, *İÜHF Mecmuası*, Y. 1952, C. 18 S. 3-4, s. 664 – 679.

²¹ ERSOY, s. 66.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21/6/2023 tarihli E. 2019/148 K. 2023/361 sayılı kararında ortaya koyduğu²² "... cezanın aleyhe değiştirilmemesi ilkesinin ... evrensel hukukun benimsediği bir ilke olmadığı..." görüşünün aksine, anılan ilke, usulde yargı yoluna gidebilmenin teminatı ve ceza muhakemesini hukukunun evrensel ilkelerinden biridir.

Kanun koyucu, anılan ilkeyi, "genel hüküm" olarak CMK'da "kanun yolları" başlığı altında m. 265'de düzenlemiştir; bununla da yetinmeyip aynı ilkeyi diğer bazı kanun yolları bakımından da ayrıca düzenleme altına almıştır. Bu nedenle bu ilkenin HAGB kararlarının denetimi bakımından da uygulanabilmesinin önünde engel yoktur.²³

Buradan, HAGB konusu özelinde incelendiğinde; kanun yollarının genel hükümlerinde (CMK m. 265) ve diğer kanun yollarında özel olarak düzenlenen bu ilkenin, anılan bu genel hükmün varlığı yok sayılarak; sadece özel olarak ilkenin düzenlendiği bazı kanun yollarına münhasıran uygulanacağı sonucu doğmaz, tam aksine bu özel düzenlemeler olmasa bile, CMK m. 265'de hükme bağlanan genel hüküm kapsamında kıyasa başvurmayaya gerek bile olmadan uygulanabilecek bir ilke olduğu sonucu doğar.

Yargıtay ise HAGB bakımından aleyhe bozma yasağının uygulanmayacağı kanaatindedir.²⁴

III. YARGITAY'IN UYGULAMASI

Yargıtay, HAGB kararlarına karşı "itiraz" kanun yolunun öngörüldüğü düzendeki uygulamalarında belli başlı nedenlerle HAGB kararları hakkında "Reformatio in Peius" ilkesinin uygulanamayacağını içtihat etmiştir.

7499 sayılı Kanunla değişik mevcut düzenleme ise, HAGB kararına karşı "istinaf" (CMK m. 231/12), hakkında HAGB kararı verilmiş kimsenin "... denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması hâlinde ..." ise mahkeme tarafından "hükmün açıklanması" sonucu doğduğunda buna karşı "itiraz" kanun yoluna gidilebileceğini (CMK m. 231/11) hükme bağlamıştır. Bu nedenle, tartışmaların sonlanabilmiş olduğunu söylemek mümkün değildir. O halde, şu an yürürlükteki düzenlemeye göre, Yargıtay'ın önüne aynı kuruma dair iki farklı kanun yoluna bağlı dosyaların gelmesi, ihtimal dâhilindedir. Tartışılması gereken istinaf kanun

²² Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun T. 21/6/2023 E. 2019/148 K. 2023/361 sayılı kararında "... 14. Ceza Dairesinin 24.12.2018 tarihli ve 7422-7718 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA" denilerek bahsi geçen Yargıtay 14. CD'nin kararı için bkz.: "... somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı aleyhine yalnızca sanık tarafından itiraz kanun yoluna başvurulduğu, bu sebeple aleyhe değiştirme (bozma) yasağı gereği ilk verilen ceza miktarından daha fazla cezaya karar verilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi ..." Y14CD T. 24/12/2018 E. 2017/7422 K. 2018/7718 (karararama.yargitay.gov.tr)

²³ KAYMAZ, Seydi: "Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı", *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi* C. 19 S. 2 Y. 2013, s. 1397 – 1452.

²⁴ ERSOY, s. 377.

yolunda bu ilkenin uygulanması önünde hiçbir engel olmamasına karşın, Yargıtay'ın bu kuruma dair itiraz kanun yolundaki içtihadına devam edip edemeyeceği meselesidir. İtiraz kanun yolu denetiminde, Yargıtay'ın uygulamaları aşağıda açıklanan nedenlerle, bizce, hukuka aykırı uygulamalardır.

Yargıtay'ın konu özelinde birinci dayanağı, "Reformatio in Peius" ilkesinin itiraz kanun yolu bakımından ayrıca düzenlenmiyor olmasıdır.²⁵ Bu görüşe katılmak imkânı yoktur. Yukarıda da açıklandığı üzere kanun koyucu, kanun yolları başlığında genel hüküm olarak CMK m. 265'de "Reformatio in Peius" ilkesini düzenleme altına almıştır. Bunun yanında gerek itiraz kanun yolunda gerekse de HAGB'nin düzenlendiği yer olan CMK m. 231'de bu hükmün ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur.²⁶ Bu hüküm, genel hükümdür.

Yargıtay'ın bir diğer dayanağı, ceza muhakemesinde kıyas yasağı kapsamında, anılan ilkenin sadece belirli kanun yolları bakımından düzenleniyor olmasına karşı; itiraz kanun yolunda özel olarak düzenlenmediğinden bahisle "kıyas yoluyla" HAGB bakımından uygulanamayacağıdır.²⁷ Ceza muhakemesi hukukunda kıyas yasağı maddi ceza hukukundaki kadar katı değildir sadece tahdidi ve istisnai normlar bakımından kıyasa yasağı söz konusudur.²⁸ "Reformatio in Peius" ilkesi, istisnai norm değildir. Kanun koyucu bu ilkeyi Ceza Muhakemesi Kanunu'nda altıncı kitap "kanun yolları" başlığı altında birinci kısım "genel hükümler" içerisinde düzenlemektedir. Bu nedenle bile HAGB kararlarına karşı sadece sanık lehine olup da aleyhine başvuru yoksa, genel hükmün varlığı karşısında, bu ilkenin uygulanabilmesi için kıyas yoluna başvurmaya ihtiyaç dahi yoktur.

Yargıtay'ın diğer dayanağı ise, HAGB'nin CMK m. 223'de sayılan hüküm çeşitlerinden biri olmadığıdır.²⁹ Bu görüşe de katılmak zor görünmektedir. Zira HAGB'de de ortada bir hüküm vardır ancak henüz

²⁵ "...CMUK'un 326/son maddesinin yanı sıra CMK'nın 307/5. maddelerinde temyiz, CMK'nın 283. maddesinde istinaf, 323/2. maddesinde yargılamanın yenilenmesi ve 309/4. maddesinin (b) bendinde ise kanun yararına bozma yollar yönünden söz konusu ilkenin ne şekilde uygulanacağı ayrıca ve açıkça düzenlendiği hâlde itiraz yoluna ilişkin CMK'nın 267 ila 271. maddeleri arasında böyle bir düzenlemeye yer verilmemesinin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olması..." YCGK. T. 21/6/2023 E. 2019/148 K. 2023/361 (karararama.yargitay.gov.tr)

²⁶ HAGB kararlarına dair CMK m. 231'de itiraz kanun yolunda Reformatio in Peius kuralı hakkında ayrıca düzenleme yapılması gerektiği yönündeki düşünce için bkz. ERSOY, s. 391.

²⁷ "...ceza muhakemesi hukukunda kıyas yapılması mümkün olmakla birlikte istisnai normların kıyas yoluyla genişletilememesi karşısında; cezayı aleyhe değiştirme yasağı kuralının itiraz yolunda uygulanma olanağının bulunmadığının kabulü gerekmektedir..." YCGK. T. 21/6/2023 E. 2019/148 K. 2023/361 (karararama.yargitay.gov.tr)

²⁸ LEONE, Giovanni: Trattato di Diritto Processuale Penale (Dottrine Generali), Napoli 1961, s. 66; ÖZTEKİN, Tosun: Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri (C. I), İÜHF Yayınları, İstanbul 1984, s. 611; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 43.; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 87; ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan / SİRMA GEZER, Özge / F. SAYGILAR, Yasemin / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / TOK, Mehmet Can: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 37.

²⁹ "...öte yandan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar, CMK'nın 223. maddesinde sayılan hükümlerden olmadığından, ortada davanın esasını çözen bir karar bulunmadığı için kararlarda lehe ve aleyhe sonuçtan söz edilememesi..." YCGK. T. 21/6/2023 E. 2019/148 K. 2023/361 (karararama.yargitay.gov.tr)

açıklanmamıştır, öyle ki kanun koyucu bunu “... kurulan hükmün ...” diyerek ifade etmektedir (CMK m. 231/5). Yargıtay’ın düşüncesi kabul edilecek olursa; ortada bir hüküm yoktur denilecek, o halde olmayan hükmün açıklanması da mümkün olmayacaktır. Bu, çelişkidir.

Yargıtay’ın bu mevcut uygulamasının hukuka aykırı olduğu yönündeki düşüncemiz, 7499 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte de bizi teyit eder niteliktedir. Mademki Yargıtay’ın bu uygulaması CMK m. 231’de ilkeye dair özel hüküm yer almadığı tezinden dolayı yerindedir, o halde istinaf kanun yolunda da “Reformatio in Peius” yasağının uygulanmaması gerekecektir ki bu hem CMK m. 265 ve hem de CMK m. 283 varlığı karşısında mümkün değildir. Dolayısıyla “Reformatio in Peius yasağına CMK m. 231’de yer verilmemiştir, kıyas yapılarak bu kurumda bu ilke uygulanamaz” gibi bir düşünce, bu açıdan da yukarıda açıklanan nedenlerle dayanaktan yoksundur.

Sonuç olarak, yukarıda açıklanan nedenlerle, Yargıtay’ın bu uygulamaları, hukuka aykırı uygulamalardır.

Bu nedenle, Yargıtay, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından itiraz kanun yolu söz konusu olduğunda önceki içtihadından ayrılarak “Reformatio in Peius” ilkesini uygulamak durumundadır. Yargıtay’ın, aynı hukuki kurumun farklı kanun yollarından geçerek önüne gelmesi ihtimalinde; birinde ilkenin uygulanacağı, birinde uygulanmayacağı sonucunun, muhakeme hukukunun ilkeleri ve anılan düzenlemelerin varlığı karşısında temellendirilebilmesi mümkün değildir.

SONUÇ

HAGB kurumuna dair temel mesele Kanun koyucunun düzenlemelerindeki ikilikte toplanmaktadır. Öncelikle yapılması gereken, kuruma dair, Anayasa m. 153 hükmünün emrediciliği karşısında Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun olarak kanunda tadilata gidilmesidir.

Diğer mesele HAGB kararları bakımından “Reformatio in Peius” ilkesinin uygulanması önünde, gerek kanunun önceki düzenlemesinde gerekse de mevcut düzenlemesi bakımından bir engel olmadığıdır. “Reformatio in Peius” ilkesi, CMK’da kanun yollarına dair bir genel hüküm olarak düzenlenmektedir. İlkenin CMK m. 231’de ayrıca düzenlenmiyor olması bir eksiklik değildir, eksiklik olmadığı için kıyas yoluyla doldurulmasına da ihtiyaç yoktur.

7499 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte HAGB kararlarına karşı ikili bir kanun yolu gündeme gelmiştir. İki halde de bu ilkenin uygulanması önünde bir engel yoktur, Yargıtay’ın itiraz kanun yolunun öngörüldüğü 7499 sayılı Kanun değişikliğinden önceki uygulamalarında “Reformatio in Peius” ilkesinin HAGB bakımından uygulanamayacağı düşüncesi yukarıda açıklanan nedenlerle birlikte değerlendirildiğinde, hukuka aykırı uygulamalar olduğu sonucuna erişilmiştir.

Yargıtay’ın bu uygulamaları bir an için doğru kabul edilecekse bile bu sefer 7499 sayılı Kanunla birlikte HAGB kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceğine dair norm ile birlikte ilkenin istinaf kanun yolu bakımından ayrıca düzenlendiği m. 283 normunun HAGB kararları denetiminde yok sayılarak uygulanmama imkânı zaten hiç olmayacaktır.

Böylelikle aynı kanun maddesinde düzenlenen HAGB'nin; ihtimal dâhilinde şartları oluşursa, biri itiraz kanun yoluyla incelendikten sonra önüne gelebilecek olan diğeri istinaf yoluyla önüne gelebilecek olan aynı kuruma dair iki farklı uygulaması zaten var olamayacağından, Yargıtay'ın önceki uygulamalarının bu yönden bile hukuka aykırı uygulamalar olduğu sonucuna varılması mümkündür.

KAYNAKÇA

- AKYILDIZ, Anıl: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Y. 2020 C. 17 S. 3, s. 65 – 88.
- CANPOLAT, Can: "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesine İlişkin Bir İnceleme", *Sakarya Hukuk Dergisi* Y. 2023 S. 2, s. 1271 – 1295.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.
- ÇINAR, Ali Rıza: "Aleyhe Değişirme Yasağı Kuralı", *MÜHFD Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19 S. 2 Y. 2013, s. 603 – 666.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım C. III)*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1976.
- DÜLGER, Murat Volkan / TAŞKIN, Şaban Cankat: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023
- ERDEM, Bedirhan: "Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Geliştirdiği Yorum Ölçütleri", *CHD* Y. 2019 C. 14 S. 39, s. 217 – 256.
- EREM, Faruk: "Cezaların Tecili Kararı ve Bunun Neticeleri", *Adalet Dergisi*, Ağustos 1948 S. 8, s. 885 – 902.
- EREM, Faruk: *Türk Ceza Hukuku (C. I, Genel Hükümler)*, AÜHF Yayınları, Ankara 1949.
- ERSOY, Uğur: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (Reformatio in Peius) Yasağı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- GÖZLER, Kemal: "Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine: Anayasa Mahkemesinin 20 Temmuz 2022 Tarih ve E.2021/121, K.2022/88 Sayılı Kararı Hakkında Bir Eleştiri", (www.anayasa.gen.tr/hagb.htm) (Yayın Tarihi: 24 Eylül 2022)
- GÜNGÖR, Devrim / OKUYUCU ERGÜN, Güneş: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *AÜHFD* Y. 2016 C. 65 S. 4, s. 1951 – 1965.
- GÜNGÖR, Devrim / TOROSLU, Haluk: "Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerinde Kısa Bir Değerlendirme", *AÜHFD* Y. 2016 C. 65 S. 4, s. 1967 – 1980.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara 2022.
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.

KAYMAZ, Seydi: “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi* C. 19 S. 2 Y. 2013, s. 1397 – 1452.

KUNTER, Nurullah: “Aleyhte Düzeltme Yasağı”, *İÜHF Mecmuası* C. 18 S. 3-4, Y. 1952, s. 664 – 679.

KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İÜHF Yayınları, İstanbul 1978.

LEONE, Giovanni: Trattato di Diritto Processuale Penale (Dottrine Generali), Napoli 1961.

ÖNTAN, Yaprak: “Kovuşturma Evresinde Uzlaşmanın Sonucu Olarak Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmesinin Yerindeliliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Y. 2018 C. 9 S. 1, s. 61 – 76.

ÖZBEK, Veli Özer / DOğAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

ÖZBEK, Veli Özer / MERAKLI, Serkan: “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim”, *MÜHFD Hukuk Araştırmaları Dergisi* Y. 2013 C. 19 S. 2, s. 221 – 236.

ÖZBEK, Veli Özer / TEPE, İlker: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin -Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla- Genel Bir Değerlendirme”, *DEÜHFD* Y. 2014 C. 16, s. 3759 – 3797.

ÖZTEKİN, Tosun: Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri (C. I), İÜHF Yayınları, İstanbul 1984.

ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / F. SAYGILAR, Yasemin / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / TOK, Mehmet Can: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

PELLECCHIA, Federica: Il Divieto di Reformatio in Peius - Analisi Critica di Un Istituto Controverso, Università degli Studi di Bologna, Bologna 2020 (brocardi.it)

SARIGÜL, Tanju: “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu”, *TBB Dergisi* Y. 2016 S. 125, s. 59 – 84.

SARIGÜL, Tanju: “Türk ve Alman Hukuku’nda Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, *TBB Dergisi* Y. 2015 S. 118, s. 125 – 162.

SOYER GÜLEÇ, Sesim: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağı”, *DEÜHFD* Y. 2019 C. 21 S. 2, s. 701 – 750.

şAHİN, Cumhuri / GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

şAHİN, Cumhuri: “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *MÜHFD Hukuk Araştırmaları Dergisi* Y. 2013 C. 19 S. 2, s. 282 – 293.

şEN, Ersan / MAVİş, Mert: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

TANER, Fahri Gökçen: “Hükmün Açıklanmasının Ertelemesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, *ABD Y. 2011 S. 4*, s. 285 – 298.

TULAY, M. Emre: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *AHBVÜHFD Y. 2021 C. 25 S. 4*, s. 477 – 525.

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

YABANOĞLU, Mustafa: *Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

YALÇIN, Can: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

YILDIRIM, Akif: “Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Y. Haziran 2018 Y. 6 S. 11*, s. 435 – 480.

YILDIRIM, Akif: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Yargıtay CGK.’nın 21/6/2023 tarih ve E: 2019/148 K: 2023/361 sayılı kararı.

Yargıtay 14CD.’nin 24/12/2018 tarih ve E: 2017/7422 K: 2018/7718 sayılı kararı.

AYM’nin 20/7/2022 tarih ve E: 2021/121 K: 2022/88 sayılı kararı.

AYM’nin 1/6/2023 tarih ve E: 2022/120 K: 2023/107 sayılı kararı.

**KİRALANANIN AİLE KONUTU NİTELİĞİNDE OLMASININ YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN
GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ**

**THE EFFECT OF THE RENTED PROPERTY BEING A MATRIMONIAL HOME ON THE VALIDITY OF THE
WRITTEN EVICTION COMMITMENT**

Dr. Sena BAŞPINAR*

ÖZET

Aile konutu, TMK m. 194'ün gerekçesinde tanımlandığı üzere, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Evlilik birliğinde ortak yaşam bakımından merkezi bir konumda bulunan aile konutu, eşlerden biri tarafından kira sözleşmesi ile sağlanmış olabilir. Bu durumda sözleşmenin nisbiliği ilkesi çerçevesinde kiracı eş, kural olarak, sözleşmenin feshi hususunda da yetkilidir. Ancak eşlerin menfaati ve ailenin geleceğini korumayı amaçlayan kanun koyucu, TMK m. 194/1 ve TBK m. 349/1 hükümleri gereğince, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshini diğer eşin açık rızasına bağlayarak bu ilkeye ve eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne (TMK m. 193) önemli bir istisna getirmiştir. Bu hükümlerdeki "fesih" ifadesini geniş yorumlamak ve fesih ile aynı sonucu doğuran işlemlere de teşmil etmek gerekir. Bu kapsamda kira sözleşmesinin feshi sonucunu doğuran işlemlerden biri, öğretide ve uygulamada "yazılı tahliye taahhüdü" olarak bilinen borçlandırıcı işlemdir. Nitekim kanun koyucu tarafından TBK m. 352/1 hükmünde "boşaltmayı yazılı olarak üstlenme" şeklinde ifade edilen bu işlem neticesinde kiraya verene sözleşmeyi icra takibi veya dava yoluyla sona erdirme hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla kiralanan taşınmaz aile konutu niteliğindeyse kiracı olmayan eşin açık rızası alınmadan yapılan yazılı tahliye taahhütleri geçersizdir. Bu doğrultuda Yargıtay, önceki içtihatlarında, yazılı tahliye taahhüdüne dayanılarak açılan davalarda kiracı olmayan eşin aile konutu itirazında bulunması halinde, bu yerin aile konutu olduğunun tespitine yönelik olarak açılmış bir davasının ve aile mahkemesince yapılmış bir belirlemenin bulunup bulunmadığının araştırılması, sonucuna göre gerektiğinde kendisine aile mahkemesinde dava açma yetkisi ve imkanı verilmesi ve bu davanın tahliye davasında bekletici mesele yapılarak neticesine göre bir karar verilmesi gerektiği görüşündeydi. Son dönemlerde ise Yargıtay, bu hususta bir içtihat değişikliğine giderek, yazılı tahliye taahhüdüne dayalı olarak icra takibi veya dava süreci başlamadan önce kiracı olmayan eşin TMK m. 194/IV hükmüne istinaden bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelmesi gerektiği, aksi halde, sonrasında artık aile konutu itirazının dikkate alınamayacağı yönünde kararlar vermektedir. Kanaatimizce Yargıtay'ın benimsemiş olduğu mevcut içtihat kanuna aykırı bir mahiyet arz etmektedir. Zira yazılı tahliye taahhüdünde kiracı olmayan eşin rızasının aranması onun kira sözleşmesine taraf olması şartına bağlanamaz. Diğer taraftan TMK m. 194/IV hükmü gereğince sözleşmenin tarafı olmayan eşe kurucu yenilik doğuran hak niteliğinde olan bir bildirimle sözleşmenin tarafı olma "hakkı" tanınmıştır. Bu hakkı bir "kulfet" (Obliegenheit) olarak yorumlayarak kiraya verene bildirim yapmayan eşin yazılı tahliye taahhüdüne aile konutu itirazında bulunma hakkını

*Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, sena_baspinar@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8529-1115.

kaybedeceğini ileri sürmek, bu açıdan da kanuna ve aile konutuna ilişkin koruyucu düzenlemelerin amacına (*ratio legis*) açıkça aykırıdır. İşte bu çalışma ile söz konusu Yargıtay kararları ışığında kiralananın aile konutu niteliğinde olmasının yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliğine etkisi konusu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kira Sözleşmesi, Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, Aile Konutu, Yazılı Tahliye Taahhüdü, Tahliye Davası

ABSTRACT

Matrimonial home, as defined in the justification of Art. 194 of the Turkish Civil Code (TCC), is an area full of memories where spouses carry out all their life activities, direct their lives accordingly, live in bitter and sweet days. The matrimonial home, which is in a central position in terms of joint life in the marriage union, may be provided by one of the spouses with a rental agreement. In this case, within the framework of the principle of privity of contract, the tenant spouse is, as a rule, authorized to terminate the contract. However, the legislator, who aims to protect the interests of the spouses and the future of the family, has made an important exception to this principle and freedom of legal act of the spouses by making the termination of the lease agreement regarding the matrimonial home dependent on the explicit consent of the other spouse in accordance with Art. 194/I of the TCC and Art. 349/I of the Turkish Code of Obligations (TCO). It is necessary to interpret the term “*termination*” in these provisions broadly. In this context, one of the transactions that results in the termination of the lease agreement is the promissory transaction known as “*written eviction commitment*” in Turkish law doctrine and practice. As a matter of fact, as a result of this transaction, the lessor may terminate the lease agreement by initiating enforcement proceedings or filing a lawsuit within one month starting from the date committed by the tenant. Therefore, if the rented real estate is a matrimonial home, written eviction commitments made without the express consent of the non-tenant spouse are invalid. The Court of Cassation has also made decisions in this direction in its previous jurisprudence. However, the Supreme Court has recently changed its jurisprudence on this issue and made decisions that the non-tenant spouse must be a party to the contract by notifying in accordance with Art. 194/IV of the TCC before the enforcement proceedings or litigation process begins, based on the written eviction commitment. In our opinion, the current jurisprudence adopted by the Supreme Court is contrary to the law. Because, seeking the consent of the non-tenant spouse in a written eviction commitment cannot be conditioned on his/her being a party to the lease agreement. On the other hand, in accordance with Art. 194/IV of the TCC, the spouse who is not a party to the contract is granted the right to become a party to the contract with a notification that is constitutive formative right. Interpreting this right as a burden and claiming that the spouse who does not notify the lessor will lose the right to object to the written eviction commitment regarding the matrimonial home is clearly contrary to the law and the purpose of the protective regulations regarding the matrimonial home. With this paper, the effect of the rental property being a matrimonial home on the validity of the written eviction commitment will be examined in the light of the Supreme Court decisions.

Keywords: Lease Agreement, Residential and Roofed Workplace Rents, Matrimonial Home, Written Eviction Commitment, Eviction Case

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹ yirmi yılı aşkın uygulaması çerçevesinde en çok tartışılan müesseselerden biri hiç şüphesiz aile konutudur. 4721 sayılı Kanun, 193. maddesi ile, eşler arasındaki hukuki işlemler açısından genel kuralı koymuş ve eşlerden her birinin birbirleriyle ve üçüncü kişilerle – kanunda aksine hüküm bulunmadıkça – her türlü hukuki işlemi serbestçe yapabileceğini düzenlemiştir (TMK m. 193). Ancak bu maddede zikredilen “*kanunda aksine hüküm bulunmadıkça*” deyimini, eşlerin hukuki işlem özgürlüklerinin çeşitli kanuni düzenlemelerle sınırlanabileceğini vurgulamaktadır. İşte bu düzenlemelerin başında TMK m. 194 yer almaktadır. Bu madde, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesinin feshini ve diğer bazı hukuki işlemlerin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamıştır. Buna oldukça benzer nitelikte bir hüküm de kira sözleşmeleri açısından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu² m. 349'da yer almaktadır. Bu hükümler gereğince, kira sözleşmesiyle edinilen aile konutlarına ilişkin sözleşmenin feshi diğer eşin rızasına bağlanarak, bu hususta hak sahibi olan eşin hukuki işlem özgürlüğü sınırlandırılmış; böylece hak sahibi olmayan eş, evlilik birliği ve aile mefhumu korunmuştur. Bu hükümlerin koruma kapsamına fesih sonucunu doğuran yazılı tahliye taahhüdü gibi işlemler de girmektedir. Dolayısıyla kiralanan aile konutuna ilişkin diğer eşin rızası alınmadan verilen yazılı tahliye taahhütleri geçersizdir (TMK m. 194/1 ve TBK m. 352/1). Ancak Yargıtay'ın bu hususta zaman içerisinde içtihat değişikliğine gittiği ve bu işlemin geçerliliğini farklı şartlara bağladığı görülmektedir. İşte bu çalışmada; öncelikle aile konutu kavramı ve eşlerin hukuki işlem serbestisi ilkesi üzerinde durulmuş, sonrasında kira sözleşmesiyle edinilen aile konutlarına ilişkin yasal koruma incelenerek, aile konutuna ilişkin yalnızca kiracı eş tarafından verilen yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği “*sorunu*” Yargıtay'ın önceki ve güncel içtihatları çerçevesinde değerlendirilmiş ve bu husustaki kişisel görüşümüz açıklanmıştır.

I. AİLE KONUTU KAVRAMI VE EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM SERBESTİSİ İLKESİ

A. Aile Konutu Kavramı

Aile konutu kavramı, mehzaz kanunda olduğu gibi, Türk Medeni Kanunu'nda da tanımlanmamıştır³. Ancak aile konutuna ilişkin yasal korumanın düzenlendiği TMK m. 194 hükmünün gerekçesinde oldukça duygusal bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre aile konutu, “*eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan*”dır. Öğretide çoğunlukla bu tanım üzerinden hareket edilmekte ve aile konutu; “*sürekli olarak barınma ihtiyacını karşılayan ve ailenin hayat merkezini oluşturan konut*”⁴, “*ailenin yaşam merkezi*

¹ RG, 08.12.2001, S. 24607.

² RG, 04.02.2011, S. 27836.

³ Bunun bilinçli bir tercih olduğu ve kanun koyucunun aile konutunu tanımlamamak suretiyle bu kavramın içinin doldurulmasını uygulamaya bıraktığı ve anlamını daraltmamayı tercih ettiği yönünde bkz. AYAN, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 61.

⁴ DOĞAN, Murat: “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, VI/1-4, 2002 [“Aile Konutu”], s. 286; DOĞAN, Murat: “Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin

sayılan mekan”⁵, “eşlerin aile yaşamlarının merkezi durumuna getirdikleri, konut olarak kullanmaya elverişli taşınmaz veya taşınır yer”⁶, “eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocuklarıyla birlikte eylemli olarak içinde yaşadıkları ortak konut”⁷, “ailenin kullanımına özgülenmiş dolayısıyla ailevi faaliyetlerin merkezini oluşturan ve bu bağlamda konut işlevine sahip, genellikle sabit nitelikte mekan (yer)”⁸, “eşlerin yaşamsal ilişkilerinin, işlerinin ve hayatlarının odak noktası olarak seçtikleri ve fiilen, varsa çocuklarıyla birlikte yaşadıkları ortak konut”⁹ olarak tanımlanmaktadır.

Aile konutu, hukuken geçerli bir evlilik ilişkisi içerisinde bulunan karı ve kocanın sürekli olarak birlikte yaşadığı, konut olarak kullanmaya elverişli taşınır veya taşınmaz yerdir. Resmi nitelikte olmayan (fiili) birlikteliklerde yaşanan konut bu kapsamda nitelendirilemez¹⁰. Aile konutu, kural olarak, tek bir konuttur¹¹. Eşlerin düzenli olarak yaşantılarını geçirmedikleri, hafta sonu ya da yılın belirli dönemlerinde kullandıkları, yazlık, bağ veya dağ evi gibi ikincil nitelikteki konutlar bu kapsamda değerlendirilemez¹². Ancak aile konutunun mutlaka bir “ev” ya da “bina-yapı” gibi bir taşınmaz olması gerekmez¹³. Nitekim tanım itibarıyla konut denildiğinde, “insanların, kötü hava koşullarından, düşmanlardan, tehlikelerden korunduğu, dinlendiği, özel hayatını sürdürdüğü, az çok kapalı ve güvenli barınaklar” anlaşılır¹⁴. Bu anlamda karavan ve gemi gibi taşınırlar da aile konutu olarak

Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52/4, 2003 [“Yenilikler”], s. 106.

⁵ ŞİPKA, Şükran: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), Beta Yayıncılık, İstanbul 2004 [Aile Konutu], s. 83 vd.

⁶ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007 [Yeni Şerhler], s. 20-21; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borç Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 [Kira Sözleşmesi], s. 55.

⁷ AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: Türk Medenî Hukuku: Aile Hukuku – İkinci Cilt, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 121.

⁸ YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 346-347.

⁹ AYAN, s. 61.

¹⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanun’umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, Ankara 2014 [Yenilikler], s. 55; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Türk Medeni Kanunu’nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002 [Diğer Eşin Rızası], s. 9; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2024 [Aile Hukuku], s. 193; ŞİPKA, Aile Konutu, s. 77; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 121; DOĞAN, “Aile Konutu”, s. 286; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 20.

¹¹ ZEVKLİLER, Aydın/CUMALIOĞLU, Emre / ACABEY, M. Beşir: Medeni Hukuk – III Aile Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 93; YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara 2023, s. 62; BARLAS, Nami: “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Makalelerim: Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 233; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 21; DOĞAN, “Yenilikler”, s. 106. Ailenin yaşam merkezinin birden fazla konutta geçtiği çok istisnai durumlarda aile konutunun birden fazla olabileceği yönünde bkz. ŞİPKA, Aile Konutu, s. 83 vd.; ZEVKLİLER / CUMALIOĞLU / ACABEY, s. 93; BARLAS, s. 233.

¹² KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 55; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 9; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 193; ŞİPKA, Aile Konutu, s. 86; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 121; DOĞAN, “Aile Konutu”, s. 286; DOĞAN, “Yenilikler”, s. 106; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 22; BARLAS, s. 233.

¹³ Bu anlamda “aile konutu” kavramı ile “konut kirası” kavramı her zaman örtüşmeyebilir. Bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 55. Buna karşılık, öğretilde BARLAS’ın tanımında, aile konutunun müstakil ev veya apartman dairesi olduğu hususuna vurgu yapılmıştır. Bkz. BARLAS, s. 233.

¹⁴ ŞİPKA, Aile Konutu, s. 72.

değerlendirilebilir¹⁵. Ayrıca, bu konutun hukuki anlamda edinilme şekli de aile konutu niteliği açısından önem arz etmez. Bu tanımlamada önem arz eden husus, hak sahibi eşin söz konusu konutta eşini ve ailesini oturtma ve barındırmasının hukuka uygun bir nedene dayanmasıdır¹⁶. Bu anlamda aile konutu, aynı bir hakla ya da günümüzde sıkça karşılaşılan ve bu çalışmanın da konusunu teşkil eden kira sözleşmesi gibi şahsi bir hakla edinilmiş olabilir.

B. Eşlerin Hukuki İşlem Serbestisi İlkesi ve Sınırları

Türk Medeni Kanunu m. 193 gereğince, aksine bir kanuni düzenleme olmadıkça, eşlerden her biri diğer eş ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir. Buna öğretide “eşlerin hukuki işlem serbestisi/özgürlüğü” ya da “eşlerin serbestliği ilkesi” adı verilmektedir¹⁷. Ancak, sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan bu serbestlik/özgürlük, mutlak ve sınırsız değildir. Nitekim bu ilkenin bir istisnası olarak TMK m. 194’de getirilen sınırlama hallerinde kanun koyucu, yapılmak istenen hukuki işlemin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlayarak evlilik birliğini, çocukları ve kamusal menfaati korumayı amaçlamıştır¹⁸. Bu sınırlamanın hukuki niteliği öğretide ve uygulamada tartışmalı¹⁹ olmakla birlikte, öğretideki hâkim görüş çerçevesinde, işlemi gerçekleştiren eşin tasarruf yetkisinin²⁰ TMK m. 194 kapsamındaki işlemler yönünden kanun gereği sınırlandırıldığını söylemek mümkündür²¹.

¹⁵ ŞIPKA, Aile Konutu, s. 72-73 ve 79. Karavanın aile konutu olabileceği yönünde bkz. GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 21; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 55-56.

¹⁶ ŞIPKA, Aile Konutu, s. 83.

¹⁷ ÖKTEM, Seda: “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 67, 2006, s. 318; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 185; BARLAS, s. 227; AYAN, s. 60; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 120; DOĞAN, “Aile Konutu”, s. 293; YILDIRIM, s. 61. Mülga 743 sayılı Medeni Kanun’da ise evli kadın tarafından kocası yararına üçüncü kişilere karşı üstlenilen taahhütlerin geçerliliği sulh hakiminin iznine/onayına bağlanmıştı. Bu düzenlemenin eleştirisi ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda yer almamasının gerekçeleri hakkında bkz. KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, 185-186; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 1-2; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 45-46.

¹⁸ GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 19.

¹⁹ Bu konudaki görüşleri “fiil ehliyeti sınırlaması görüşü”, “sözleşme özgürlüğü sınırlaması görüşü”, “evlilik birliğinden doğan katılma hakkı görüşü” ve “tasarruf yetkisi sınırlaması görüşü” olarak adlandırmak mümkündür. Bu çalışma çerçevesinde ayrıntılı olarak incelenemeyen bu görüşler hakkında bkz. HÜSEYİN, İhsan: “Medenî Kanununun 194. Maddesinde Yer Alan Sınırlamanın Hukukî Niteliği”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/2, 2018, s. 186 vd.; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 34 vd.

²⁰ Tasarruf yetkisi, bir hakka doğrudan doğruya etki yapabilme gücünü ifade eder. Tasarruf ehliyeti ise bir mal varlığı değeri üzerinde hak sahibi olmaktan kaynaklanır. Kural olarak bir hakta tasarruf edebilme yetkisi, o hakkın sahibine aittir. Ancak bazı hallerde kişi bir mal varlığı değeri üzerinde hak sahibi (tasarrufa ehil) olmasına karşın o mal varlığı değeri üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayabilir. Müflisin hukuki durumu bunun tipik örneğidir. Bazı hallerde ise kanun koyucu, hak sahibinin tasarruf yetkisini kaldırmayıp sadece bu yetkiye bir sınırlama getirmiş olabilir. İşte TMK m. 194 gereğince getirilen sınırlama bunun başlıca örneğidir. Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: Medeni Hukuk (Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, s. 201 vd. Krş. ZEVKLİLER/CUMALIOĞLU/ACABEY, s. 93.

²¹ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s. 184; YENİOCAK, Umut: Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Fesih ve Tahliye Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 111; OĞUZMAN/BARLAS, s. 201 vd.; BARLAS, s. 232; DOĞAN, “Aile Konutu”, s. 291-293; DOĞAN, “Yenilikler”, s. 109; HÜSEYİN, s. 189. Yargıtay’ın ise önceleri tasarruf yetkisi sınırlaması görüşüyle ilgili güncel içtihatlarında fiil ehliyeti sınırlaması görüşünü benimsediği görülmektedir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 26.10.2005 tarih, E: 2005/12-676, K: 2005/600 sayılı kararı: “(...) aile konutu özel bir konuma ve öneme sahip kılınmış ve üzerindeki tasarruf yetkisi yasa ile sınırlandırılmıştır.”, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.07.2024); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.04.2015 tarih, E: 2013/2-2056, K: 2015/1201

Kanun koyucu, herhangi bir kanuni düzenleme ile bu hususta sınırlayıcı hükümlere yer verebilir ve bu hükümlerle eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü ve dolayısıyla tasarruf yetkisini kısıtlayabilir²². Bu sınırlamalardan bazıları Türk Medeni Kanunu'nun aile hukuku kitabının evliliğin genel hükümleri bölümünde (TMK m. 194 ve 199), bazıları ise eşler arasındaki mal rejimi bölümünde (TMK m. 223/II ve dolaylı olarak 229/I, b.1 ile m. 251/II) düzenlenmiştir. Diğer taraftan, Türk Borçlar Kanunu'nda da kira ve kefalet sözleşmesi ile eşlerin işlem özgürlüğünü sınırlandıran bazı hükümlere (TBK m. 349 ve 584) yer verilmiştir. Bu kapsamda kira sözleşmesine ilişkin TBK m. 349 hükmü, TMK m. 194 hükmüne benzer bir şekilde, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kira sözleşmesinin feshinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamıştır. Böylece, TMK m. 194 ve TBK m. 349 düzenlemeleri ile, eşlerin hukuki işlem serbestisi ilkesi ve borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan sözleşmenin nisbiligi ilkesine önemli birer istisna getirilmiştir. Bu çalışma çerçevesinde öncelikle kira sözleşmesiyle edinilen aile konutlarına ilişkin yasal koruma üzerinde durmak gerekir.

II. KİRA SÖZLEŞMESİYLE EDİNİLEN AİLE KONUTLARINA İLİŞKİN YASAL KORUMA

Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmü ile eşlerin hukuki işlemleri konusunda bir istisna düzenlenmiş ve kira sözleşmesiyle edinilen aile konutlarına ilişkin yasal bir koruma getirilmiştir. Bu hükmü tamamlayan bir hükme ise Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin bölümünün konut ve çatılı iş yeri kiralalarına ilişkin ayırımında sözleşmenin bildirim yoluyla sona ermesine ilişkin TBK m. 349'da yer verilmiştir. Aile konutu başlığını taşıyan ve birbirleriyle neredeyse aynı olan bu hükümlerin amacı, kiracı sıfatı bulunmayan diğer eşi ve aile fertlerini aile konutunu kiraya veren eşin keyfi davranışlarına karşı korumak, muhtemel hak kayıplarının ve mağduriyetlerin önüne geçmektir²³. Bu doğrultuda bu çalışma çerçevesinde öncelikle bu hükümleri her bir fıkra özelinde ayrıntılı bir şekilde incelemek gerekir.

Türk Medeni Kanunu m. 194/l'de "*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez*" hükmüne yer verilmiş, benzer bir hüküm konut kiralalarına ilişkin TBK m. 349/l'de taşınmaz vurgusu eklenerek düzenlenmiştir²⁴. Bu hükmün lafzı sadece kira sözleşmesinin "*feshi*"²⁵ ile ilgili olsa da hükmün amacından (*ratio legis*), diğer eşin rızası alınmadan yapılan ve fesih

sayılı kararı: "*Aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır.*", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 23.07.2024); Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 19.11.2020 tarihli, E. 2020/3829, K. 2020/5916 sayılı kararı: www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 25.07.2024).

²² ŞİPKA, Şükran: "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 35/1, 2015, s. 50 ["Hukuki İşlem Özgürlüğü"]; ŞİPKA, Aile Konutu, s. 26. Aslında tasarruf yetkisi sınırlaması, öğretide ifade edildiği üzere, geniş anlamda hukuki işlem özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlamadır. Nitekim hukuki işlem özgürlüğü sınırlaması, bir fiil ehliyeti sınırlamasıyla gerçekleştirilebileceği gibi, bir tasarruf yetkisi sınırlaması veya belirli bir içerik veya amaçla yapılan işlemlerin geçersiz sayılması yoluyla da gerçekleştirilebilir. Bkz. GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 36-37. Krş. KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 3-5; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 189; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 50.

²³ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 347; YILDIRIM, s. 63.

²⁴ TBK m. 349/l hükmü, amacı (*ratio legis*) çerçevesinde sadece konut kiralalarına uygulanabilir, iş yeri kiralalarına uygulanamaz. Bkz. HÜSEYİN, s. 183; BARLAS, s. 234.

²⁵ Kira sözleşmesinin feshi denildiğinde hem "*olağan feshi*" hem de "*haklı sebeplere dayalı olağanüstü feshi*" anlamak gerekir. Bu çerçevede TBK m. 328'deki belirsiz süreli kira sözleşmelerinde fesih bildirimini, TBK m. 331'deki önemli sebeplerle olağanüstü feshi ve konut kiralalarına ilişkin TBK m. 347 vd. kiracıya tanınan fesih imkanını zikretmek gerekir. Bkz. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 347. Aynı yönde bkz. BARLAS, s. 246; GÜMÜŞ, Kira

sonucunu doğuran; yazılı tahliye taahhüdünde bulunmak²⁶, ikale sözleşmesi yapmak, sözleşmeyi uzatma opsiyonu mahiyetindeki hakkı kullanmamak, konutu kullanma imkanını zamansal veya mekânsal olarak sınırlayan/daraltan tadil sözleşmeleri yapmak ve açılmış tahliye davasını kabul etmek işlemlerinin de geçersiz olacağı anlaşılmaktadır²⁷. Burada geçersizlik türü olarak askıda geçersizlik (noksanlık) söz konusudur²⁸. Diğer eş işlem yapıldıktan sonra rızasını açıklarsa (icazet verirse) işlem yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur; buna karşılık, diğer eş icazet vermezse işlem artık yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz (batıl) hale gelir²⁹.

Türk Medeni Kanunu m. 194/l'de öngörülen rızanın şekli konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle rıza yazılı veya sözlü olabilir³⁰. Keza diğer eşin rızası işlemin yapıldığı anda alınabileceği gibi işlemin yapılmasından sonra da (icazet şeklinde) verilebilir³¹. Ancak hükmün lafzında açık rıza aranmış olduğundan, örtülü rıza işlemi geçerli hale getirmez³². Keza diğer eş kendisine sağlanan bu haktan önceden feragat edemeyeceği gibi, önceden verilen genel ve soyut bir rıza beyanı da geçerli olmaz³³. Ayrıca, rızaya ilişkin TMK m. 194 ve TBK m. 349 hükümleri emredici nitelikte olup

Sözleşmesi, s. 58. Ancak kiracı eş değil, kiraya veren sözleşmeyi haklı sebeplere dayanarak feshetmek isterse doğal olarak bu hüküm uygulanmaz. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2023 [Borçlar Hukuku], s. 302.

²⁶ Buradaki “*fesih*” sözcüğünün özellikle yazılı tahliye taahhüdünü de kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği yönünde öğretide ve uygulamada görüş birliği vardır. Bkz. AKÇAAL, Mehmet: “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII/2, 2022, s. 957; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 183; YENİOCAK, s. 111; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 11-12; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 57-58; ŞİPKA, Aile Konutu, s. 136; DOĞAN, “Aile Konutu”, s. 295, dn. 50; DOĞAN, “Yenilikler”, s. 107; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 58; HÜSEYİN, s. 182. Yargıtay’ın da aynı görüşte olduğu görülmektedir. Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 06.06.2011 tarih ve E: 2010/20730, K: 2011/9844 sayılı kararı: www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.07.2024).

²⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 347-348. Aynı yönde bkz. BARLAS, s. 246; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 58-59.

²⁸ BARLAS, s. 241; DOĞAN, “Aile Konutu”, s. 291; DOĞAN, “Yenilikler”, s. 108; HÜSEYİN, s. 173-174 ve 189; OĞUZMAN/BARLAS, s. 223-225. Buna karşılık, “*butlan benzeri kendine özgü hükümsüzlük*” görüşü için bkz. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 185. Gerek TMK m. 194 gerek TBK m. 349’da kira sözleşmesinin feshinin hukuki sonucu hakkında bir hükme yer verilmemiştir. İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 266o’da ise bu konu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu maddeye göre, diğer eşin rızası alınmadan kira sözleşmesinin feshedilmesi işlemi batıldır (nichtig). Bkz. KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 12; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 58; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 196; ŞİPKA, Aile Konutu, s. 144. Krş. HÜSEYİN, s. 173 vd.

²⁹ BARLAS, s. 241-242. İcazet verilip verilmeyeceğinin henüz belli olmadığı devrede ise işlemde noksanlık vardır ve hâkim bu noksanlığı resen nazara almakla yükümlüdür. Bkz. OĞUZMAN / BARLAS, s. 223-225; HÜSEYİN, s. 174.

³⁰ DOĞAN, “Aile Konutu”, s. 291; DOĞAN, “Yenilikler”, s. 108; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 190; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 6; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 51; YILDIRIM, s. 63.

³¹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 348; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 190; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 6; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 51. Bu anlamda kira sözleşmesine taraf olmayan eş, tahliye taahhüdüne yönelik açık rızasını, taahhüt metnini kiracı eşle birlikte imzalama şeklinde verebileceği gibi sonradan da beyan edebilir. Bkz. YENİOCAK, s. 112.

³² DOĞAN, “Aile Konutu”, s. 291; DOĞAN, “Yenilikler”, s. 108; YILDIRIM, s. 63; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 349; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 190; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 6; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 51. Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.05.2015 tarih, E: 2013/2-2306, K: 2015/1356 sayılı kararı: www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 23.07.2024); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.04.2015 tarih, E: 2013/2-2056, K: 2015/1201 sayılı kararı: www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 23.07.2024).

³³ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 349; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 59; HÜSEYİN, s. 169. Aynı yönde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 19.11.2020 tarihli, E. 2020/3829, K. 2020/5916 sayılı kararı: “Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, “Emredici” niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin

aksi kararlaştırılmaz ve hangi mal rejimi seçilmiş olursa olsun uygulanır³⁴. Feshin diğer eşin rızasına tabi olmasının fesih anında konutun aile konutu niteliğinin devam etmesine bağlı olduğunu da eklemek gerekir. Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere konut fesih sırasında aile konutu özelliğini yitirmişse (örneğin, eşlerin boşanma davası kesinleşmişse) bu rıza aranmaz³⁵. Ancak fiili veya hukuki ayrılık sürecinde de bu rızanın aranacağı öğretide kabul edilmektedir³⁶.

Türk Medeni Kanunu m. 194 ve TBK m. 349 hükmünün ikinci fıkrasında ise rızanın verilmemesinin hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/II) teşkil ettiği durumlarda hâkimin müdahalesi imkânı getirilmiştir. Bu rızanın alınmasının mümkün olmadığı durumlara örnek olarak, diğer eşe ulaşılamaması, vaktinde ulaşmanın mümkün olmaması, nerede olduğunun veya yaşadığının bilinmemesi gibi halleri; haklı bir sebep olmaksızın diğer eşin rıza vermekten kaçındığı durumlara örnek olarak ise konutun sağlık şartlarına uygun olmaması, iş yerine uzak olması, kira bedelinin yüksek olması, konutun satılması halinde aile için daha uygun bir konutun alınabilecek olması gibi halleri göstermek mümkündür³⁷. Ancak bu gibi durumlarda hâkimin müdahalesi sonucunda verilen karar, sadece kiracı eşi tek başına işlem yapma hususunda yetkilendirici niteliktedir; yoksa bizzat onun irade beyanı yerine geçmez³⁸.

Türk Medeni Kanunu m. 194 ve TBK m. 349 hükmünün son fıkrasında ise kira sözleşmesine taraf olmayan eşe kiraya verene yapacağı bir bildirimle sözleşmenin tarafı olma hakkı tanınmış; böylece sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin genelden (TBK m. 1) sapılarak kanun gereği bir teselsül hali (TBK m. 162/II) oluşturulmuştur³⁹. Kira sözleşmesine taraf olmayan eşin bu hakkı kullanması, sözleşme ilişkisinde artık iki kiracının (birlikte kiracılığın) varlığının söz konusu olduğunu ve kiraya verenin göndereceği ihtar ya da yapacağı icra takibi veya açacağı davayı artık her iki kiracıya birden yöneltmek zorunda olduğunu ifade eder (TBK m. 349/III)⁴⁰. Bu anlamda TMK m. 194/I-II ve TBK m. 349/I-II

anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak "Belirli olan" bir işlem için verilebilir.", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 25.07.2024).

³⁴ DOĞAN, "Aile Konutu", s. 291; DOĞAN, "Yenilikler", s. 107; YILDIRIM, s. 62; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 22; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 191; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 6; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 52. TMK m. 194 hükmü, mal rejimlerine ilişkin dördüncü bölümde değil, evliliğin genel hükümlerini düzenleyen üçüncü bölümde yer aldığı için eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun uygulama alanı bulur. Bkz. BARLAS, s. 231; AYAN, s. 63.

³⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 14.02.2019 tarih, E: 2018/6697, K. 2019/1098 sayılı kararı: "Evlilik, boşanma yahut da iptal kararıyla sona ermiş ise, Türk Medeni Kanunu'nun 194 maddesinin "Aile konutuna" sağladığı koruma sona erer, diğer eşin rızası alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır.", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 25.07.2024); Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 23.09.2019 tarih, E: 2019/3377, K. 2019/9048 sayılı kararı: www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 25.07.2024). Aynı yönde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; DOĞAN, "Yenilikler", s. 108; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 22.

³⁶ DOĞAN, "Aile Konutu", s. 291; DOĞAN, "Yenilikler", s. 108; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 22.

³⁷ DOĞAN, "Aile Konutu", s. 293. Ayrıntılı bilgi için bkz. HÜSEYİN, s. 176-177.

³⁸ KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 59; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 13; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 197; DOĞAN, "Aile Konutu", s. 294; DOĞAN, "Yenilikler", s. 110; HÜSEYİN, s. 177; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 349.

³⁹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 351; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 62; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 16; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 199; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 123; AYAN, s. 115-116.

⁴⁰ Nitekim kiracılar arasında zorunlu dava/takip arkadaşlığı mevcuttur. Bkz. YENİOCAK, s. 115. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2017 tarih ve E: 2016/12341, K: 2017/3837 sayılı kararı: "Somut olayda; taşınmazla ilgili olarak hakkında takip yapılan borçlunun eşi şikayetçinin taşınmazın aile konutu olduğunu alacaklıya ihtar ettiği ve sözleşmenin tarafı haline geldiği görülmektedir. Şikayetçi yasa gereğince kira sözleşmesinde kiracı olarak taraf olup, alacaklının takip talebinde taşınmazdan tahliye isteminin bölünemez borç

hükümleri eşlerden sadece birinin kiracı sıfatına sahip olduğu durumlarda söz konusuysen, TMK m. 194/son ve TBK m. 349/son hükümleri ise kiracı olmayan eşin sonradan kira sözleşmesine taraf olması halinde söz konusu olur. Dolayısıyla bu hükümlerin son fıkraları çerçevesinde eşlerin fesih hakkını zaten birlikte kullanmaları gerekeceğinden birinci ve ikinci fıkraların uygulanmasına gerek kalmaz. Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelmemesi durumunda ise, önceden de ifade edildiği üzere, kira sözleşmesinin feshi ve bu sonucu doğuran işlemlerin geçerliliği için diğer eşin de rızası şarttır (TMK m. 194/l, TBK m. 349/l). Dolayısıyla sadece kiracı eş tarafından verilen yazılı tahliye taahhütleri geçersizdir⁴¹. Ancak güncel Yargıtay içtihatları çerçevesinde bu işlemin geçerliliği, kanuna aykırı bir şekilde, diğer eşin taraf sıfatını kazanması (TMK m. 194/son ve TBK m. 349/son) şartına bağlanmış ve bu durum uygulamada hukuki bir “sorun” haline gelmiştir.

III. AİLE KONUTUNA İLİŞKİN YALNIZCA KİRACI EŞİN VERDİĞİ YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN GEÇERLİLİĞİ “SORUNU”

A. Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği üzere, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshi sonucunu doğuran işlemlerden biri de öğretide ve uygulamada “yazılı tahliye taahhüdü” olarak bilinen borçlandırıcı işlemdir⁴². TBK m. 352/l hükmüne göre yazılı tahliye taahhüdü, kiralanan konut veya çatılı iş yerinin tesliminden sonra kiracının kiralananı belirli bir tarihte boşaltmayı kiraya verene karşı yazılı olarak taahhüt etmesidir. Kanunda “boşaltmayı yazılı olarak üstlenme” şeklinde ifade edilen bu işlem neticesinde taahhüdünü yerine getirmeyen kiracıya karşı kiraya veren, sözleşmeyi bir ay içinde icra takibi veya dava yoluyla sona erdirmeye hakkına sahiptir (TBK m. 352/l). Dolayısıyla yazılı tahliye taahhüdü verilmesi, kiraya verene sebep göstermeksizin ve tazminat ödemeksizin konutu tahliye etme

olması sebebiyle kiracılar arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunmaktadır. Bu sebeple mahkemece HMK'nun 124. maddesi dikkate alınarak takip alacaklısına süre verilerek şikayetçiyi takibe borçlu sıfatı ile dahil etmesinin istenmesi bu husus yerine getirildiğinde şikayetin reddine, aksi halde takibin zorunlu takip arkadaşların tamamına yöneltilmemesi nedeni ile şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile istemin reddi isabetsizdir.”, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 22.07.2024); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 18.04.2018 tarih ve E: 2016/30367, K: 2018/3319 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.07.2024).

⁴¹ Aynı yönde bkz. SAĞLAM, İpek: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1, 2023, s. 35-36; YENİOCAK, s. 112; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 57-58; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 11-12; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 195-196.

⁴² Yazılı tahliye taahhüdünün hukuki niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte bu görüşlerden borçlandırıcı işlem görüşünü benimsemekteyiz. Bu görüşe göre yazılı tahliye taahhüdü, kiracıya belirtilen tarihte boşaltma yükümlülüğü getiren ve kiraya verene de kiracıdan boşaltmasını isteme hakkı veren bir borçlandırıcı işlemdir. Zira bu durumda kira sözleşmesi, icra yoluyla kiracının çıkarılması veya mahkemenin tahliye kararının kesinleşmesiyle sona erer. Bu anlamda yazılı tahliye taahhüdü verilmesini teknik anlamda bir tasarruf işlemi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Aynı yönde bkz. DOĞAN, Murat: “Kira Sözleşmesi”, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Editör: Prof. Dr. M. Turgut ÖZ, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023 [“Kira Sözleşmesi”], s. 343-344. Farklı görüşler için bkz. AKÇAAL, s. 954; SAĞLAM, s. 32-33. Ayrıca, yazılı tahliye taahhüdü sebebiyle kira sözleşmesinin son bulma anına ilişkin bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 15.11.2007 tarih ve E: 2007/13778, K: 2007/17232 sayılı kararı: “Kiracı, tahliye taahhütnamesine rağmen kiralayanı tahliye etmezse kira sözleşmesi devam eder. Sözleşme, açılan dava sonucunda verilen tahliye kararının kesinleşmesi ile son bulur. Haksız işgal tazminatına da kararın kesinleşmesinden sonra hükmedilmesi gerekir.”, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 22.07.2024).

imkânı sağlayacağından, kiracının kendisine kanun tarafından tanınan korumadan vazgeçmesi anlamına gelir⁴³. Bu sebeple bu taahhüdün geçerli olabilmesi için kanun koyucu bazı şartlar aramıştır.

Türk Borçlar Kanunu m. 352/1 hükmü çerçevesinde yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği için; bu taahhüdün yazılı olması, tahliye tarihini açıkça ihtiva etmesi, kiralananın tesliminden sonra verilmiş olması ve bizzat kiracı veya yetkili temsilcisi tarafından verilmiş olması gerekir⁴⁴. Bu şartların yanı sıra, TMK m. 194/1 ve TBK m. 349/1 hükümleri gereğince, ek bir şart daha aranmaktadır. Yukarıda ayrıntılı olarak incelenen bu şarta göre, kiralanan aile konutu niteliğindeyse kiracı olmayan eşin açık rızası alınmadan verilen yazılı tahliye taahhütleri geçersizdir. Dolayısıyla kiraya veren, aile konutuna ilişkin yalnızca kiracı eşin verdiği yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak tahliye talep edemez⁴⁵. Ancak önceden de ifade edildiği üzere, Yargıtay'ın bu hususta içtihat değişikliğine gittiği ve bu meselenin hukuki bir "sorun" haline geldiği görülmektedir. Bu doğrultuda, önceki ve güncel içtihatları çerçevesinde, Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşlerini incelemek ve sonuç olarak kişisel görüşümüzü belirtmek gerekir.

B. Yargıtay'ın Önceki İçtihadı

Yargıtay 2017 yılına kadarki kararlarında, istikrarlı bir şekilde, yazılı tahliye taahhüdüne dayanılarak açılan davalarda kiracı olmayan eşin aile konutu itirazında bulunması halinde, bu yerin aile konutu olduğunun tespitine yönelik olarak açılmış bir davasının ve aile mahkemesince yapılmış bir belirlemenin bulunup bulunmadığının araştırılması, sonucuna göre gerektiğinde kendisine aile mahkemesinde dava açma yetkisi ve imkanı verilmesi ve bu davanın tahliye davasında bekletici mesele yapılarak neticesine göre bir karar verilmesi gerektiği görüşündeydi. Yargıtay'ın bu içtihadını 12. Hukuk Dairesi'nin 20.12.2004 tarihli kararında⁴⁶, Hukuk Genel Kurulu'nun 26.10.2005 tarihli kararında⁴⁷, 12. Hukuk

⁴³ DOĞAN, "Kira Sözleşmesi", s. 340.

⁴⁴ Bu şartlar hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, "Kira Sözleşmesi", s. 341 vd. Yazılı tahliye taahhüdü (boşaltmayı üstlenme) nedeniyle tahliye davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KANIK, Hikmet: "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Tahliye", *Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (18-19 Mart 2023: İstanbul Türkiye)*, Editörler: Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Prof. Dr. Faruk Acar, Arş. Gör. Ayşe Melek Turhan, Arş. Gör. Rüveyda Çelik, Legal Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 316 vd.

⁴⁵ Aynı yönde bkz. KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 12; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 58; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 196; AYAN, s. 112-113.

⁴⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 20.12.2004 tarih, E: 2004/21730, K: 2004/26253 sayılı kararı: "Dairemizin süre gelen içtihatlarında benimsendiği üzere, boşanma gerçekleşse dahi eşlerden birisi diğerine karşı ve ona tebaen mecurda oturduğundan İİK'nın 276 /son madde hükmü gereğince 3. kişi sayılmazlar. Somut olayda, ilgili konutu şikayetçinin eşi 3. kişi takip alacaklısına satarak tahliye taahhüdünde bulunmuştur. Alacaklı, bu tahliye taahhüdüne dayanarak koca aleyhine icra takibinde bulunmuş ve onun itiraz etmemesi üzerine takibin kesinleştiği görülmektedir. Bu nedenlerle, şikayet konusu olayda İİK'nın 276/son maddesinin uygulama olanağı bulunmaktadır. Ne var ki, Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi aynen, (...) hükmünü içermektedir. Mahkemece, anılan madde koşullarında herhangi bir inceleme yapılmaksızın özellikle mecurun aile konutu niteliğinde olup olmadığı hususu araştırılmaksızın eksik incelemeyle sonuca gidilmesi isabetsizdir.", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 23.07.2024).

⁴⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.10.2005 tarih E: 2005/12-676, K: 2005/600 sayılı kararı: "(...) aile konutu özel bir konuma ve öneme sahip kılınmış ve üzerindeki tasarruf yetkisi yasa ile sınırlandırılmıştır. Takibe ve tahliyeye konu taşınmazın aile konutu olduğunun belirlenmesi halinde bu yasal gereklerin yerine getirilip getirilemediğinin araştırılması gerekecektir. Öyleyse, mahkemece öncelikle bu iddia üzerinde durulmalı ve şikayetçinin bu yerin "aile konutu" olduğunun tespitine yönelik olarak açılmış bir davasının ve aile mahkemesince yapılmış bir belirlemenin bulunup bulunmadığı, araştırılmalı; sonucuna göre gerektiğinde şikayetçiye tahliyesi

Dairesi'nin 13.05.2013 tarihli kararında⁴⁸ ve 2004 yılından itibaren verdiği diğer birçok kararında⁴⁹ açıkça görmek mümkündür.

C. Yargıtay'ın Güncel İçtihadı

2017 yılından itibaren verdiği kararlarda ise Yargıtay, bu hususta bir içtihat değişikliğine giderek, yazılı tahliye taahhüdüne dayalı olarak icra takibi veya dava süreci başlamadan önce kiracı olmayan eşin TMK m. 194/IV hükmüne istinaden bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelmesi gerektiği, aksi halde, sonrasında artık aile konutu itirazının dikkate alınamayacağı görüşünü benimsemiştir. Bu içtihat değişikliğini, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2018 tarihli kararında⁵⁰, 12. Hukuk Dairesi'nin 04.04.2023 tarihli kararında⁵¹ ve 2. Hukuk Dairesi'nin 22.02.2024 tarihli kararında⁵²

istenen taşınmazın aile konutu olduğunu ispata yönelik olarak aile mahkemesine dava açma yetkisi ve olanağı verilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.07.2024). Aynı şekilde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.10.2005 tarih ve E: 2005/12-652, K: 2005/583 sayılı kararı: www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

⁴⁸ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 13.05.2013 tarih ve E: 2013/11579, K: 2013/18318 sayılı kararı: "Takibe ve tahliye konu taşınmazın aile konutu olduğunun belirlenmesi halinde bu yasal gereklerin yerine getirilip getirilmediğinin araştırılması gerekecektir. Şikayetçi tarafından Bakırköy 4. Aile Mahkemesi'nin 2012/25 E. sayılı dosyası ile dava açıldığına göre, anılan davanın, tahliyesi istenen yerin "aile konutu" olduğunun tespitine yönelik olarak açıldığına belirlenmesi halinde, bu dava bekletici mesele yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir (H.G.K.'nin 26.10.2005 tarih ve 2005/12-676 E. 2005/600 K. sayılı ve 19.10.2005 tarih ve 2005/12-652 E. 2005/583 K. sayılı kararları)", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

⁴⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 24.05.2004 tarih ve E: 2004/8225, K: 2004/13095 sayılı kararı: "Medeni Kanununun 194. madde hükmüne göre (...). İcra Mahkemesince borçlu kocanın tahliye taahhüdü vermesi nedeniyle yapılan tahliyeyle ilişkin takipte müşteki karının yukarıda açıklanan madde hükmü gereğince 3. kişi sayılmayacağından anılan madde koşulların da şikayetin değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile icra müdürü işleminin iptaline yönelik şikayetin reddi isabetsizdir.", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 14.07.2024). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 08.11.2005 tarih ve E: 2005/15954, K: 2005/21806 sayılı kararı: www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.07.2024).

⁵⁰ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2018 tarih ve E: 2017/4794, K: 2018/11923 sayılı kararı: "Fer'i müdahilin Aile Mahkemesine başvuru tarihi 26/02/2016 olup icra takip tarihinden sonraya aittir. Kaldı ki Aile Mahkemesince verilen karar taşınmazın aile konutu olduğu hususuna dair olmadığı gibi tahsis kararı da davanın tarafı olmayan davacı alacaklıyı da bağlamaz. Zira T.M.K'nın 194. maddesinde, konutun eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmış ise sözleşmenin tarafı olmayan eşin, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline geleceği düzenlenmiştir. Bu durumda davaya konu kiralananın aile konutu olması halinde dahi fer'i müdahil talep eden eş takip tarihine kadar kiralayana bir bildirimde bulunmadığından kira sözleşmesinin tarafı haline gelmez. İcra takibinin haklılık durumu takip tarihi itibarıyla değerlendirilebilir.", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

⁵¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 04.04.2023 tarih ve E: 2022/9584, K: 2023/2309 sayılı kararı: "İcra Mahkemelerinin önlerine gelen uyumsuzluğu takip hukuku kurallarına göre ve basit usulde yargılama yaparak çözmekle görevli olduğu, takip hukukuna ilişkin uyumsuzlukları çözmeye görevini yerine getirirken bir başka dava dosyasının bekletici mesele yapılamayacağı... Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 5311 Sayılı Kanun'un ile değişik İİK'nın 364/2. maddesi göndermesiyle uygulanması gereken 6100 Sayılı HMK'nın 370. maddeleri uyarınca ONANMASINA...", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

⁵² Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 22.02.2024 tarih ve E: 2023/2876, K: 2024/1124 sayılı kararı: "Bölge Adliye Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; "Dava, aile konutu olduğu iddia edilen taşınmazı dava dışı kadın eşe kiralayan, kira sözleşmesinin diğer tarafı kiralayana karşı açılmıştır. 4721 Sayılı Kanun'un 194/1. maddesine göre, (...). 4721 Sayılı Kanun'un 194/son maddesine göre, (...). Davacı tarafça 4721 Sayılı Kanun'un 194/son maddesi uyarınca kira sözleşmesinin tarafı olduğuna ilişkin bir bildirimde bulunmadığına ilişkin ispatı ve iddiası yoktur. Davada mahkemenin de gerekçesinde açıklandığı üzere kira sözleşmesinin diğer tarafı olan ev sahibinin taraf sıfatı bulunmamaktadır." gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf talebinin esastan reddine karar

açıkça görmek mümkündür. Keza Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2017 ve 18.04.2018 tarihli kararlarında⁵³ ve Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 24.05.2022 tarihli kararında⁵⁴ da kiralanan taşınmazın tahliyesi talebiyle başlatılan takibe diğer eşin aile konutu şikayetinde bulunabilmesinin şartı olarak kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesinin arandığı görülmektedir. Bu kararlarda ayrıca, icra mahkemesinin dar yetkili bir mahkeme olmasından hareket edilerek, uyuşmazlıkları takip hukuku kurallarına göre çözmekle görevli olduğuna ve bir başka dava dosyasının bekletici mesele yapılamayacağına da vurgu yapılmıştır⁵⁵.

D. Kişisel Görüşümüz

Kanaatimizce Yargıtay'ın yukarı açıklanan güncel içtihadı aile konutuna ilişkin koruyucu düzenlemelerin amacına (*ratio legis*) aykırı olup yerinde değildir⁵⁶. Zira aile konutu, önceden de belirtildiği üzere, eşlerin aile yaşamlarının merkezi konumuna getirdikleri konutu ifade eder. Bu amaçla kullanılan konut, ister mülkiyeti eşlerden birine ait olsun ister kiralananmış olsun isterse sadece eşlerden biri tarafından kiralananmış ve diğer eş sözleşmeye taraf olmak için bildirimde bulunmamış olsun, bunlar konutun aile konutu niteliğini değiştirmez⁵⁷. Nasıl ki Yargıtay, mülkiyetle edinilen aile konutlarında şerhe kurucu değil açıklayıcı bir mahiyet atfediyorsa⁵⁸, kira yoluyla edinilen aile konutlarında da diğer eşin bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesine aile konutu nitelemesi açısından kurucu bir mahiyet

vermek gerekmiştir. (...) Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 6100 Sayılı Kanun'un 370. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMASINA...", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

⁵³ Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2017 tarih ve E: 2016/12341, K: 2017/3837 sayılı kararı ve 18.04.2018 tarih ve E: 2016/30367, K: 2018/3319 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.07.2024).

⁵⁴ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 24.05.2022 tarih ve E: 2022/1054, K: 2022/1010 sayılı kararı: "T.M.K.nın 194. maddesinde, (...) düzenlenmiştir. Bu durumda dava konusu kiralananın aile konutu olması halinde dahi dava dışı eş takip tarihine kadar kiralayana bir bildirimde bulunmadığından (dava dışı eşin bildirimini takip tarihinden sonra) kira sözleşmesinin tarafı haline gelmez. İcra takibinde haklılık durumunun takip tarihi itibarıyla değerlendirilmesi gerektiğinden mahkemece açılan davanın bekletici mesele yapılmaması da yerindedir. (Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 02/05/2018 tarih 2017/4794 esas 2018/11923 karar)", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

⁵⁵ İcra mahkemesinin, şekli bir inceleme yapmakla yetkilendirilmesi hasebiyle, diğer eşin rızasını ihtiva etmeyen yazılı tahliye taahhüdünün geçersizliğini inceleyip inceleyemeyeceği ve aile konutunun tespitine ve tahliye taahhüdünün geçersizliğine yönelik açılan bir davanın icra mahkemesince bekletici mesele yapıp yapılamayacağı hususları tartışılmalıdır. Çalışmamızın kapsamı dışında kalan bu tartışmalar hakkında detaylı bir çalışma için bkz. BÜYÜKAY, Ferhat / KARTAL, Bünyamin: "Aile Konutu Niteliğindeki Kiralananın İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesinde Ortaya Çıkan Sorunlar", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1, 2024, s. 301 vd.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. BÜYÜKAY / KARTAL, s. 297-298; YENİOCAK, s. 115.

⁵⁷ DOĞAN, "Yenilikler", s. 111, dn. 101; DOĞAN, "Aile Konutu", s. 296, dn. 56.

⁵⁸ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.04.2023 tarih ve E: 2022/761, K: 2023/379 sayılı kararı: "Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde öngörülen sınırlandırma, taşınmazın tapu kaydına aile konutu şerhi konulduğu için değil, konut aile konutu vasfı taşıdığı için getirilmiştir. Bu sebeple taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhi bulunmasa bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Nitekim aile konutu şerhi kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.07.2024). Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.10.2022 tarih ve E: 2019/2-765, K. 2022/1369 sayılı kararı: www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.07.2024).

atfetmek mümkün değildir⁵⁹. Keza, bu anlamda, hakkında bir mahkeme kararı bulunmayan konutun aile konutu olarak kabul edilemeyeceği yönündeki görüş de kanaatimizce yerinde değildir⁶⁰.

Türk Medeni Kanunu m. 194/IV ve TBK m. 349/III hükümleri çerçevesinde sözleşmenin tarafı olmayan eşe kurucu yenilik doğuran hak niteliğinde olan bir bildirimle sözleşmenin tarafı olma "hakki" tanınmıştır⁶¹. Bu sonuç söz konusu hükümlerin hem lafzı hem de amacından (*ratio legis*) açıkça anlaşılmaktadır. Bu hakkı bir "külfet" olarak yorumlayarak kiraya verene bildirim yapmayan eşin yazılı tahliye taahhüdüne aile konutu itirazında bulunma hakkını kaybedeceğini ileri sürmek, bu hakkı kullanmayan eş bir nevi cezalandırmakta ve kanuna aykırı bir uygulamaya sebebiyet vermektedir⁶². Ayrıca, öğretide GÜMÜŞ'ün de isabetle belirttiği üzere, eşinin akdettiği kira sözleşmesi üzerinde TMK m. 194/I'ın tanıdığı feshe izin verme yetkisi çerçevesinde zaten etkili olabilen bir eşin hiçbir zaman için ayrıca müteselsil sorumlu olarak söz konusu kira sözleşmesinin tarafı haline gelmek istemeyeceği de açıktır⁶³. Bir hüküm yorumlanırken hukuk sistematigi gözetilmeli ve o hükmün kanundaki diğer hükümlerle ilişkisi doğru kurulmalıdır. Yargı yükünü azaltmak veya başka gerekçelerle bu hususta ek bir şart öngörülmek isteniyorsa bunun en doğru yolu, kanaatimizce, kanun değişikliğidir.

Olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 266n ve 266o hükümlerinden hareketle, kiraya verenin aile konutuna ilişkin yapacağı fesih, fesih bildirim ve fesih ihtarına bağlı süre tespitlerinin geçerliliğini bunların diğer eşe de bildirilmesine bağlayan bir kanun değişikliği Türk hukuku bakımından da gerçekleştirilebilir⁶⁴. Böylece, aile konutuna ilişkin koruyucu düzenlemelerin amacına da uygun olarak, diğer eş yerine kiraya verene bu hususta bir bildirim külfeti yüklenmiş ve yazılı tahliye taahhüdüne dayalı olarak takip veya dava tarihinden önce sözleşmeye taraf olmayan eşin bu taahhüden haberdar olması sağlanmış olur. Böyle bir kanuni düzenlemenin getirilmesinin, diğer eşin ve aile bireylerinin kira sözleşmesiyle edinilen aile konutlarına ilişkin güncel Yargıtay içtihatları karşısında oluşan muhtemel hak kayıplarını ve mağduriyetlerini giderici bir mahiyet arz edebileceği kanaatindeyiz.

⁵⁹ Aynı yönde bkz. BÜYÜKAY / KARTAL, s. 296.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. YENİOCAK, s. 115; BÜYÜKAY / KARTAL, s. 304. Aksi yönde bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 08.05.2005 tarih ve E: 2006/2915, K: 2006/4944 sayılı kararı: "(...) Medeni Kanununun 194.maddesi anlamında "aile konutu"ndan söz edilebilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından, kiracı olunan yerin "aile konutu" olarak özgülendiğine dair karar verilmiş olması gereklidir.", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.07.2024).

⁶¹ Aynı yönde bkz. AYAN, s. 116; YENİOCAK, s. 115.

⁶² Aynı yönde bkz. YENİOCAK, s. 115. TMK m. 194/son hükmü gereğince bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelmeyi eşe tanınmış bir hak olarak yorumladığı halde bu hakkını kullanmayan eşin yazılı tahliye taahhüdüne dayalı olarak açılan aile konutunun tespitine yönelik davalarda hukuki yararının olmadığı yorumunu yapan görüşe ise katılmamaktayız. İlgili görüş için bkz. SERT SÜTÇÜ, Selin: "Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralanın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar-Çözüm Önerileri)", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/2, 2023, s. 1504.

⁶³ Yazar, bu açıdan, TMK m. 194/IV hükmünü "ölü" bir hüküm olarak değerlendirmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 62; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s. 25, dn. 52. Aynı doğrultuda bkz. ŞIPKA, Aile Konutu, s. 148. Krş. AYAN, s. 115, dn. 187.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 63-64; AYAN, s. 115-116, dn. 187.

SONUÇ

Aile konutu, hukuken geçerli bir evlilik ilişkisi içerisinde bulunan karı ve kocanın sürekli olarak birlikte yaşadığı, konut olarak kullanmaya elverişli taşınır veya taşınmaz yerdir. Kanun koyucu TMK m. 193 gereğince eşlerin hukuki işlem serbestisi ilkesini benimsemiş, TMK m. 194 gereğince ise bu ilkeye ve borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan sözleşmenin nisbiliği ilkesine önemli bir istisna getirmiştir. Böylece belirli işlemler yönünden eşlerin tasarruf yetkileri kanun gereği sınırlandırılmıştır. TMK m. 194/1 gereğince eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez. Bu hükmü tamamlayan ve neredeyse birebir aynı olan diğer bir hüküm ise kira sözleşmesine ilişkin TBK m. 349/1'dir. Kira sözleşmesi yoluyla edinilen aile konutlarına ilişkin yasal korumayı düzenleyen bu hükümlerin amacı, kira sözleşmesinin feshini kiracı sıfatı bulunmayan diğer eşin rızasına bağlayarak, kiraya veren eşin keyfi davranışlarına karşı evlilik birliğini, çocukları ve kamusal menfaati korumak; böylece, muhtemel hak kayıplarının ve mağduriyetlerin önüne geçmektir.

Türk Medeni Kanunu m. 194/1 ve TBK m. 349/1 hükmündeki “*fesih*” ifadesi geniş yorumlamak ve kira sözleşmesinin feshi sonucunu doğuran ve “*yazılı tahliye taahhüdü*” olarak adlandırılan borçlandırıcı işleme de teşmil etmek gerekir. Dolayısıyla, TMK m. 194/1 ve TBK m. 349/1 hükümleri gereğince, kiralanan aile konutu niteliğindeyse kiracı olmayan eşin açık rızası alınmadan verilen yazılı tahliye taahhütleri geçersizdir. Burada kanaatimizce askıda geçersizlik (noksanlık) yaptırımını söz konusudur. Diğer eş işlem yapıldıktan sonra rızasını açıklarsa (icazet verirse) işlem yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur; buna karşılık, diğer eş icazet vermezse işlem artık yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz (batıl) hale gelir. Ancak güncel Yargıtay içtihatları çerçevesinde bu işlemin geçerliliği, hatalı olarak, diğer eşin taraf sıfatını kazanması şartına (TMK m. 194/son ve TBK m. 349/son) bağlanmış ve bu durum uygulamada hukuki bir “*sorun*” haline gelmiştir.

Yargıtay'ın çalışmamızda incelenen güncel içtihadı aile konutuna ilişkin koruyucu düzenlemelerin amacına (*ratio legis*) ve hukuk sistematığına aykırı olup kanaatimizce yerinde değildir. Zira konutun aile konutu niteliği, diğer eşin sözleşmeye taraf olmak için bildirimde bulunması şartına bağlanamaz. Keza, konutun aile konutu niteliğine bürünmesi eşlerin fiilî kullanımı neticesinde mümkün olduğundan, hakkında bir mahkeme kararı bulunmayan konutun aile konutu olarak kabul edilemeyeceği de söylenemez. Diğer taraftan, TMK m. 194 ve TBK m. 349'un son fıkraları çerçevesinde, sözleşmenin tarafı olmayan eşe kurucu yenilik doğuran hak niteliğinde olan bir bildirimle sözleşmenin tarafı olma “*hakki*” tanınmıştır. Bu hakkı bir “*külfet*” olarak yorumlayarak kiraya verene bildirim yapmayan eşin yazılı tahliye taahhüdüne aile konutu itirazında bulunma hakkını kaybedeceğini ileri sürmek, bu hakkı kullanmayan eşi bir nevi cezalandırmakta ve kanuna aykırı bir uygulamaya sebebiyet vermektedir.

Olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 266n ve 266o hükümlerinden hareketle, kiraya verenin aile konutuna ilişkin yapacağı fesih, fesih bildirim ve fesih ihtarına bağlı süre tespitlerinin geçerliliğinin, bunların diğer eşe de bildirilmesine bağlayan bir kanun değişikliği kanaatimizce Türk hukuku bakımından da gerçekleştirilmelidir. Böylece, aile konutuna ilişkin koruyucu düzenlemelerin amacına (*ratio legis*) uygun olarak, diğer eş yerine kiraya verene bu hususta bir bildirim külfeti yüklenmiş ve yazılı tahliye taahhüdüne dayalı olarak takip veya dava tarihinden önce

sözleşmeye taraf olmayan eşin bu taahhütten haberdar olması sağlanmış olur. Böyle bir kanuni düzenlemenin getirilmesi, kanaatimizce, diğer eşin ve aile bireylerinin kira sözleşmesiyle edinilen aile konutlarına ilişkin güncel Yargıtay içtihatları karşısında oluşan muhtemel hak kayıplarını ve mağduriyetlerini giderici bir mahiyet arz edebilir.

KAYNAKÇA

AKÇAAL, Mehmet: “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII/2, 2022, s. 949-979.

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Türk Medenî Hukuku: Aile Hukuku – İkinci Cilt*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.

AYAN, Serkan: *Evlilik Birliğinin Korunması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.

AYDOĞDU, Murat / TUNCER, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

BARLAS, Nami: “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, *Makalelerim: Cilt I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 223-261.

BÜYÜKAY, Ferhat / KARTAL, Bünyamin: “Aile Konutu Niteliğindeki Kiralananın İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1, 2024, s. 291-319.

DOĞAN, Murat: “Kira Sözleşmesi”, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Editör: Prof. Dr. M. Turgut ÖZ, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023 [“Kira Sözleşmesi”].

DOĞAN, Murat: “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, VI/1-4, 2002, s. 285-300 [“Aile Konutu”].

DOĞAN, Murat: “Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52/4, 2003, s. 93-129 [“Yenilikler”].

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borç Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 [Kira Sözleşmesi].

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007 [Yeni Şerhler].

HÜSEYİN, İhsan: “Medenî Kanunun 194. Maddesinde Yer Alan Sınırlamanın Hukukî Niteliği”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/2, 2018, s. 167 – 195.

KANIK, Hikmet: “Güncel Yargıtay Kararları Işığında Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Tahliye”, *Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (18-19 Mart 2023: İstanbul Türkiye)*, Editörler: Prof. Dr.

Cevdet Yavuz, Prof. Dr. Faruk Acar, Arş. Gör. Ayşe Melek Turhan, Arş. Gör. Rüveyda Çelik, Legal Yayıncılık, İstanbul 2023.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2024 [Aile Hukuku].

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2023 [Borçlar Hukuku].

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, Ankara 2014 [Yenilikler].

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002 [Diğer Eşin Rızası].

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: Medeni Hukuk (Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023.

ÖKTEM, Seda: "Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 67, 2006, s. 317-338.

SAĞLAM, İpek: "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1, 2023, s. 29-47.

SERT SÜTÇÜ, Selin: "Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralanın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar - Çözüm Önerileri)", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/2, 2023, s. 1491-1516.

ŞİPKA, Şükran: "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 35/1, 2015, s. 47-58 ["Hukuki İşlem Özgürlüğü"].

ŞİPKA, Şükran: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), Beta Yayıncılık, İstanbul 2004 [Aile Konutu].

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.

YENİOCAK, Umut: Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Fesih ve Tahliye Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara 2023.

ZEVKLİLER, Aydın/CUMALIOĞLU, Emre/ACABEY, M. Beşir: Medeni Hukuk – III Aile Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 24.05.2022 tarih ve E: 2022/1054, K: 2022/1010 sayılı kararı.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 04.04.2023 tarih ve E: 2022/9584, K: 2023/2309 sayılı kararı.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 08.11.2005 tarih ve E: 2005/15954, K: 2005/21806 sayılı kararı.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 13.05.2013 tarih ve E: 2013/11579, K: 2013/18318 sayılı kararı.



- Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2017 tarih ve E: 2016/12341, K: 2017/3837 sayılı kararı.
- Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 18.04.2018 tarih ve E: 2016/30367, K: 2018/3319 sayılı kararı.
- Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 20.12.2004 tarih ve E: 2004/21730, K: 2004/26253 sayılı kararı.
- Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 24.05.2004 tarih ve E: 2004/8225, K: 2004/13095 sayılı kararı.
- Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 19.11.2020 tarih ve E: 2020/3829, K: 2020/5916 sayılı kararı.
- Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 22.02.2024 tarih ve E: 2023/2876, K: 2024/1124 sayılı kararı.
- Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 23.09.2019 tarih ve E: 2019/3377, K: 2019/9048 sayılı kararı.
- Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 15.11.2007 tarih ve E: 2007/13778, K: 2007/17232 sayılı kararı.
- Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 08.05.2005 tarih ve E: 2006/2915, K: 2006/4944 sayılı kararı.
- Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2018 tarih ve E: 2017/4794, K: 2018/11923 sayılı kararı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2015 tarih, E: 2013/2-2056, K: 2015/1201 sayılı kararı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.05.2015 tarih, E: 2013/2-2306, K: 2015/1356 sayılı kararı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.10.2005 tarih ve E: 2005/12-652, K: 2005/583 sayılı kararı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.10.2022 tarih ve E: 2019/2-765, K: 2022/1369 sayılı kararı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.04.2023 tarih ve E: 2022/761, K: 2023/379 sayılı kararı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.10.2005 tarih ve E: 2005/12-676, K: 2005/600 sayılı kararı.



BANGLADEŞ ULUSLARARASI SUÇLAR MAHKEMESİNİN EKSİKLİKLERİNİN ULUSLARARASI CEZA ADALETİ İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE SHORTCOMINGS OF THE INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL OF BANGLADESH WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE PRINCIPLES

Dr. Öğr. Üyesi ASM Mahmudul HASAN*

Prof. Dr. Ali ASKER**

ÖZET

2009 yılında kurulan Bangladeş Uluslararası Suçlar Mahkemesi (ICT-BD), Pakistan ile Bangladeş arasındaki 1971 savaşı sırasında işlenen ağır suçları ele almaktan sorumludur. Yerel bir mahkeme olarak, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar gibi suçlar üzerinde yargı yetkisini kullanmaktadır. Mahkeme, 1973 tarihli Uluslararası Suçlar Yasası uyarınca kurulmuştur ve uyruklarına bakılmaksızın bireylere, gruplara, kuruluşlara veya herhangi bir askeri, savunma veya yardımcı kuvvetin üyelerine karar verme ve bunlar hakkında ceza uygulama yetkisine sahiptir. Belirtilen bu bireyler, gruplar ve kuruluşlar, kanunun yürürlüğe girmesinden önce ve sonra Bangladeş topraklarında belirtilen suçlardan herhangi birini işlemiş veya işlemeye mahkûm edilmişlerse sorumlu tutulacaklardır. Bugüne kadar ICT-BD, 71'i ölüm cezası olmak üzere 103 mahkumiyetle sonuçlanan kırk iki davayı yürüttü ve şimdiye kadar altı kişiyi idam etti. Bu araştırma, uluslararası ceza adaleti ilkeleriyle karşılaştırarak ICT-BD'nin hukuki ve operasyonel eksikliklerinin eleştirel bir incelemesini sunmaktadır. Ayrıca bu makale, ICT-BD ile Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICC) ve aynı amaçla kurulan Nüremberg, Tokyo, Yugoslavya, Ruanda ve Sierra Leone'deki mahkemeler arasında olan önemli farklılıkları ortaya koymaktadır. Bu karşılaştırmalı analiz ICT-BD mahkemesinin birçok eleştiri konularından, iktidar hükümetinin müdahalesi, yetersiz savunma mekanizmaları, kusurlu delil prosedürleri, tanıkların tahrif edilmesi, yargıçların tarafsızlığı sorunları, savcılığın suiistimali ve eksik prosedür ile ölüm cezasının uygulanması gibi eleştirilerin altını çizmektedir. Aynı şekilde bu çalışmada, ICT-BD'nin uluslararası kabul görmüş standartlara ne kadar uyup-uymadığına dair bir değerlendirme sunmaya ve uluslararası ceza adaleti bağlamında onun sınırlamalarını aydınlatmaya çalışılmıştır. Bu çalışmada temellendirilmiş teori, söylem analizi ve yorumlayıcı fenomenolojik analiz gibi nitel araştırma metodolojilerini kullanarak çalışılmıştır. Bu analiz yalnızca mahkemenin uluslararası normlardan farklılıklarını tanımlamakla kalmamakta, aynı zamanda potansiyel reformlar da önermektedir. Amaç, savaş suçları mahkemelerinin etkinliği ve adilliği konusunda devam eden küresel tartışmayı zenginleştirmek ve adalet mekanizmalarının evrensel yasal standartlara uyacak şekilde nasıl daha iyi uyarlanabileceğine dair değerli bilgiler sağlamaktır.

* Karabük Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Karabük, Türkiye ✉Ass. Prof., Karabuk University, Department of International Relations, International Law Department, Karabuk, Türkiye. ✉ abusalehhasan@karabuk.edu.tr • ORCID_0000-0001-8833-5101

** Karabük Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Siyaset Anabilim Dalı, Karabük, Türkiye ✉Professor, Karabuk University, Department of International Relations, International Politics Department, Karabuk, Türkiye. ✉ aliasker@karabuk.edu.tr • ORCID_0000-0003-1801-3371

Bu söylem aracılığıyla makale, ulusal mahkemelerin uluslararası hukuktaki etkinliğine ilişkin bilgi birikimine önemli ölçüde katkıda bulunmayı amaçlamakta ve küresel adalet ve hesap verebilirlik beklentilerini karşılayacak şekilde gelişmenin yollarını önermektedir.

Anahtar Kelimeler: Bangladeş Uluslararası Suçlar Mahkemesi (ICT-BD), Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Bangladeş, Savaş Suçları Davaları, Uluslararası Ceza Adaleti.

ABSTRACT

The International Crimes Tribunal of Bangladesh (ICT-BD), established in 2009, is responsible for addressing the grave offenses committed during the 1971 war between Pakistan and Bangladesh. As a domestic tribunal, it exercises jurisdiction over serious crimes including war crimes, crimes against humanity, and other egregious offenses. The tribunal was established pursuant to The International Crimes (Tribunals) Act of 1973 and is vested with the authority to adjudicate and impose sanctions on individuals, groups, organizations, or members of any military, defense, or auxiliary forces, irrespective of their nationality. These entities are held accountable if they have committed, or are adjudged to have committed, any of the crimes specified within the territory of Bangladesh, both prior to and after the enactment of the Act. To date, the ICT-BD has presided over forty-two cases, which have resulted in 103 convictions, among them 71 death sentences, and six of these have been executed. This research provides a critical examination of the ICT-BD's legal and operational shortcomings when viewed against international criminal justice principles. This paper draws important parallels and contrasts with several notable international tribunals such as the International Criminal Court (ICC), the Nuremberg and Tokyo Trials, and tribunals established for addressing conflicts in Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone. This comparative analysis serves to underscore the criticism which includes governmental interference, inadequate defense mechanisms, flawed evidence procedures, witness tampering, judge neutrality issues, prosecutorial misconduct, and the contentious use of the death penalty following questionable trials. By investigating these areas, the study endeavors to offer an in-depth evaluation of how well the ICT-BD adheres to internationally recognized standards, thereby illuminating its limitations within a wider context of international criminal justice. Employing qualitative research methodologies such as grounded theory, discourse analysis, and interpretative phenomenological analysis, the paper scrutinizes these criticisms. This analysis not only delineates the tribunal's discrepancies from international norms but also proposes potential reforms. The goal is to enrich the ongoing global discussion concerning the effectiveness and fairness of war crimes tribunals, providing valuable insights into how justice mechanisms might be better tailored to conform to universal legal standards. Through this discourse, the paper aims to contribute significantly to the body of knowledge on the efficacy of national tribunals in international law, suggesting ways to evolve to meet global expectations of justice and accountability.

Keywords: International Crimes Tribunal of Bangladesh (ICT-BD), International Criminal Courts, Bangladesh, War Crimes Trial, International Criminal Justice.

I. Introduction

The International Crimes Tribunal of Bangladesh (ICT-BD), which was established in 2009, plays a pivotal role in addressing the severe violations committed during the 1971 conflict between Pakistan and Bangladesh. The foundation of the tribunal is deeply rooted in the political promises made during the 2008 general election¹. The Awami League (AL), having pledged to bring war criminals to justice, proceeded to fulfill this commitment after securing a decisive victory in December 2008, wherein they achieved a parliamentary majority exceeding two-thirds.

As a domestic judicial body, the ICT-BD holds the mandate to adjudicate over a range of severe offenses, including but not limited to, war crimes and crimes against humanity. Its establishment is grounded in The International Crimes (Tribunals) Act of 1973, which endows it with comprehensive authority to prosecute and penalize individuals, groups, organizations, or members of military, defense, or auxiliary forces². This jurisdiction is not constrained by the nationality of the accused, thus allowing the tribunal to hold accountable any entities that have committed, or are found guilty of committing, the enumerated crimes within the territorial bounds of Bangladesh, both preceding and subsequent to the enactment of the Act³.

The War Crimes Fact Finding Committee, which was charged with the responsibility of investigating and gathering evidence, completed its extensive report in 2008. This report was instrumental in identifying approximately 1,600 suspects, thereby laying the groundwork for subsequent prosecutorial actions by the tribunal⁴.

II. Background of the ICT-BD

In 2009, the Bangladesh Parliament undertook a significant amendment of the 1973 Act that authorized the establishment of the International Crimes Tribunal to ensure it was updated and relevant to contemporary standards. This legislative revision paved the way for the issuance of the first indictments

¹ BD Govt., “International Crimes Tribunal-1, Bangladesh,” accessed June 6, 2024, <https://www.ict-bd.org/ict1/indexdetails.php>.

² BD Govt.

³ Aftab, “The Role of International Crimes Tribunal Of Bangladesh In the Development of International Humanitarian Law,” *Bangladesh Journal of Law* 19, no. 1 (2021): 130.

⁴ BD Govt., “Introduction of Investigation Agency, International Crimes Tribunal,” accessed July 7, 2024, <https://ictbdinvestigation.gov.bd/>.

in 2010⁵. Nevertheless, the principal culprits of the war crimes—the Pakistani soldiers—remained beyond the jurisdictional reach of the tribunal⁶.

On 25 March 2009, the government resolved to prosecute war criminals under the ICT Act of 1973, intending to revise the legislation to conform with international legal standards for such proceedings. This amendment process entailed referring the Act to the Law Commission for thorough review by a panel of expert lawyers, judges, and academic scholars. Based on their recommendations, Parliament enacted the necessary amendments on 9 July 2009⁷.

The revisions to the Act included provisions for the prosecution of political parties that had opposed Bangladesh's liberation, holding them accountable under the same legal grounds as individuals. Additionally, the amendments empowered the government to appeal to the Appellate Division in instances where the tribunal acquitted a suspect. Consequently, on 25 March 2010, the government instituted a comprehensive legal framework comprising a three-judge tribunal, a seven-member investigative agency, and a twelve-member prosecution team to conduct trials under the updated ICT Act of 1973.

Since its establishment, the ICT-BD has adjudicated forty-two cases, resulting in 103 convictions. Of these convictions, 71 were sentenced to death, with six executions carried out to date. Despite these efforts, a 2013 poll conducted by AC Nielsen revealed a critical public perception, with over two-thirds of the Bangladeshi population considering the ICT to be "unfair" or "very unfair".

III. Criticism and Controversies

In November 2012, Brad Adams, the Asia branch director of Human Rights Watch, characterized the trials of alleged war criminals in Bangladesh as severely flawed, raising serious concerns about the independence and impartiality of the judges, as well as the overall fairness of the proceedings. The November 2012 report by Human Rights Watch underscored substantial deviations from established norms of fair trials⁸.

Adams emphasized that for the trials to be viewed as credible, it is imperative for the Bangladeshi government to uphold the rights of the accused, ensuring that legal representatives and witnesses are safeguarded from any form of intimidation or coercion. Toby Cadman, an international law expert and advisor to the leaders of Jamaat-e-Islami, also criticized the ICT, urging the international community to

⁵ Surabhi Chopra, "The International Crimes Tribunal in Bangladesh: Silencing Fair Comment," *Journal of Genocide Research* 17, no. 2 (April 3, 2015): 211–20, <https://doi.org/10.1080/14623528.2015.1027080>.

⁶ Aftab, "The Role of International Crimes Tribunal Of Bangladesh In the Development of International Humanitarian Law."

⁷ Md. Awal Hossain Mollah, "War Crimes Trials in Bangladesh: Justice or Politics?," *Journal of Asian and African Studies* 55, no. 5 (August 2020): 652–65, <https://doi.org/10.1177/0021909619890117>.

⁸ "Bangladesh: War Crimes Verdict Based on Flawed Trial" (Human Rights Watch, March 22, 2016), <https://www.hrw.org/>.

take prompt and decisive action to prevent injustices against Jamaat leaders, asserting that mere expressions of concern are insufficient⁹.

In January 2013, Adams expressed specific concerns regarding the case of Shukho Ranjan Bali, who was initially a prosecution witness in the trial of Delwar Hossain Sayeedi¹⁰. The defense alleged that Bali was expected to testify in their favor on November 5, 2012. On the day of his anticipated testimony, Bali was reportedly intercepted by police before entering the courthouse and was taken away in a white police van, according to eyewitness accounts.

Human Rights Watch condemned the Bangladeshi government for its lack of effort in locating Bali and for its inadequate response to the criticisms levied against the tribunal. This incident further highlighted the need for the government to ensure the protection and fair treatment of all individuals involved in the judicial process to maintain the integrity and credibility of the tribunal. In May 2013, Bali was found in an Indian prison, where he asserted that he had been kidnapped by the state and informed that both he and Sayeedi were marked for assassination¹¹. Bali's claims underscored serious allegations of state misconduct and targeted political violence, suggesting a broader context of legal and human rights violations¹².

In March 2013, *The Economist* published a critical assessment of the tribunal, emphasizing several significant concerns. The article pointed out instances of government interference in the judicial process, restrictions on public discourse, and the inadequate time allotted for the defense to prepare its case¹³. Additionally, it highlighted the troubling abduction of a defense witness and noted the resignation of a judge, which raised serious questions about his impartiality and the overall fairness of the proceedings. These critiques painted a picture of a deeply flawed legal process, casting doubt on the integrity of the tribunal's operations¹⁴.

The United Nations Human Rights Council expressed profound concern over the death sentences issued by the Bangladesh International Crimes Tribunal against two opposition leaders, including Matiur Rahman Nizami¹⁵. The Council highlighted that the tribunal's practices fell short of international standards for fair trials and due process.

In response to Nizami's execution, Türkiye took a strong stance by withdrawing its ambassador from Dhaka. Turkish President Recep Tayyip Erdogan vehemently condemned the execution, while a senior

⁹ "Bangladesh: War Crimes Verdict Based on Flawed Trial."

¹⁰ "Bangladesh: War Crimes Verdict Based on Flawed Trial."

¹¹ David Bergman, "Bangladesh War Crimes Tribunal in the Dock," *Al Jazeera*, 07 2013, <https://www.aljazeera.com/features/2013/7/15/bangladesh-war-crimes-tribunal-in-the-dock>.

¹² Bergman.

¹³ "Discrepancy in Dhaka," *The Economist*, August 12, 2012.

¹⁴ "Discrepancy in Dhaka."

¹⁵ "UN Concerned over Way of Handling Nizami's Case," *Prothom Alo*, December 5, 2026, <https://en.prothomalo.com/bangladesh/UN-concerned-over-way-of-handling-Nizami%E2%80%99s-case>.

Turkish diplomat described the action as a "huge mistake" by Bangladesh, underscoring the deep diplomatic rift it caused.

Furthermore, the United Nations Working Group on Arbitrary Detention criticized the Bangladeshi government for the arbitrary detention of the suspects and its refusal to grant them bail. The Working Group asserted that these actions violated Article 9 of both the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, emphasizing the breaches of fundamental human rights in these proceedings.

A. Skype Controversy 2012

In December 2012, The Economist published leaked communications between the chief justice of the tribunal, Mohammed Nizamul Huq, and Ahmed Ziauddin, a Bangladeshi attorney based in Brussels specializing in international law and directing the Bangladesh Centre for Genocide Studies. The publication of these materials prompted Huq to issue an order compelling The Economist's bureau chief and Asia specialist to appear before the tribunal to explain how they obtained the confidential communications¹⁶.

In response, The Economist clarified their position, stating, "We did not solicit the material, nor pay for it, nor commit ourselves to publish it." The situation escalated when the leaked communications were also published in a local daily, leading to Huq's resignation from the tribunal. His resignation was precipitated by revelations of "prohibited contact" with the prosecution, government officials, and an external adviser¹⁷.

Further insights from The Wall Street Journal (WSJ) indicated that the emails and Skype calls demonstrated Ziauddin's significant involvement in the tribunal's proceedings, despite his lack of legal standing¹⁸. The communications also suggested governmental influence, with Huq alluding to pressure from a government official to expedite the verdict¹⁹.

In the wake of these developments, Prime Minister Sheikh Hasina asserted that the trials would proceed notwithstanding Huq's resignation. Fazle Kabir was subsequently appointed as the new chair of the International Crimes Tribunal (ICT). However, concerns were raised by Brad Adams of Human Rights Watch regarding the integrity of the tribunal process. Adams pointed out that the turnover among the judges meant that none of the three judges presiding over Sayeedi's case would have heard the entirety of the testimony before delivering a verdict, casting doubts on the trial's fairness and thoroughness.

¹⁶ Geoffrey Robertson Q.C., "REPORT ON THE INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL OF BANGLADESH" (International Forum for Democracy and Human Rights, 2015), <http://www.ifdhr.org/>.

¹⁷ "Discrepancy in Dhaka."

¹⁸ Tom Wright, "Bangladesh War-Crime Tribunal Bogs Down," December 20, 2012, <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189153918592308>.

¹⁹ Wright.

B. Inadequacies in the Review of the 1973 International Crimes (Tribunal) Act

In 2009, the Awami League coalition led by Sheikh Hasina tasked the Bangladesh Law Commission with reviewing the 1973 International Crimes (Tribunal) Act (ICTA), initially established by Sheikh Mujibur Rahman. This review process, however, was inherently flawed as the original legislation was antiquated and did not align with contemporary international human rights standards exemplified by tribunals for Yugoslavia, Rwanda, Sierra Leone, and the International Criminal Court²⁰.

The 1973 ICTA was indeed groundbreaking for its era, drawing inspiration from the principles of the Nuremberg Trials and partly developed with the expertise of Niall MacDermott Q.C. Despite this, the 2009 review by the Awami League failed to address the law's inherent limitations, given its original 1973 context that primarily focused on prosecuting Pakistani military personnel.

During the initial application of the ICTA in 1973, local collaborators of the Pakistani army were prosecuted under domestic laws for crimes such as murder and arson. By 2009, rather than prosecuting analogous crimes within civilian courts, the government missed the opportunity to establish a modern, hybrid international court. Such a court would have provided a more updated legal framework but was avoided partly due to its incompatibility with the death penalty²¹.

The amendments made by the Law Commission in 2009 expanded the ICTA's jurisdiction but unfortunately retained its outdated elements. This included the removal of constitutional protections for basic human rights and the retention of the death penalty, which had become increasingly rejected by the international community. The Awami League's decision to maintain these aspects was largely driven by the desire to satisfy its supporters' demands for executing wartime opposition leaders.

The 1973 Act comprises several sections that raise concerns about the possibility of unfair trials. Notably, Section 10A permits trials in absentia, a procedure that contradicts the principles of British law, from which Bangladesh's legal system is derived²². Although trials in absentia are permissible in some European and Arab jurisdictions, as well as in certain international settings—such as the tribunal established for the assassination of Rafic Hariri—they are typically contingent upon the provision for a retrial should the accused later become available. However, Section 10A does not incorporate this critical safeguard.

Section 10A stipulates that a final judgment and sentence may be rendered if the Tribunal determines that the accused has deliberately evaded the trial by concealing themselves or fleeing the country. This provision was notably applied during the Tribunal's inaugural trial conducted under this section.

²⁰ Sudha Ramachandran, “Flawed Justice in Bangladesh,” *The Diplomat*, October 31, 2013, <https://thediplomat.com/2013/10/flawed-justice-in-bangladesh/>.

²¹ Robertson Q.C., “REPORT ON THE INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL OF BANGLADESH.”

²² Tapos Kumar Das, “Prosecuting Pakistani Perpetrators in Absentia,” *The Daily Star*, March 23, 2021, <https://www.thedailystar.net/law-our-rights/news/prosecuting-pakistani-perpetrators-absentia-2065357>.

C. Impartiality

The concept of impartiality is particularly complex in the context of Bangladesh, where every judge has been personally affected by the 1971 civil war, thereby making it challenging to remain unbiased, especially in cases involving collaborators with the Pakistani army. The government's refusal to accept international assistance, which would have included foreign jurists, further complicated this issue. This decision compelled judges to confront and manage their personal anger and biases without external moderation²³.

Moreover, the Tribunal's assertion that it lacked the authority to recuse judges was a significant misstep. This was exemplified by Judge Huq, who should have recused himself from cases he had previously investigated, but failed to do so. His actions, culminating in his resignation in December 2012, exposed the Tribunal's alignment with governmental objectives. This alignment was perceived as an effort to secure convictions, notably aiming for at least one conviction by December 16, the anniversary of the Pakistani army's surrender in 1971. These circumstances underscore the perception of the Tribunal as an instrument of the government, rather than an independent judicial body.

D. Trials in the Absence of the Defendants

Three individuals, Abdul Kalam Azad, Ashrafuzzaman Khan, and Chowdury Mueen Uddin, were prosecuted and found guilty in absentia for their involvement in assisting the military in targeting intellectuals and leaders during the ceasefire period. The fundamental right to be present at one's own trial is essential for ensuring a fair judicial process. Trials conducted in absentia inherently lack fairness unless there is a guaranteed right to a retrial²⁴.

In such scenarios, defendants are deprived of the opportunity to instruct their legal counsel, cross-examine witnesses, or present evidence supporting their innocence. The effectiveness of the trial is significantly compromised if "state-appointed counsel" must undertake the defense and interrogate witnesses without substantial insights to aid the accused. The European Court of Human Rights has emphasized that without an unequivocal and effective right to a retrial, a trial conducted in absentia cannot be deemed fair²⁵.

The right to be present at one's trial is enshrined under Article 14(3)(d) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). However, the Tribunal in these cases erroneously treated the situations as exceptions to this fundamental right²⁶. Bangladesh, upon ratifying the ICCPR, had made a reservation

²³ Robertson Q.C., "REPORT ON THE INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL OF BANGLADESH."

²⁴ Robertson Q.C.

²⁵ Das, "Prosecuting Pakistani Perpetrators in Absentia."

²⁶ Paul M. Taylor, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights: The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights*, 1st ed. (Cambridge University Press, 2020), <https://doi.org/10.1017/9781108689458>.

permitting trials in absentia for individuals who are fugitives or fail to appear without satisfactory reasons, which ostensibly mitigates the binding nature of this rule²⁷.

Despite this reservation, the legitimacy of the trials of these three men remains highly questionable. They were neither "fugitive offenders" nor had they been personally notified of the proceedings. Therefore, it cannot be justly concluded that they had 'failed' to appear, rendering the trials in absentia problematic and raising significant concerns about the fairness and justice of the judicial process.

E. Retrospective Law

The definition of 'crimes against humanity' as delineated by the International Crimes (Tribunals) Act (ICTA) has faced significant scrutiny for its lack of alignment with the established principles of international law, both at the time of its inception in 1973 and in contemporary contexts. This discrepancy has raised complex legal debates, which the Tribunal has not fully addressed. Nonetheless, the Supreme Court engaged with some aspects of these issues in the Molla case, providing a partial response to the ongoing concerns²⁸.

When ICTA was first formulated in 1973, it adopted the definition from the Nuremberg Charter of 1945. This definition restricted 'crimes against humanity' to acts committed in the context of international armed conflicts, such as those witnessed during World War II. However, significant developments in international jurisprudence have since broadened the scope of this definition. A landmark shift occurred with the Tadic case in 1995, wherein the definition of 'crimes against humanity' was expanded to encompass acts perpetrated during internal conflicts, including civil wars. This evolution reflects a more comprehensive understanding of the contexts in which such crimes can occur, addressing both international and non-international armed conflicts.

F. Treatment of Alibi

In criminal proceedings, defendants frequently assert alibis as part of their defense, claiming that they were not present at the crime scene during the time the alleged offense occurred. This defensive strategy necessitates a response from the prosecution, but only if the defendant provides credible supporting evidence for their alibi. When such evidence is introduced, it becomes incumbent upon the prosecution to invalidate the alibi to ensure the establishment of the defendant's guilt beyond a reasonable doubt²⁹.

The fundamental principle of criminal justice dictates that if the alibi presented appears credible and plausible, it should instill reasonable doubt in the court regarding the defendant's guilt. Consequently, a conviction should not be secured if there exists such doubt. Unfortunately, there have been instances where tribunal judges have erroneously imposed the burden of proving the alibi onto the defense. This

²⁷ Taylor.

²⁸ Robertson Q.C., "REPORT ON THE INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL OF BANGLADESH."

²⁹ Robertson Q.C.

practice stands in contradiction to both common law and international legal standards, which uphold that it is the prosecution's responsibility to disprove an alibi once it has been credibly asserted³⁰.

G. Burden of Proof

In criminal cases, particularly those involving capital punishment, the prosecution bears the heavy responsibility of proving the defendant's guilt "beyond a reasonable doubt." This standard is foundational to the justice system, ensuring that no individual is wrongfully convicted without irrefutable evidence. However, in the case of Molla, Justice Sinha erroneously implied that the reliability of the prosecution's narrative should be weighed against the probability of the defense's account. This comparative approach fundamentally undermines the principle that the prosecution must definitively establish guilt, rather than merely demonstrating that it is more probable³¹.

Moreover, the Tribunal has frequently employed ambiguous language that falls short of conveying full certainty. Phrases such as "it is evident that" or "it sufficiently indicates" are particularly problematic when the evidence predominantly consists of hearsay. In such instances, the benefit of the doubt should unequivocally favor the defendants. Despite this principle, the Tribunal's consistent failure to acquit any defendants highlights a troubling disregard for granting defendants the benefit of the doubt, as required by the rigorous standard of proof in criminal law. ### Expanded and Paraphrased Paragraphs

H. Use of Judicial Notice

Judicial notice is a procedural device that allows courts to accept certain facts as true without requiring formal evidence. These facts are typically those that are widely recognized and not subject to reasonable dispute. The purpose of judicial notice is to streamline court proceedings by bypassing the need to prove facts that are universally acknowledged or easily verifiable³².

However, in the Tribunal's handling of the Azam case, this principle was arguably misapplied. The Tribunal allowed the prosecution to bypass the need to substantiate critical elements of the alleged crimes, asserting that these elements were beyond dispute. This use of judicial notice effectively relieved the prosecution of its burden to prove essential facts³³.

Specifically, in the Azam case, the Tribunal took judicial notice of several contentious points:

- It acknowledged that auxiliary groups allied with the Pakistan army engaged in and supported widespread atrocities.

³⁰ Chile Eboe-Osuji, "The Plea of Alibi in International Criminal Law as Viewed Through the Prism of the Common Law," *Criminal Law Forum* 22, no. 1–2 (March 2011): 35–102, <https://doi.org/10.1007/s10609-011-9131-7>.

³¹ Robertson Q.C., "REPORT ON THE INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL OF BANGLADESH."

³² "Judicial Notice," *Legal Information Institute*, accessed March 4, 2024, https://www.law.cornell.edu/wex/judicial_notice.

³³ Robertson Q.C., "REPORT ON THE INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL OF BANGLADESH."

- It asserted as common knowledge that numerous incidents of violence were directed at pro-liberation Bengalis, Hindus, political activists, freedom fighters, and intellectuals.

Judicial notice is intended for facts that are either self-evident or indisputable. However, the Tribunal extended its use to broader historical and political assertions, including:

- Characterizing the war of liberation as an 'attack' and describing it as systematic.
- Claiming that the Pakistani army organized the Razakar and Al-Badr groups to support their atrocious activities as part of an overarching policy and plan.
- Asserting that genocide occurred in Bangladesh.
- Stating that there was a deliberate policy and plan to commit genocide.

These applications of judicial notice in the Tribunal's decisions go beyond what is typically permissible, as they involve complex and disputable historical interpretations rather than universally accepted facts.

The critical elements, particularly the roles and actions attributed to Al Badr and the Razakars, must be substantiated in a court of law rather than presumed, regardless of their extensive documentation in various media and publications. Unlike newspapers, which can report on events with a degree of latitude, courts are bound by stringent evidentiary standards that require concrete proof before they can officially recognize the occurrence of such events³⁴.

International judicial guidelines emphasize that judicial notice should be reserved for facts that are universally recognized and indisputable. For instance, the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) only took judicial notice of the Rwandan genocide after it was conclusively established in an earlier case. By accepting judicial notice without challenge, the Tribunal effectively deprived the defense of the opportunity to contest potentially prevalent but erroneous assumptions. This undermines the principles of fairness and due process, as it precludes a thorough examination and verification of the facts in question.

i. Time and Facilities to Prepare Defense

Defendants typically received prosecution evidence a mere three weeks before the commencement of their trials, adhering to the statutory minimum requirement. The prosecution's consistent adherence to this minimal period, along with the Tribunal's approval of such practices, was inappropriate and detrimental to the integrity of the judicial process³⁵. Three weeks is a wholly inadequate timeframe for preparing for complex trials that involve multiple charges and extensive evidence.

³⁴ Robertson Q.C.

³⁵ Aldo Zammit Borda and Sajib Hosen, "The Challenges of Long-Delayed Prosecutions in Fighting Impunity in Bangladesh," *Leiden Journal of International Law* 35, no. 4 (December 2022): 987–1014, <https://doi.org/10.1017/S0922156522000346>.

The Tribunal's interpretation of section 9(3) of the International Crimes Tribunal Act (ICTA) was fundamentally flawed³⁶. It erroneously treated the minimum requirement of three weeks as the standard period for all cases, irrespective of their complexity. In reality, cases of significant magnitude and complexity necessitate a preparation period of at least three months to ensure a fair defense.

In the case of Kumaruzzaman, the court mistakenly praised the three-week preparation period, perceiving it as a testament to fairness, thereby misjudging its adequacy. This stance fails to align with Article 14(3) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which stipulates that defendants must be granted sufficient time and resources to prepare their defense. This includes access to all prosecutorial and exculpatory evidence, a standard the Tribunal frequently failed to meet. Such breaches not only compromise the defendants' right to a fair trial but also undermine the principles of justice and due process.

J. Hearsay Evidence

The utilization of hearsay evidence in older cases, such as those dating back forty years, is generally considered common and acceptable. International tribunals acknowledge the admissibility of hearsay evidence but impose stringent requirements for corroboration and reliability assessments to ensure the accuracy and limit the potential impact of such evidence³⁷.

However, judgments under the International Crimes Tribunal Act (ICTA) frequently accept hearsay evidence at face value, thereby attributing undue weight to unverified rumors and gossip. Statements such as "The crowd said" or "I was told by someone at the crime scene" are utilized to identify defendants, as exemplified in the conviction of Molla, where such statements constituted the sole evidence. This practice diverges from the common law principle, which seeks to balance the probative value of hearsay against its prejudicial effect to safeguard the fairness of the trial³⁸.

Circumstantial evidence, in contrast to hearsay, often serves as a more reliable indicator of guilt, capable of eliminating reasonable doubt through logical inference³⁹. The primary danger associated with uncorroborated hearsay lies in its potential to perpetuate public prejudice or malicious rumors, thereby compromising the integrity of the judicial process and the fairness of the trial.

The Tribunal's inability to shield defendants from such allegations represents a critical deficiency in its judicial approach.

³⁶ Ramachandran, "Flawed Justice in Bangladesh."

³⁷ Melanie Klinkner, "Scientific Evidence Before International Criminal Tribunals," in *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, ed. Gerben Bruinsma and David Weisburd (New York, NY: Springer New York, 2014), 4682–90, https://doi.org/10.1007/978-1-4614-5690-2_235.

³⁸ Chopra, "The International Crimes Tribunal in Bangladesh."

³⁹ Klinkner, "Scientific Evidence Before International Criminal Tribunals."

K. Capacity of the Judges

Tribunal judges have come under scrutiny for their perceived inadequate understanding of international criminal law. Notably, Justice Huq faced allegations of improperly communicating with an expert based in Brussels. The concerns were twofold: the clandestine nature of this communication and the expert's perceived bias due to their association with the prosecution.

Even more concerning is the fluctuating composition of the bench, which sees judges joining or departing trials without being present for the entire proceedings. This issue was starkly highlighted in the case of Sayeedi. The situation reached a critical point when Justice Huq, the final member of the original three-judge panel, resigned. His successor, Judge Kabir, had only been involved in reviewing initial prosecution evidence and had not been present for any of the defense testimonies.

Consequently, the final verdict in Sayeedi's trial was delivered by a panel of judges, none of whom had attended the entire trial, undermining the integrity and comprehensiveness of the judicial process.

L. Harassment to the Defense Counsel

Abdur Razzaq, a distinguished defense counsel and appointed lawyer, has experienced significant harassment, including unauthorized police intrusions into his office and the intimidation of his staff and clients. Additionally, police authorities have obstructed necessary protection for defense teams conducting crime site visits⁴⁰.

The International Crimes Tribunal Act (ICTA)'s handling of complaints regarding police intimidation has been notably dismissive, suggesting that grievances be redirected to the police themselves. This response exacerbates concerns over witness tampering and intimidation⁴¹.

The government's unwavering stance on enforcing the death penalty has resulted in a withdrawal of international financial support, thereby constraining the Tribunal's budget. This financial limitation has hindered the establishment of a 'victims and witnesses unit,' a fundamental component in international courts designed to safeguard vulnerable defense witnesses. The absence of such a unit is particularly problematic in contexts where local police exhibit hostility toward the defense.

M. Defence Witness (Mr. Bali) Disappearance

Shukhoranjan Bali, who initially testified for the prosecution, was reportedly abducted at the courthouse after he altered his testimony to support Sayeedi. The Attorney General has dismissed claims of Bali's abduction as a fabrication aimed at discrediting the court, a position challenged by Human Rights Watch.

⁴⁰ Human Rights Watch, "HRW to End Harassment of War Crimes Defense Counsel," *Banglanews 24*, October 17, 2012, <https://www.banglanews24.com/english/law/news/bd/19803.details>.

⁴¹ Human Rights Watch.

Despite the gravity of the situation, there has been no comprehensive investigation or resolution regarding Bali's disappearance⁴².

Furthermore, nine defense witnesses are currently facing criminal charges, which were initiated based on complaints from prosecution witnesses⁴³. There have been allegations that some prosecution witnesses were coerced into providing statements and were threatened by police to deter them from assisting the defense. This situation underscores serious concerns about the integrity and fairness of the judicial process.

Conclusion:

The International Crimes Tribunal of Bangladesh exhibits profound deficiencies that contravene the fundamental and universal principles of the International Criminal Justice System. The execution of opposition political leaders under the guise of judicial processes poses a significant challenge to the foundational principles of justice. In line with the principle of common responsibility to protect, the international community should vocalize its concerns.

The Tribunal's procedures, both theoretically and practically, deviate markedly from those established by other international criminal courts. This procedural divergence results in violations of universally recognized fundamental rights and freedoms. These include rights and freedoms enshrined in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 1948, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR), among others.

Such deviations not only undermine the legitimacy of the Tribunal but also raise serious concerns regarding the impartiality and fairness of its judicial processes. The principles of due process, which are integral to the administration of justice in any democratic society, appear to be systematically compromised. This erosion of due process casts a long shadow over the integrity of the Tribunal's decisions, particularly those involving capital punishment, where the stakes are irreversibly high.

Moreover, the Tribunal's actions risk setting a dangerous precedent for the use of judicial systems as tools for political retribution, which could destabilize the region and erode trust in international legal standards. The international community, bound by a collective responsibility to uphold justice and human rights, must therefore take a firm stance against these violations. This entails not only vocalizing concerns but also engaging in concerted diplomatic efforts to ensure that the Tribunal's practices align with international norms and that the rights of all individuals, regardless of their political affiliations, are fully respected.

⁴² Ramachandran, "Flawed Justice in Bangladesh."

⁴³ Human Rights Watch, "Bangladesh: Find Abducted Witness," January 16, 2013, <https://www.hrw.org/news/2013/01/16/bangladesh-find-abducted-witness>.

In conclusion, the deficiencies of the International Crimes Tribunal of Bangladesh underscore a broader issue that challenges the integrity of international criminal justice. Addressing these shortcomings is imperative to safeguarding the universal principles of justice and ensuring that international legal systems are not exploited for partisan purposes. The international community must remain vigilant and proactive in its efforts to protect these principles, thereby reinforcing the rule of law on a global scale

BIBLIOGRAPHY

Aftab. "The Role of International Crimes Tribunal Of Bangladesh In the Development of International Humanitarian Law." *Bangladesh Journal of Law* 19, no. 1 (2021): 130.

"Bangladesh: War Crimes Verdict Based on Flawed Trial." Human Rights Watch, March 22, 2016. <https://www.hrw.org/>.

BD Govt. "International Crimes Tribunal-1, Bangladesh." Accessed June 6, 2024. <https://www.ict-bd.org/ict1/indexdetails.php>.

BD Govt. "Introduction of Investigation Agency, International Crimes Tribunal." Accessed July 7, 2024. <https://ictbdinvestigation.gov.bd/>.

Bergman, David. "Bangladesh War Crimes Tribunal in the Dock." *Al Jazeera*, 07 2013. <https://www.aljazeera.com/features/2013/7/15/bangladesh-war-crimes-tribunal-in-the-dock>.

Chopra, Surabhi. "The International Crimes Tribunal in Bangladesh: Silencing Fair Comment." *Journal of Genocide Research* 17, no. 2 (April 3, 2015): 211–20. <https://doi.org/10.1080/14623528.2015.1027080>.

Das, Tapos Kumar. "Prosecuting Pakistani Perpetrators in Absentia." *The Daily Star*, March 23, 2021. <https://www.thedailystar.net/law-our-rights/news/prosecuting-pakistani-perpetrators-absentia-2065357>.

"Discrepancy in Dhaka." *The Economist*, August 12, 2012.

Eboe-Osuji, Chile. "The Plea of Alibi in International Criminal Law as Viewed Through the Prism of the Common Law." *Criminal Law Forum* 22, no. 1–2 (March 2011): 35–102. <https://doi.org/10.1007/s10609-011-9131-7>.

Human Rights Watch. "Bangladesh: Find Abducted Witness," January 16, 2013. <https://www.hrw.org/news/2013/01/16/bangladesh-find-abducted-witness>.

Human Rights Waych. "HRW to End Harassment of War Crimes Defense Counsel." *Banglanews 24*, October 17, 2012. <https://www.banglanews24.com/english/law/news/bd/19803.details>.

"Judicial Notice." *Legal Information Institute*. Accessed March 4, 2024. https://www.law.cornell.edu/wex/judicial_notice.

Klinkner, Melanie. "Scientific Evidence Before International Criminal Tribunals." In *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, edited by Gerben Bruinsma and David Weisburd, 4682–90. New York, NY: Springer New York, 2014. https://doi.org/10.1007/978-1-4614-5690-2_235.



Mollah, Md. Awal Hossain. “War Crimes Trials in Bangladesh: Justice or Politics?” *Journal of Asian and African Studies* 55, no. 5 (August 2020): 652–65. <https://doi.org/10.1177/0021909619890117>.

Prothom Alo. “UN Concerned over Way of Handling Nizami’s Case.” December 5, 2026. <https://en.prothomalo.com/bangladesh/UN-concerned-over-way-of-handling-Nizami%E2%80%99s-case>.

Ramachandran, Sudha. “Flawed Justice in Bangladesh.” *The Diplomat*, October 31, 2013. <https://thediplomat.com/2013/10/flawed-justice-in-bangladesh/>.

Robertson Q.C., Geoffrey. “REPORT ON THE INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL OF BANGLADESH.” International Forum for Democracy and Human Rights, 2015. <http://www.ifdhr.org/>.

Taylor, Paul M. *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights: The UN Human Rights Committee’s Monitoring of ICCPR Rights*. 1st ed. Cambridge University Press, 2020. <https://doi.org/10.1017/9781108689458>.

Wright, Tom. “Bangladesh War-Crime Tribunal Bogs Down,” December 20, 2012. <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189153918592308>.

Zammit Borda, Aldo, and Sajib Hosen. “The Challenges of Long-Delayed Prosecutions in Fighting Impunity in Bangladesh.” *Leiden Journal of International Law* 35, no. 4 (December 2022): 987–1014. <https://doi.org/10.1017/S0922156522000346>.